



DET KONGELIGE
BARNE- OG LIKESTILLINGSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 55

(2007–2008)

Om lov om kontroll med markedsføring
og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Innhold

1	Proposisjonens hovedinnhold . . .	9	4	Formål og virkeområde mv.	25
			4.1	Formålsbestemmelse.	25
2	Bakgrunnen for lovforslaget	11	4.2	All markedsføring skal fremstå som markedsføring	25
2.1	Bakgrunn og historikk.	11	4.2.1	Gjeldende rett og direktivet	25
2.2	EU-direktivet om urimelig handelspraksis i forhold mellom næringsdrivende og forbrukere . . .	12	4.2.2	Høringsnotatet og høringsinstansenes syn	26
2.2.1	Bakgrunn.	12	4.2.3	Departementets vurderinger.	26
2.2.2	Oversikt over direktivet.	13	4.3	Dokumentasjon av faktiske påstander i markedsføring	26
2.3	Arbeidet med lovforslaget	15	4.3.1	Gjeldende rett og direktivet om urimelig handelspraksis	26
2.4	Internasjonalt	15	4.3.2	Høringsnotatet og høringsinstansenes syn	27
2.4.1	Nordisk samarbeid.	15	4.3.3	Departementets vurderinger.	27
2.4.2	Kommisjonens arbeidsgruppe for gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis.	15	4.4	Lovens saklige virkeområde	27
2.5	Høringen	15	4.4.1	Handling foretatt i næringsvirksomhet – handelspraksis.	27
2.6	Om lovgivningen og forslag til endringer i de andre nordiske land som følge av direktivet om urimelig handelspraksis	17	4.4.2	Hvem pålegges plikter – næringsdrivende.	29
2.6.1	Danmark	17	4.4.3	Hvem beskyttes – næringsdrivende og forbrukere	30
2.6.2	Sverige.	17	4.4.4	Vare, tjeneste eller annen ytelse.	35
2.6.3	Finland.	18	4.5	Lovens stedlige virkeområde	36
3	Innledende avklaringer	19	4.5.1	Gjeldende rett	36
3.1	Lovforslagets oppbygning	19	4.5.2	Forslaget i høringsnotatet	36
3.2	Særlig om innarbeidingen av direktivet om urimelig handelspraksis i lovforslaget	19	4.5.3	Høringsinstansenes syn.	37
3.3	Forholdet til annen lovgivning som beskytter forbrukerinteresser.	20	4.5.4	Departementets vurderinger.	38
3.3.1	Gjeldende rett – «lovstridsprinsippet»	20	5	Etiske og moralske aspekter i markedsføring	40
3.3.2	Høringsnotatet	21	5.1	Uetisk markedsføring mv. – strid mot god markedsføringsskikk	40
3.3.3	Høringsinstansenes syn.	21	5.1.1	Gjeldende rett	40
3.3.4	Departementets vurderinger.	21	5.1.2	Forslaget i høringsnotatet	40
3.4	Om bransjenormer (codes of conduct)	22	5.1.3	Høringsinstansenes syn.	41
3.4.1	Bransjenormer i norsk rett	22	5.1.4	Departementets vurderinger.	42
3.4.2	Bransjenormer i direktivet om urimelig handelspraksis.	22	5.2	Særlig påtrengende markedsføring	43
3.4.3	Høringsnotatet og høringsinstansenes syn	22	5.2.1	Gjeldende rett	43
3.4.4	Departementets vurderinger.	23	5.2.2	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	44
3.5	Om forholdet til ytringsfriheten . . .	23	5.2.3	Departementets vurderinger.	44
3.5.1	TV 2s høringsuttalelse	23	5.3	Veldedighet i markedsføring	44
3.5.2	Nærmere om ytringsfrihet for kommersielle ytringer	23	5.3.1	Gjeldende rett	44
3.5.3	Departementets vurderinger.	24	5.3.2	Forslaget i høringsnotatet	44
			5.3.3	Høringsinstansenes syn.	45
			5.3.4	Departementets vurderinger.	45

6	Særlig om kjønns-				
	diskriminerende reklame	46			
6.1	Bakgrunn	46	8.1.6	Reklame som ikke tar hensyn til	
6.2	Høringsnotatet	46		umyndiges begrensede	
6.3	Høringsinstansenes syn	46	8.1.7	avtalekompetanse	60
6.4	Departementets vurderinger	46		Reklame som benytter farlig produkt,	
				oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd	
				eller brudd på sikkerhetsnormer . .	61
7	Urimelig handelspraksis		8.1.8	Reklame som spiller på sosial	
	overfor forbrukere	47		usikkerhet, dårlig samvittighet	
7.1	Generalklausul – forbud mot		8.1.9	eller dårlig selvtillit	61
	urimelig handelspraksis	47		Reklame som spiller på frykt,	
7.1.1	Innledning	47	8.1.10	angst eller redsel	61
7.1.2	Urimelig – forhold på den			Reklame som benytter aggressive	
	næringsdrivendes side	47	8.1.11	virkemidler som vold, seksualitet	
7.1.3	Urimelig – påvirkning av forbrukernes			eller rusmidler	61
	beslutninger om en ytelse	49		Annet relevant regelverk,	
7.1.4	Særlig om overdrevne påstander . .	51	8.2	lovforslag mv.	62
7.1.5	Forholdet mellom generalklausulen			Direktivet om urimelig	
	og spesialbestemmelsene om		8.2.1	handelspraksis	63
	villedende og aggressiv praksis . . .	52		Regler om beskyttelse av barn	
7.2	Handlinger som alltid er urimelige –		8.2.2	og unge i direktivet	63
	«svartelisten»	52	8.3	Virkeområdet for direktivet	63
7.2.1	Direktivet og gjeldende rett	52	8.3.1	Nordisk rett	64
7.2.2	Høringsnotatet og		8.3.2	Danmark	64
	høringsinstansenes syn	52	8.3.3	Sverige	64
7.2.3	Departementets vurderinger	52	8.3.3	Finland	64
7.3	Villedende handlinger	53	8.3.4	Island	64
7.3.1	Gjeldende rett og direktivet	53	8.4	Spørsmål om særskilte regler	
7.3.2	Forslag i høringsnotatet	53		knyttet til markedsføring mot barn .	65
7.3.3	Høringsinstansenes syn	53	8.4.1	Forslaget i høringsnotatet og	
7.3.4	Departementets vurderinger	54		høringsinstansenes syn	65
7.4	Villedende utelatelser	54	8.4.2	Departementets vurderinger	66
7.4.1	Villedende utelatelser	54	8.5	Markedsføring av usunn mat og	
7.4.2	Særlig om «oppfordring til kjøp» . .	56		drikke overfor barn og unge	67
7.5	Aggressiv praksis – bruk av tvang,		8.6	Forbud mot direkte markedsføring	
	press eller annen utilbørlig			til barn under 16 år	68
	påvirkning	57	8.7	SMS-tjenester på TV	69
7.5.1	Gjeldende rett	57	8.8	TV- og kinoreklame	69
7.5.2	Direktivet – artikkel 8 og 9	58	8.9	Andre forslag fra høringsinstansene	70
7.5.3	Høringsnotatet	58	8.9.1	Begrepet barn	70
7.5.4	Høringsinstansenes syn	58	8.9.2	Til høringsforslaget § 4–1	70
7.5.5	Departementets vurderinger	58	8.9.3	Til høringsforslaget § 4–2	71
			8.9.4	Til høringsforslaget § 4–3	72
			8.10	Oppsummering og konklusjon	74
8	Beskyttelse av barn	59	9	Beskyttelse mot uønsket	
8.1	Gjeldende rett	59		markedsføring	75
8.1.1	Ingen særskilte regler knyttet til		9.1	Telefonmarkedsføring og adressert	
	markedsføring rettet mot barn	59		reklame	75
8.1.2	Urimelig kjøpepress, lokketilbud,		9.1.1	Gjeldende rett og praksis	75
	kjøps- og maseoppfordringer	59	9.1.2	Direktivet om urimelig	
8.1.3	Særlig påtrengende reklame	60		handelspraksis	76
8.1.4	Skjult reklame	60	9.1.3	Andre nordiske land	76
8.1.5	Produktmerking som er egnet		9.1.4	Høringsnotatet	77
	til å villed	60	9.1.5	Telefonmarkedsføring	77
			9.1.6	Adressert reklame i posten	89

9.2	Uadressert reklame, gratisaviser og innstikk.	90	11.1.2	Prismarkedsføring – villedende bruk av priser i markedsføringen. . .	118
9.2.1	Uadressert reklame	90	11.1.3	Prismerking – å merke varer med pris på utsalgsstedet.	119
9.2.2	Gratisaviser	94	11.1.4	Prisinformasjon for øvrig.	119
9.2.3	Innstikk	97	11.2	Høringsnotatet	120
9.3	Dørsalg	99	11.3	Høringsinstansenes syn.	120
9.3.1	Gjeldende rett og praksis.	99	11.4	Departementets vurderinger og forslag.	120
9.3.2	Direktivet om urimelig handelspraksis	99	12	Kontroll med avtalevilkår mv.	122
9.3.3	Forslag i høringsnotatet.	99	12.1	Urimelige avtalevilkår	122
9.3.4	Høringsinstansenes syn.	99	12.1.1	Gjeldende rett	122
9.3.5	Departementets vurdering	100	12.1.2	EØS-retten.	122
10	Tilleggsytelser – tilgift, rabattkuponger, konkurranser og utlodninger	101	12.1.3	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	123
10.1	Markedsføringslovens regler om salgsfremmede tiltak i form av tilleggsytelser – tilgift, rabattkuponger, utlodninger og konkurranser	101	12.1.4	Departementets vurderinger.	123
10.2	Særlig om forholdet til EØS-avtalen og direktivet om urimelig handelspraksis	101	12.2	Spørsmål om personkretsen som skal beskyttes	123
10.2.1	Arbeidet med en EU-forordning om salgsfremmende tiltak	101	12.3	Avgrensninger – særlig mot Konkurransetilsynets tilsynsområder	124
10.2.2	Direktivet om urimelig handelspraksis – høringsnotatet og høringsinstansenes syn	101	12.3.1	Gjeldende rett	124
10.2.3	Departementets vurderinger.	102	12.3.2	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	125
10.3	Tilgift	103	12.3.3	Departementets vurderinger.	126
10.3.1	Gjeldende rett	103	13	Garantier o.l.	127
10.3.2	Andre nordiske land.	103	13.1	Gjeldende rett	127
10.3.3	Høringsnotatet	103	13.2	EU/EØS-retten	127
10.3.4	Høringsinstansenes syn.	103	13.2.1	Forbrukerkjøpsdirektivet	127
10.3.5	Departementets vurderinger.	106	13.2.2	Direktivet om urimelig handelspraksis	128
10.4	Rabattkuponger, samlemerker mv.	108	13.3	Spørsmål om videreføring av § 9 c.	128
10.4.1	Gjeldende rett	108	13.3.1	Forslaget i høringsnotatet	128
10.4.2	Andre nordiske land.	109	13.3.2	Høringsinstansenes syn.	129
10.4.3	Høringsnotatet	109	13.3.3	Departementets vurderinger.	130
10.4.4	Høringsinstansenes syn.	109	13.4	Spørsmål om videreføring av § 9 d.	131
10.4.5	Departementets vurderinger.	110	13.4.1	Forslaget i høringsnotatet.	131
10.5	Konkurranser og utlodninger	112	13.4.2	Høringsinstansenes syn.	131
10.5.1	Gjeldende rett – markedsføringsloven § 5 og lotteriloven.	112	13.4.3	Departementets vurderinger.	131
10.5.2	Andre nordiske land.	112	13.5	Spørsmål om lovfesting av ytterligere krav til garantier.	131
10.5.3	Høringsnotatet	113	13.5.1	Forslaget i høringsnotatet	131
10.5.4	Høringsinstansenes syn.	113	13.5.2	Høringsinstansenes syn.	132
10.5.5	Departementets vurderinger.	114	13.5.3	Departementets vurderinger.	135
10.5.6	Særlig om konkurranser mv. i mediene.	116	14	Beskyttelse av næringsdrivendes interesser.	137
11	Prisinformasjon	118	14.1	Gjeldende rett	137
11.1	Bakgrunn og gjeldende rett	118	14.2	Direktivet om urimelig handelspraksis og høringsnotatet	137
11.1.1	Bakgrunn.	118	14.3	Høringsinstansenes syn.	137
			14.4	Departementets vurdering	138

15	Håndheving	140	15.9.1	Innledning	156
15.1	Håndhevingssystem	140	15.9.2	Gjeldende rett	156
15.1.1	Gjeldende rett	140	15.9.3	EØS-rettslige krav til sanksjoner . . .	156
15.1.2	Rettstilstanden i andre nordiske land	140	15.9.4	Rettstilstanden i andre nordiske land	156
15.1.3	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	141	15.9.5	Spørsmål om videreføring av ordningen med tvangsgebyr	157
15.1.4	Departementets vurderinger	141	15.9.6	Spørsmål om innføring av hjemmel for overtredelsesgebyr	158
15.2	Generelt om vedtakskompetanse . .	141	15.9.7	Diverse spørsmål i forbindelse med overtredelsesgebyr	162
15.2.1	Gjeldende rett	141	15.9.8	Fullbyrding av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr	165
15.2.2	EØS-rettslige krav til vedtakskompetanse	141	15.9.9	Forholdet mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr	167
15.2.3	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	142			
15.2.4	Departementets vurderinger	143	16	Straff og straffeprosessuelle regler	169
15.3	Spørsmål om fordeling av vedtakskompetanse	143	16.1	Straff	169
15.3.1	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	143	16.1.1	Gjeldende rett	169
15.3.2	Departementets vurderinger	144	16.1.2	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	169
15.4	Rekkevidden til vedtak og frivillige ordninger	144	16.1.3	Departementets vurderinger	170
15.4.1	Problemstilling	144	16.2	Straffeprosessuelle regler mv.	173
15.4.2	Departementets vurderinger	145	16.2.1	Gjeldende rett	173
15.5	Saker av prinsipiell betydning	146	16.2.2	Sanksjonsutvalgets anbefalinger . . .	173
15.5.1	Gjeldende rett	146	16.2.3	Departementets vurderinger	173
15.5.2	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	146	17	Reklamens bindende virkning . .	174
15.5.3	Departementets vurderinger	147	17.1	Innledning	174
15.6	Forbrukerombudets beslutninger om å avslutte saker	147	17.2	§ A – spørsmål om erstatning for villedende markedsføring	175
15.6.1	Gjeldende rett	147	17.2.1	Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning	175
15.6.2	Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	147	17.2.2	Redegjørelsen i høringsnotatet . . .	175
15.6.3	Departementets vurderinger	148	17.2.3	Høringsinstansenes syn	177
15.7	Effektivisering av dagens system for håndheving	149	17.2.4	Departementets vurderinger	178
15.7.1	Problemstilling	149	17.3	§ B – spørsmål om betydningen av reklameutsagn for mangelsbedømmelse mv.	178
15.7.2	Oversikt over forslagene i høringsnotatet og høringsinstansenes syn	149	17.3.1	Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning	178
15.7.3	Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved brudd på skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold skal opphøre	150	17.3.2	Redegjørelsen i høringsnotatet . . .	178
15.7.4	Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved brudd på visse spesifikke forbud	151	17.3.3	Høringsinstansenes syn	179
15.7.5	Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved manglende dokumentasjon	153	17.3.4	Departementets vurderinger	180
15.8	Grenseoverskridende håndheving .	155	17.4	§ C – spørsmål om reklameutsagn bør anses som et rettslig bindende tilbud	180
15.9	Administrative sanksjoner og andre forvaltningstiltak	156	17.4.1	Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning	180
			17.4.2	Redegjørelsen i høringsnotatet . . .	180
			17.4.3	Høringsinstansenes syn	182
			17.4.4	Departementets vurderinger	185

18	Økonomiske og administrative konsekvenser	186
18.1	Generelt	186
18.2	Beskyttelse mot særlige former for markedsføring	186
18.2.1	Telefonmarkedsføring og adressert reklame	186
18.2.2	Uadressert reklame og gratisaviser	186
18.2.3	Forbud mot bruk av visse tilleggsytelser ved markedsføring til forbrukere	187
18.3	Håndheving	187
19	Merknader til de enkelte bestemmelser	188
	Forslag til lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)	218

Vedlegg

1	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 («direktivet om urimelig handelspraksis»)	228
2	Forarbeider til markedsføringsloven av 1972 med senere endringer (kronologisk rekkefølge)	242
3	Lovspeil	243



DET KONGELIGE
BARNE- OG LIKESTILLINGSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 55

(2007–2008)

Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

*Tilråding fra Barne- og likestillingsdepartementet av 9. mai 2008,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Stoltenberg II)*

1 Proposisjonens hovedinnhold

Barne- og likestillingsdepartementet fremmer med dette forslag til en ny lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. Lovforslaget dekker i det vesentlige samme område som gjeldende markedsføringslov (lov 16. juni 1972 nr. 47), som forslaget foreslås å avløse. Forslaget har blant annet bakgrunn i direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere (i det følgende omtalt som direktivet om urimelig handelspraksis eller direktivet), som er tatt inn i EØS-avtalen. I proposisjonen fremmer departementet forslag til gjennomføring av direktivets bestemmelser.

Lovforslaget gjelder næringsdrivendes markedsføring i vid forstand og hjemler Forbrukerombudets og Markedsrådets kontroll med næringsdrivendes handlinger og bruk av avtalevilkår ut fra hensynet til forbrukerne. Forslaget er i hovedsak en videreføring av gjeldende rett med de tilpasninger som er nødvendige som følge av direktivet. Departementet har imidlertid også gjennomgått bestemmelsene om markedsføring overfor forbrukere og vurdert behovet for endringer. Bestemmelser som skal beskytte næringsdrivende har ikke vært gjenstand for revisjon. De videreføres uendret, men er plassert i et eget kapittel og der-

med skilt fra bestemmelsene som skal beskytte forbrukernes interesser.

I proposisjonen kapittel 3 til kapittel 17 fremgår departementets syn på en del hovedspørsmål.

Bestemmelser av generell karakter er tatt inn i lovforslagets *kapittel 1*. Loven innledes med en bestemmelse om hva loven gjelder. I kapitlet foreslås det også å lovfeste prinsippet om at faktiske påstander i markedsføring skal kunne dokumenteres. Videre videreføres forbudet mot handlinger som strider mot god markedsføringsskikk og forbudet mot kjønnsdiskriminerende reklame. Det samme gjelder bestemmelsen om at markedsføring alltid skal fremstå som markedsføring. Kapitlet inneholder også en bestemmelse med enkelte definisjoner og en bestemmelse om lovforslagets geografiske virkeområde.

I lovforslagets *kapittel 2* er bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis tatt inn. Disse bestemmelsene beskytter forbrukernes økonomiske interesser. Her forbyr handelsspraksis som er urimelig fordi den strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere, særlig praksis som er villedende eller aggressiv. Disse bestemmelsene er for en stor del en videreføring av gjeldende rett, men gjennomføringen av direkti-

vet har medført endringer i begrepsbruk og utforming. Det uttrykkelige forbudet mot aggressiv handelspraksis, som har sin bakgrunn i direktivet, er nytt. I dette kapitlet er også dagens bestemmelse om prismerking foreslått videreført.

I lovforslagets *kapittel 3* videreføres flere av dagens spesialbestemmelser om markedsføring. Dette gjelder forbudet mot krav om betaling for ytelse uten etter avtale (forbud mot kataloghvirksomhet og negativt salg), regelen om begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder (bl.a. e-postreklame) og reguleringen av levering av uadressert reklame («Nei takk» til uadressert reklame).

Det foreslås å gi forbrukerne en rett til å si nei takk til alle gratisaviser, ved at markedsføringsloven utvides til å omfatte publikasjoner med en ikke ubetydelig andel redaksjonelt stoff. Retten til å si nei vil bli utformet som en separat ordning, og det vil være mulig å si nei takk til uadressert reklame og samtidig beholde gratisavisen. Som ved uadressert reklame, vil et merke eller lignende på forbrukerens postkasse og/eller inngangsdør være tilstrekkelig tilkjennegivelse av at vedkommende ikke ønsker gratisaviser.

I tillegg foreslås det nye regler om markedsføring ved hjelp av telefon eller adressert post. Det foreslås flere konkrete tiltak for å effektivisere dagens reservasjonsordning mot telefonmarkedsføring. Det åpnes eksempelvis for å registrere telefonnummer i tillegg til fødselsnummer i Reservasjonsregisteret. De næringsdrivende pålegges hyppigere kontroll mot registeret, og å informere om reservasjonsmuligheten når de ringer de som ikke har reservert seg. For øvrig foreslås det å stille krav om skriftlig aksept ved telefonsalg til forbrukere i angrerettloven. Dersom forbrukeren ikke gir skriftlig aksept, vil ikke bindende avtale være inngått. Det foreslås også en skriftlig opplysningsplikt før avtaleinngåelse om enkelte sentrale avtalevilkår. Ved telefonsalg av avisabonnement og ved frivillige organisasjoners telefonsalg foreslås unntak fra kravene om skriftlig aksept og skriftlig opplysningsplikt før avtaleinngåelse.

Det foreslås videre endringer i bestemmelsene om bruk av tilleggsytelser i markedsføringen. Enkelte av restriksjonene på slik markedsføring foreslås opphevet. Dette gjelder for det første tilbud om ekstraytelser «på kjøpet» som til nå har vært forbudt dersom det ikke var naturlig sammenheng mellom hovedytelsen og ekstraytelsen (tilgift). Det samme gjelder forbudet mot bruk av visse rabattkuponger, men her foreslås et separat

forbud mot det som i forslaget er kalt samlemerker. Forbudet mot bruk av utlodninger og konkurranser i markedsføring foreslås videreført, men med et annet virkeområde enn i dag. For all annen bruk av tilleggsytelser i markedsføring foreslås det en plikt for de næringsdrivende til å gi klare opplysninger om vilkårene for å benytte tilbudene.

I lovforslagets *kapittel 4* foreslås det nye særregler for å beskytte barn og unge. Det er sikker praksis for at lovens bestemmelser tolkes strengere der markedsføring er rettet til barn. Forslaget innebærer at denne praksisen lovfestes og synliggjøres. Det foreslås en generell regel som markerer at barn er en særlig påvirkelig gruppe som det skal vises særlig aktsomhet overfor. Videre foreslås det en bestemmelse om urimelig handelspraksis overfor barn og en bestemmelse om god markedsføringsskikk (etiske og moralske aspekter) ved markedsføring overfor barn.

Kapittel 5 omhandler håndhevingsmyndighetenes kontroll med avtalevilkår og krav til garantivilkår i forbrukerforhold. Bestemmelsene i dette kapitlet er en videreføring av gjeldende rett.

Bestemmelser som utelukkende regulerer forhold næringsdrivende imellom foreslås skilt ut fra lovens øvrige bestemmelser og er tatt inn i lovforslagets *kapittel 6*. De videreføres uendret. I høringsnotatet var det avgrenset mot bestemmelsene, og endringer i bestemmelsene er ikke utredet nærmere.

Forhold vedrørende Forbrukerombudet og Markedsrådet og deres kompetanse er regulert i lovforslagets *kapittel 7*. Den foreslås å videreføre gjeldende rett ved at Forbrukerombudet er tilsynsorgan, mens Markedsrådet er et domstolsliknende forvaltningsorgan som er Forbrukerombudets overinstans i faglige saker. Hovedregelen er at Markedsrådet treffer vedtak ved brudd på loven, men i visse unntakstilfeller kan Forbrukerombudet treffe vedtak selv som førsteinstans. Det foreslås å effektivisere Forbrukerombudets håndheving på noen punkter, samt å innføre hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på enkelte av lovens bestemmelser.

I lovforslagets *kapittel 8* foreslås dagens bestemmelser om grenseoverskridende håndheving av forbrukerregelverk innenfor EØS-området videreført uendret.

I lovforslagets *kapittel 9* er det tatt inn bestemmelser om straff. Dagens straffehjemler foreslås noe innskrenket pga. at det foreslås en effektivisering av den administrative håndhevingen.

2 Bakgrunnen for lovforslaget

2.1 Bakgrunn og historikk

Bestemmelsene i markedsføringsloven gjelder hovedsakelig beskyttelse av forbrukerne, og disse bestemmelsene håndheves av Forbrukerombudet og Markedsrådet. Håndhevingsapparatet er nærmere omtalt i punkt 15.1. Når det gjelder bestemmelser som regulerer forholdet næringsdrivende imellom er det opp til de næringsdrivende selv å ivareta sine rettigheter enten via domstolene eller via Næringslivets Konkurransesutvalg (oppnevnt av næringsorganisasjonene) som avgir rådgivende uttalelser.

Loven bygger i stor grad på generelle og skjønnsmessige forbud. Dette har vist seg å være en reguleringsform som gir praksis tilpasset samfunnsutviklingen. Etter hvert har det imidlertid kommet inn flere spesifikke forbud, særlig som resultat av EØS-regelverk.

I 1922 fikk man den første lov i Norge om konkurranse. Loven tok først og fremst sikte på å regulere forholdet mellom de næringsdrivende og sette etiske standarder for næringslivet, men også hensynet til forbrukerne ble trukket frem ved praktiseringen av loven.

I 1960 tok man fatt på revisjon av lov om utilbørlig konkurranse fra 1922 (konkurranseloven) som er forløperen til dagens lov om markedsføring. Først og fremst var det ønsket om utvikling av likt regelverk i Norden som var foranledningen for revisjonen. Det var imidlertid også spørsmål om ikke loven burde innlemmes i prisloven, men dette ble avvist. Lovforslaget ble fremlagt i 1966 og skiller seg vesentlig fra det som senere ble lov om markedsføring. Departementet ønsket ikke bare å betone spørsmålet om utilbørlig konkurranse, men også hensynet til forbrukerne og allmennhetens interesser i sunne markedsforhold. Departementet mente det var behov for forholdsvis strenge regler på dette området, og utarbeidet et utkast til «Lov om markedsmissbruk». Forslaget bygget i vesentlig grad på komiteens innstilling, men hadde en del tilleggsforslag. Særlig er forbrukerhensynet trukket frem og tydeliggjort i lovteksten. Bestemmelsen om villedende markedsføring ble utdypet. Tilgiftforbudet ble foreslått utvidet og det ble foreslått innført et forbud mot utlodninger.

Håndheving av konkurranseloven av 1922 foregikk delvis gjennom domstolene og delvis gjennom næringslivets egne responsa- og konkurranseutvalg. Departementet så det som en viktig offentlig oppgave å håndheve regelverket og føre løpende tilsyn med at lovens bestemmelser ble overholdt. Det ble også lagt vekt på at man skulle kunne reagere relativt hurtig. Som en konsekvens av dette foreslo man innført en ordning med en Forbrukerombudsman (i dag Forbrukerombudet) som et frittstående forvaltningsorgan, og som i første omgang skulle søke å komme frem til frivillige ordninger med de næringsdrivende. I tillegg foreslo man et Markedsråd til å treffe bindende vedtak der frivillig ordning ikke ble oppnådd. Det ble også foreslått at Forbrukerombudsmannen skulle kunne nedlegge forbud under nærmere angitte vilkår. Senere har Forbrukerombudets adgang til å treffe bindende vedtak blitt utvidet. Under Stortingsbehandlingen ble lovens navn endret fra «lov om markedsmissbruk» til «lov om markedsføring».

I 1978 ble det i forbindelse med vedtakelsen av likestillingsloven tatt inn forbud mot kjønnsdiskriminerende reklame i markedsføringsloven, og i 1981 kom den svært sentrale bestemmelsen om kontroll med urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold inn i loven.

I 1996 ble lovens sanksjonssystem skjerpet, blant annet ved innføring av tvangsgebyr der næringsdrivende overtrer forbudsvedtak.

I 1997 ble generalklausulen i § 1 endret for å klargjøre rettstilstanden med hensyn til uetisk markedsføring. Formuleringen «strider mot god markedsføringsskikk» rammer markedsføring som tar i bruk virkemidler som krenker de moralnormer eller etiske normer som må regnes som alminnelig gjeldende i det norske samfunnet, det vil si virkemidler som folk flest vil finne støtende når de brukes i reklameøyemed. Også forbudet mot kjønnsdiskriminerende reklame ble skjerpet.

I 2001 kom det inn nye forbud mot negativt salg/kataloghvirksomhet, mot å sende uanmodet reklame i e-post mv. og en reservasjonsordning for uadressert reklame. Reglene var et resultat av EU-direktivet om fjernsalg til forbrukere.

Kapittel II a om garantier ble tilføyd i 2002. Paragraf 3 a om prismerking ble tatt inn i loven i 2004. Lovens kapittel II b om grenseoverskridende handlinger som skader forbrukernes kollektive interesser kom inn i loven i 2002, og ble utvidet i 2007 for å gjennomføre EUs forordning om grenseoverskridende samarbeid mellom håndhevingsmyndigheter. De fleste av endringene de senere årene har vært ledd i gjennomføringen av ulike regelsett som er innlemmet i EØS-avtalen.

En oversikt over forarbeidene til markedsføringsloven av 1972 er tatt inn som vedlegg 2 til proposisjonen.

2.2 EU-direktivet om urimelig handelspraksis i forhold mellom næringsdrivende og forbrukere

2.2.1 Bakgrunn

Allerede på begynnelsen av 1960-tallet startet EU et arbeid med felles harmoniserte regler om utilbørlige handlinger i markedet. Kommisjonen fikk utført en undersøkelse av medlemsstatenes lovgivning om illojal konkurranse.

Rapporten inneholdt også forslag til utforming av felles lovgivning på området. Forslaget inneholdt blant annet en generalklausul om utilbørlig konkurranse, supplert av mer spesielle bestemmelser om villedende og sammenlignende reklame og beskyttelse av forretningshemmeligheter. Forslagets hovedfokus var beskyttelse av næringsdrivende mot illojal konkurranse. Forslaget ble aldri vedtatt.

I 1978 la Kommisjonen frem et forslag til direktiv om utilbørlig og villedende markedsføring. I motsetning til tidligere forslag skulle dette direktivet også beskytte forbrukere mot utilbørlige handlinger i markedet. Direktivforslaget inneholdt blant annet en generalklausul med et forbud mot utilbørlig markedsføring, supplert av særlige bestemmelser om villedende og sammenlignende reklame.

Etter langvarige forhandlinger ble Direktiv 84/450/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lover og andre forskrifter om villedende reklame vedtatt i 1984. Det endelige direktivet inneholdt bare regler om villedende reklame. I 1997 ble direktivet utvidet til også å omfatte sammenlignende reklame.

Siden midt på 1980-tallet har det blitt vedtatt en rekke ulike rettsakter med regler om blant annet reklame og annen markedsføring samt regler om opplysningsplikt ved markedsføring. Dette gjelder blant annet prismerkingsdirektivet, dørsalgsdirek-

tivet, forbrukerkredittdirektivet, det generelle fjernsalgsdirektivet, direktivet om fjernsalg av finansielle tjenester, e-handelsdirektivet, pakkereisedirektivet, forbrukerkjøpsdirektivet, TV-direktivet og direktivet om urimelige avtalevilkår.

I 1996 offentliggjorde EU-kommisjonen en grønbok om kommersiell kommunikasjon på det indre marked der man blant annet konstaterte at nasjonalt regelverk, som forbud mot eller restriksjoner på visse typer markedsføring, kan være til hinder for virksomheter som ønsker å tilby tjenester på tvers av landegrenser. Dette kan også være et problem for forbrukerne.

I sin oppfølging til grønboken pekte Kommisjonen ut noen hovedområder der nasjonal lovgivning var svært ulik og derfor potensielt kunne lede til hindringer for det indre marked og også manglende forbrukerbeskyttelse. Dette var blant annet beskyttelse av barn og unge, utilbørlig konkurranse og sponning.

På grunnlag av blant annet grønboken om kommersiell kommunikasjon og arbeidet i en egen ekspertgruppe om emnet, la Kommisjonen i 2001 frem et forslag til forordning om fjerning av restriksjoner på salgsfremmende tiltak. Forslaget omfattet alle former for rabatter, kombinasjonstilbud, tilgift, salgsfremmende konkurranser og spill. Formålet med forslaget var å harmonisere nasjonale bestemmelser om bruk av og markedskommunikasjon med slike tiltak. Visse restriksjoner i medlemsstatene skulle erstattes med informasjonskrav. Etter en lang forhandlingsprosess ble forordningsforslaget trukket tilbake av Kommisjonen høsten 2005.

Samtidig med forslaget til forordning om salgsfremmende tiltak la Kommisjonen frem en grønbok om fremtidens forbrukerbeskyttelse innenfor EU. Formålet med grønboken var å stimulere til forbrukerpolitisk debatt. Den bærende tanken i grønboken var at fragmentert lovgivning på forbrukerområdet i medlemslandene gir dårlig forutberegnelighet for næringsdrivende som vil rette sin virksomhet mot utlandet, og problemer for forbrukerne som vil utnytte mulighetene grenseoverskridende handel byr på.

I grønboken ble to ulike fremgangsmåter for mer harmonisert lovgivning presentert. Enten kunne man fortsette å vedta enkeltdirektiver for å løse sektorspesifikke problemer, eller man kunne vedta et rammeregulativ om god forretningsikk som et tillegg til spesiallovgivningen. I 2002 vedtok Kommisjonen en kommunikasjon om oppfølging av grønboken der det kom frem at høringsrunden ga grunnlag for å arbeide videre med et rammeregulativ. På grunnlag av grønboken, kommunika-

sjonen og de synspunkter som kom på disse dokumentene, la kommisjonen i 2003 frem forslag til direktiv om urimelig handelspraksis.

2.2.2 Oversikt over direktivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked ble publisert i EU-tidende den 11. juni 2005.

Ved EØS-komiteens beslutning nr. 93/2006 av 7. juli 2006 ble direktivet innlemmet i EØS-avtalen med forbehold om Stortingets samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning i samsvar med Grunnloven § 26 annet ledd. Anmodning om Stortingets samtykke ble fremsatt i St.prp. nr. 9 (2006–2007). Ved behandling av saken 16. februar 2007 ga Stortinget sitt samtykke til innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen i samsvar med Innst. S. nr. 119 (2006–2007).

Frist for gjennomføring av direktivet i nasjonal rett var 12. juni 2007, med frist for ikrafttredelse 12. desember 2007.

Direktivets hovedinnhold

Direktivet inneholder en fortale med 25 punkter, og 21 artikler inndelt i fire kapitler. I det første kapitlet finnes generelle bestemmelser om direktivets formål, anvendelsesområde, definisjoner av sentrale begreper og om det indre marked. Det andre kapitlet inneholder bestemmelser om forbud mot urimelig handelspraksis og presiseringer av hva som er urimelig handelspraksis. Det tredje kapitlet består av en artikkel om atferdsregler. I det fjerde og siste kapitlet finnes bestemmelser om håndheving og sanksjoner, endringer i visse andre direktiver, informasjonstiltak og om revisjon av direktivet. Det er to vedlegg til direktivet.

Direktivets formål

Det fremgår av artikkel 1 at formålet med direktivet er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser. I fortalens punkter 2 til 6 utdypes begrunnelsen for direktivet. Her konstateres det at medlemsstatenes lovgivning om urimelig handelspraksis inneholder betydelige forskjeller. Forskjellene forårsaker usikkerhet med hensyn til hvilke nasjonale regler som gjelder for urimelig handelspraksis, noe som skader forbrukernes økonomiske interes-

ser og skaper mange hindringer som i sin tur øker kostnadene for foretak som ønsker å benytte seg av det indre markeds friheter. Dette gjelder særlig ved markedsføring over landegrensene. Hindringene gjør også forbrukerne usikre på sine rettigheter og undergraver deres tillit til det indre marked.

Harmoniseringsgrad

Direktivet er hovedsakelig utformet som et totalharmoniseringsdirektiv. Dette fremgår blant annet av punktene 11, 14 og 15 i fortalen. Dette innebærer dels en fullstendig harmonisering av de spørsmål som omfattes av direktivets virkeområde, dels at medlemsstatene ikke kan innføre eller videreføre bestemmelser som fraviker fra direktivet. For finansielle tjenester og fast eiendom er imidlertid direktivet bare et minimumsharmoniseringsdirektiv, jf. artikkel 3 nr. 9. Direktivet gir også den enkelte stat stor frihet i utformingen av håndhevings- og sanksjonssystem.

Etter artikkel 3 nr. 5 kan medlemsstatene i 6 år regnet fra 12. juni 2007 fortsette å anvende nasjonale bestemmelser som er strengere eller mer detaljerte enn direktivet, dersom disse bestemmelsene gjennomfører andre direktiver som inneholder minsteklausuler. Tiltakene må være avgjørende for å sikre at forbrukerne vernes tilstrekkelig mot urimelig handelspraksis, og skal stå i forhold til målet som skal nås (være proporsjonale).

Virkeområde

Direktivets virkeområde er omfattende og ikke særlig klart avgrenset. Etter artikkel 3 nr. 1 gjelder direktivet for «foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt». Med handelspraksis menes i henhold til artikkel 2 bokstav d «en handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne». Direktivet retter seg bare mot beskyttelse av forbrukernes økonomiske interesser, jf. fortalens punkt 6. Direktivet gjelder dermed ikke handelspraksis i forhold mellom næringsdrivende eller som bare skader konkurrenters økonomiske interesser. Det er for øvrig avgrenset mot en rekke områder.

Direktivet berører ikke enkeltsaker som fremmes av enkeltpersoner som har lidd skade på grunn av urimelig handelspraksis, jf. fortalens

punkt 9. Av punkt 9 og av artikkel 3 fremgår det også at direktivet heller ikke berører fellesskapsregler eller nasjonale regler for avtalerett, immateriellrettigheter, helse- og sikkerhetsaspekter ved produkter, etableringsvilkår eller godkjenningssystemer, samt Fellesskapets konkurranseregler og nasjonale regler som gjennomfører dem. Også sertifisering og angivelse av finhetsgrad for edelmetaller faller utenfor, jf. artikkel 3 nr. 10.

En viktig presisering av virkeområdet er tatt inn i fortalens punkt 7:

«Dette direktiv berører handelspraksis som er direkte knyttet til påvirkning av forbrukernes transaksjonsbeslutninger med hensyn til produkter. (...) Det berører ikke juridiske krav knyttet til smak og anstendighet, som varierer betydelig blant medlemsstatene. Handelspraksis som for eksempel kundeoppsøking på gaten kan i enkelte medlemsstater være uønsket av kulturelle årsaker. Medlemsstatene bør derfor, i samsvar med Fellesskapets regelverk, fortsatt kunne forby former for handelspraksis på sine territorier med begrunnelse i smak og anstendighet også når slik praksis ikke begrenser forbrukernes valgfrihet.»

Begrunnelsen for at «smak og anstendighet» ble holdt utenfor direktivet har vært at kulturelle og samfunnsmessige forskjeller mellom landene gjør at oppfatningene av hva som bør tillates av virkemidler i reklame og salg er svært ulike, og derfor vanskelige å harmonisere. Det følger av eksemplet i fortalen at en restriksjon som er begrunnet i kategorien «smak og anstendighet» faller utenfor direktivets virkeområde selv om tiltaket også må sies å være egnet til å påvirke forbrukernes økonomiske atferd. Valget av eksempel tyder videre på at man ved ivaretagelsen av nasjonale verdier kan tolke smaks- og anstendighetsbegrepet relativt vidt, og at et bredt spekter av hensyn omfattes av avgrensningen.

Fellesskapsregler som regulerer bestemte aspekter ved urimelig handelspraksis har forrang ved manglende samsvar mellom spesialdirektivet og direktivet om urimelig handelspraksis, jf. artikkel 3 nr. 4 og fortalens punkt 10. Direktivet utfyller dermed gjeldende fellesskapsrett som får anvendelse på handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.

Forbud mot urimelig handelspraksis

Selve forbudet mot urimelig handelspraksis er plassert i artikkel 5 nr. 1. Nærmere bestemmelser om når en praksis skal anses som urimelig er tatt inn i artikkel 5 nr. 2 til 5. Urimelighet foreligger

hvis praksisen strider mot kravene til yrkesmessig aktsomhet og den vesentlig endrer, eller er egnet til å vesentlig endre, den økonomiske atferden med hensyn til produktet for gjennomsnittsforbrukeren som den når frem til eller er rettet mot, eller for gjennomsnittsmedlemmet av gruppen dersom en handelspraksis er rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, jf. artikkel 5 nr. 2. Med gjennomsnittsforbrukere menes en person som er rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, jf. fortalens punkt 18. Denne generelle bestemmelsen er ment å erstatte de ulike generalklausuler og rettspraksis i medlemsstatene slik at man oppnår en tilnærming gjennom felles kriterier for urimelig handelspraksis, se fortalens punkter 11 og 13.

I artikkel 5 nr. 4 utdypes generalklausulen ved at det slås fast at særlig handelspraksis som er villledende eller aggressiv skal anses som urimelig. Hva som ligger i begrepene villedende og aggressiv er nærmere utdypet i artiklene 6 til 9.

I vedlegg 1 til direktivet er det i tillegg tatt inn en liste over praksiser som i henhold til artikkel 5 nr. 5 alltid skal betraktes som urimelige, den såkalte svartelisten. Den samme listen får anvendelse i alle medlemsstater og den kan bare endres ved revisjon av direktivet.

Bekjempelse av urimelig handelspraksis

Medlemsstatene skal i henhold til artikkel 11 sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive midler til å bekjempe urimelige former for handelspraksis, slik at direktivets regler overholdes. Dette skal skje ved at saker skal kunne bringes inn for retten eller for forvaltningsmyndigheter. Etter artikkel 13 skal det fastsettes virkningsfulle, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner ved overtredelse av direktivets regler.

I artikkel 12 pålegges medlemsstatene å gi domstoler eller myndigheter myndighet til å kreve at det framlegges dokumentasjon på riktigheten av faktapåstander brukt i forbindelse med en praksis, og å anse faktapåstander uriktige dersom slik dokumentasjon ikke framlegges. I artikkel 10 klargjøres at direktivet ikke er til hinder for at atferdsregler kan virke som et supplement til domstols- og forvaltningshåndheving av direktivets regler.

Endringer i andre direktiver

Direktivet endrer direktiv 84/450/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om villedende og sammenlignende reklame. Det sistnevnte direktivet skal heretter bare gjelde for reklame næringsdrivende imellom. Det gjøres

også endringer i direktiv 97/7/EF (fjernsalgsdirektivet), 98/27/EF (forbudsdirektivet) og 2002/65/EF (direktivet om fjernsalg av finansielle tjenester og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 (forordningen om forbrukervernsamarbeid).

2.3 Arbeidet med lovforslaget

Som en følge av arbeidet med direktiv om urimelig handelspraksis, startet det daværende Barne- og familiedepartementet arbeidet med en helhetlig gjennomgang av markedsføringsloven våren 2005. I tillegg til de tilpasninger direktivet ville kreve, var det behov for en opprydning i, og systematisering av, markedsføringsloven som har vært endret en rekke ganger de senere årene.

I 2005 ble det sendt ut informasjon til berørte organisasjoner og myndigheter om det pågående arbeidet, der man oppfordret til å komme med innspill til departementet. I 2005/2006 inviterte departementet til diskusjonsmøter om temaene telefonsalg/direkte markedsføring, reklame til barn og unge, uadressert reklame og tilgift og konkurranser/utlodninger. På møtene deltok representanter for ulike næringsorganisasjoner, myndigheter og andre berørte organisasjoner. De kom med sitt syn på hvordan dagens markedsføringslov fungerer og hvilke hensyn som bør vektlegges ved utformingen av eventuelle nye bestemmelser. Etter møtene kom det flere skriftlige innspill til departementet der synspunktene ble utdypet. Synspunktene ble innarbeidet i høringsnotatet om forslag til ny markedsføringslov.

2.4 Internasjonalt

2.4.1 Nordisk samarbeid

I 2005 finansierte Embetsmannskomiteen for forbrukerspørsmål under Nordisk Ministerråd en utredning av forslaget til nytt direktiv om urimelig handelspraksis og mulige konsekvenser av direktivet for de nordiske markedsføringslovene. Rapporten «EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices» ble publisert våren 2005.

Det har vært avholdt nordiske møter der de ansvarlige for den nasjonale gjennomføringen og de nordiske forbrukerombudene har diskutert direktivet og gjennomføringen. De nordiske landene har imidlertid hatt ulik fremdrift i arbeidet med gjennomføringen og i tillegg svært ulike pro-

sesser i forbindelse med utarbeidelse av de nasjonale lovforslagene. Det har ikke vært arbeidet med siktemål om å gi de nordiske lovene en felles utforming.

2.4.2 Kommisjonens arbeidsgruppe for gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis

Etter at direktivet om urimelig handelspraksis ble vedtatt, valgte Kommisjonen å sette ned en arbeidsgruppe for gjennomføringen av direktivet om urimelig handelspraksis i nasjonal rett. Også EØS-EFTA-landene var invitert til å delta, og Norge har deltatt i gruppen.

Det har vært hovedvekt på uformelle diskusjonsmøter der forståelsen av direktivets bestemmelser har vært tema. Saksbehandlere fra DG-Sanco i EU-kommisjonen og personer som har arbeidet med gjennomføring av direktivene har deltatt. Fra noen land har også håndhevingsmyndigheter vært representert. BLD har deltatt på flere av disse møtene og noen ganger også Forbrukerombudet.

Det har også vært avholdt formelle møter der representanter fra Kommisjonen har gitt sitt syn på ulike spørsmål og landene har informert Kommisjonen om sin gjennomføring av direktivet. Barne- og likestillingsdepartementet har deltatt på de fleste møtene og Justisdepartementet har deltatt på enkelte møter.

2.5 Høringen

Barne- og likestillingsdepartementet sendte forslag til ny markedsføringslov på høring 10. juli 2006 med høringsfrist 1. november 2006. Forslaget ble sendt til følgende institusjoner og organisasjoner:

Abelia

ANFO – Annonsørforeningen

Arbeids- og inkluderingsdepartementet

Barneombudet

BarneVakten

Brønnøysundregistrene

Coop Norge AS

Dagligvareleverandørenes forening, DLF

Datatilsynet

De juridiske fakultetene, Oslo, Bergen, Trondheim og Tromsø

De norske Bokklubbene AS

Den norske Advokatforening

Den norske Bokhandlerforening

Den norske Dataforening

Direktesalgforbundet

DnB NOR	Sparebankforeningen
Egmont Serieforlaget AS	Statens medieforvaltning
Eiendomsmeglerforetakenes Forening	Stiftelsen eforum.no
El & IT Forbundet	Telenor
Elektronisk Forpost Norge	UiO, Institutt for rettsinformatikk
Finansdepartementet	Utenriksdepartementet
Finansforbundet	Wiersholm, Mellbye & Bech advokatfirma AS
Finansieringsselskapenes Forening	Økokrim
Finansnæringens Hovedorganisasjon	
Forbrukerkontakt	Av disse avga følgende realitetsuttalelse:
Forbrukerombudet	Abelia
Forbrukerrådet	Advokatforeningen
Fornyings- og administrasjonsdepartementet	ANFO – Annonsørforeningen
Framtiden i våre hender	Barneombudet
Frivillige organisasjoners råd for inntektsskapende aktiviteter, FIO	BarneVakten
Grønn Hverdag	Brønnøysundregistrene
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)	Coop Norge AS
Helse- og omsorgsdepartementet	Dagligvareleverandørenes Forening
IKT-Norge	Datatilsynet
INMA (Forening for interaktiv markedsføring)	De norske Bokklubbene AS (Bokklubben)
Justisdepartementet	Egmont Serieforlaget AS
Konkurransetilsynet	Finansieringsselskapenes Forening
Kreativt Forum	Finansnæringens Hovedorganisasjon
Kredittilsynet	Forbrukerombudet
Kultur- og kirke departementet	Forbrukerrådet
Kunnskapsdepartementet	Framtiden i våre hender
Landbruks- og matdepartementet	Grønn Hverdag
Landsorganisasjonen i Norge (LO)	Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)
Likestillings- og diskrimineringsombudet	Helse- og omsorgsdepartementet
Lotteri- og stiftelsestilsynet	Justis- og politidepartementet
Magasin- og ukepresseforeningen	Konkurransetilsynet
Markedsrådet	Kreativt Forum
Mediebedriftenes Landsforening (MBL)	Kredittilsynet
Microsoft	Kultur- og kirke departementet
Miljøverndepartementet	Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Natteravnene	Likestillings- og diskrimineringsombudet
Norges Blindeforbund	Lotteri- og stiftelsestilsynet
Norges Eiendomsmeglerforbund	Magasin- og Ukepresseforeningen
Norges Kvinne- og Familieforbund	Markedsrådet
Norges Markedsføringsforbund	Mediebedriftenes Landsforening (MBL)
Norges Naturvernforbund	Miljøverndepartementet
Norpost AS	Norges Blindeforbund
Norsk Direkte Markedsførings Forening, (NORDMA)	Norges Kvinne- og Familieforbund
Norsk Markedsanalyse Forening	Norges Naturvernforbund
Norsk Postordreforening	Norpost
Nærings- og handelsdepartementet	Norsk Direkte Markedsførings Forening (NORDMA)
Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)	Norsk Markedsanalyse Forening
Næringslivets Servicekontor for Markedsrett, NSM	Norsk Postordreforening
Post- og teletilsynet	Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Posten Norge AS	Nærings- og handelsdepartementet
Samferdselsdepartementet	Post- og teletilsynet
	Posten Norge AS (Posten)
	Samferdselsdepartementet

Sparebankforeningen
 Telenor Telecom Solutions AS (Telenor)
 I tillegg har følgende avgitt høringsuttalelse:
 Bertmark Norge AS
 Bodø.nu, Vesterålingen, Rana No, Harstad Nu
 Den norske Forleggerforening
 Edda Media
 Eniro Norge AS
 Frivillighet Norge
 Get AS
 Hvamenerpartiene.com
 Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL)
 Landslaget for Lokalaviser
 Medietilsynet
 Nasjonalt råd for ernæring
 NetCom AS
 Norges Automobilforbund
 Norges Bygdekvinnelag
 Norsk Redaktørforening
 Næringsmiddelbedriftenes Landsforening
 Organisasjonen Forbrukerkontakten
 Press – Redd Barna Ungdom
 Sosial- og helsedirektoratet
 Tele2 Norge AS
 Troms Fylkeskommune
 TV2 AS

I tillegg har en privatperson avgitt høringsuttalelse i tilknytning til telefonsalg. Ca. 660 personer har dessuten fulgt Grønn Hverdags oppfordring om å fremme sitt syn på spørsmålet om forhåndssamtykke til reklame ved hjelp av standardiserte e-postmeldinger sendt fra Grønn Hverdags hjemmesider.

Følgende har svart og meddelt at de ikke har merknader:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
 Direktesalgforbundet
 Eiendomsmeglerforetakenes forening
 Fornyings- og administrasjonsdepartementet
 Kunnskapsdepartementet
 Landbruks- og matdepartementet
 Utenriksdepartementet
 Økokrim

2.6 Om lovgivningen og forslag til endringer i de andre nordiske land som følge av direktivet om urimelig handelspraksis

2.6.1 Danmark

I Danmark trådte en ny markedsføringslov i kraft 1. juli 2006. Den erstattet en lov fra 1994. Loven

gjelder markedsføring i næringsvirksomhet og offentlig virksomhet der det tilbys varer og tjenester. Som følge av direktivet om urimelig handelspraksis ble loven endret igjen høsten 2006 og de nye reglene er trådt i kraft.

Den danske loven inneholder en generell plikt for næringsdrivende til å handle i tråd med god markedsføringsskikk. Lovens regler beskytter både næringsdrivende og forbrukere. I tillegg til generalklausulen inneholder loven et forbud mot villedende og utilbørlig markedsføring. Gjennomføringen av direktivet om urimelig handelspraksis skjedde ved at disse bestemmelsene ble tilpasset direktivet. Endringene var først og fremst en presisering og innføring av direktivets terminologi og fremgangsmåte for å fastslå om det foreligger en overtredelse.

I de etterfølgende bestemmelser videreføres bl.a. regler om uanmodet henvendelse, en bestemmelse om markedsføring rettet mot barn og unge, regler om salgsfremmende tiltak og om prisopplysning. Det ble også gjort enkelte endringer i de eksisterende bestemmelsene i loven. Direktivets vilkår om at handelspraksis skal være egnet til å endre forbrukernes økonomiske atferd ble tatt inn i generalklausulen. Det ble videre gjort tilføyelser i villedningsbestemmelsen og tatt inn en bestemmelse om opplysninger ved oppfordringer til kjøp som tilsvarende direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 7 nr. 4. I den danske proposisjonen er det uttalt at det først og fremst er tale om terminologiske endringer, og at man derfor har valgt å beholde prinsippet om at de samme reglene skal gjelde næringsdrivende imellom.

2.6.2 Sverige

Den svenske regjeringen fremmet i Prop. 2007/08:115 forslag til ny lov om markedsføring, markedsføringslagen. Loven vil erstatte den gjeldende markedsføringslov fra 1994.

Lovforslaget gjelder generelt og gir felles bestemmelser for markedsføring næringsdrivende imellom og markedsføring overfor forbrukere. Materielt sett bygger forslaget i hovedsak på samme modell som loven fra 1994. Forslaget er bygd opp rundt en generalklausul som sier at markedsføring skal være i tråd med god markedsføringsskikk i 5 §. Som følge av direktivet om urimelig handelspraksis utvides markedsføringsbegrepet slik at det også omfatter handlig mv. etter avtaleinngåelse. I tillegg til generalklausulen kommer to mer spesifikke forbud mot aggressiv og villedende markedsføring i henholdsvis 7 § og 8 § med videre henvisninger. Disse bestemmelsene

tilsvarer direktivet artikkel 8 og 6 og 7. Det er i 12 § tatt inn en bestemmelse om oppfordring til kjøp som tilsvarende direktivet artikkel 7 nr. 4. Flere bestemmelser med forbud mot visse former for villedende markedsføring videreføres også i den nye loven i 13–17 §§.

For at markedsføring skal være urimelig i henhold til disse bestemmelsene er det i forslagets 6, 7 og 8 §§ inntatt et vilkår om at den er egnet til å påvirke mottakerens evne til å fatte et velbegrunnet økonomisk beslutning. Bilaget til direktivet om urimelig handelspraksis («svartelisten») er foreslått gjennomført i en bestemmelse i 4 § som gir den lovs kraft. Sanksjonssystemet i gjeldende lov foreslås videreført.

2.6.3 Finland

I Finland er lovgivningen på markedsføringsområdet delt i to lover. Konsumentskyddslagen har i kapittel 2 bestemmelser som beskytter forbrukere mot urimelig markedsføring. Bestemmelser som beskytter næringsdrivende er samlet i en egen lov om otillbørlig forfarande i næringsverksamhet.

Konsumentskyddslagen 2 kapittel 1 § inneholder en generalklausul som forbyr handlinger som

strider mot god skikk eller som på annen måte er urimelig overfor forbrukere. Videre er det et generelt forbud mot å bruke villedende eller usanne opplysninger i markedsføring. Det er bestemmelser om opplysningsplikt ved kombinasjonstilbud og tilgiftstilbud, og et forbud mot reklamelotterier.

Direktivet om urimelig handelspraksis er foreslått gjennomført ved en revisjon av konsumentskyddslagen 2 kapittel. Det er foreslått en videreføring av det generelle forbudet i 1 § og to nye bestemmelser som presiserer hva som anses å stride mot god skikk (2 §) og hva som anses som urimelige metoder (3 §). Paragrafene 3 til 9 tilsvarende direktivet artikkel 5 til 9. Bestemmelsene har fått en utforming som i stor grad tilsvarende direktivet om urimelig handelspraksis. I de etterfølgende bestemmelsene videreføres forbud mot negativt salg, forbud mot villedende tilbudsmarkedsføring og reglene vedrørende salgsfremmende tiltak. Det er også hjemmel til å gi nærmere bestemmelser om blant annet prismerking og prisopplysning.

Bestemmelsen om markedsføring som strider mot god skikk i forslag til 2 §, gjelder sider ved markedsføring som ikke berøres av direktivet om urimelig handelspraksis.

3 Innledende avklaringer

3.1 Lovforslagets oppbygning

Gjeldende markedsføringslov regulerer handlinger «foretatt i næringsvirksomhet» som får negative konsekvenser for andre næringsdrivende eller forbrukernes interesser. Loven beskytter i hovedsak økonomiske interesser. Næringsdrivende skal ikke bruke urimelige metoder til å påvirke forbrukernes eller andre næringsdrivendes økonomiske valg eller på annen måte påføre andre næringsdrivende tap, for eksempel ved etterligning av produkter. Loven inneholder videre bestemmelser om markedsføringshenvendelser til forbrukere som også ivaretar hensynet til privatlivets fred og mengden reklamebudskap forbrukere skal motta. Også andre interesser enn de rent økonomiske beskyttes av loven. For det første inneholder loven en bestemmelse om kjønnsdiskriminerende reklame. For det andre ble lovens generalklausul i 1997 utvidet slik at den uttrykkelig ivaretar også etiske hensyn (god markedsføringsskikk).

Gjennomføringen av direktivet om urimelig handelspraksis i markedsføringsloven representerer en fremstillingsmessig utfordring fordi direktivet bare beskytter forbrukernes økonomiske interesser. Det vil si at bestemmelser som direkte beskytter næringsdrivendes interesser og bestemmelser som ivaretar mer etiske hensyn, ikke berøres av direktivet. I gjeldende lov er ulike grupper og hensyn ivaretatt i samme bestemmelser.

Forslaget i høringsnotatet var å splitte lovens bestemmelser om forbrukernes økonomiske interesser, reglene om etiske hensyn og reglene om næringsdrivendes økonomiske interesser. Høringsinstansene som har kommentert dette har vært generelt positive til denne løsningen. *Forbrukerombudet, Advokatforeningen, Forbrukerrådet og Norges Automobilforbund* mener primært at reglene som ivaretar næringslivets interesser bør skilles ut i en egen lov slik at markedsføringsloven blir en ren forbrukervernlov.

Departementet foreslår ikke at bestemmelsene som regulerer beskyttelse av næringsdrivende skilles ut i en egen lov i denne omgang. Lovforslaget inneholder et separat kapittel der beskyttelse av næringsdrivende reguleres. Gjeldende bestemmelser videreføres uendret. Revisjonsarbeidet har

hele tiden vært avgrenset mot disse bestemmelsene, og en slik løsning er ikke nærmere utredet og har ikke vært på høring. Dette spørsmålet er noe man eventuelt vil måtte komme tilbake til på et senere stadium. I Danmark har man valgt å beholde bestemmelsene i samme lov, dette er også foreslått i Sverige. I Finland er regler for næringsdrivende og forbrukere splittet i to lover.

Elementene i dagens generalklausul gjenfinnes i tre bestemmelser i lovforslaget. I § 2 foreslås et forbud mot handlinger som strider mot god markedsføringsskikk. Bestemmelsen gjelder all markedsføring og skal ivareta etiske hensyn og andre hensyn enn forbrukernes økonomiske interesser. I § 6 foreslås et generelt forbud mot urimelig praksis som er egnet til å endre forbrukernes økonomiske atferd. Forbudet utdypes gjennom forbud mot villledning og aggressiv praksis. I § 25 foreslås deler av dagens generalklausul videreført til beskyttelse av næringsdrivendes interesser.

Skillene som innføres anses hensiktsmessige fordi reglene har ulik bakgrunn. Reglene om urimelig handelspraksis representerer gjennomføringen av et totalharmoniseringsdirektiv, til forskjell fra reglene om villedende handlinger næringsdrivende imellom som gjennomfører et minimumsdirektiv. Området etisk/uetisk reklame er i liten grad berørt av EØS-retten.

3.2 Særlig om innarbeidingen av direktivet om urimelig handelspraksis i lovforslaget

Gjeldende markedsføringslov kjennetegnes ved at mange av bestemmelsene er generelt utformet. Bruk av rettslige standarder som «urimelig», «god forretningsskikk» og «god markedsføringsskikk» gir en fleksibel regulering der praksis kan tilpasses samfunnsutviklingen. Dette har vist seg å være en god tilnærming. Direktivet om urimelig handelspraksis bygger også på rettslige standarder, men til forskjell fra gjeldende markedsføringslov er det tatt inn definisjoner av flere begreper. Bestemmelsene er også langt mer detaljerte.

Ulikhetene i tilnæringsmåte reiste spørsmål om hvordan direktivet skal innarbeides i loven. På

den ene siden har man gode erfaringer med dagens utforming, på den andre siden følger det krav til gjennomføring av direktiver av EØS-avtalen. Departementet utarbeidet utkast til to modeller for innarbeiding av direktivet i den nye loven, og sendte begge alternativene på høring. Det ene var forholdsvis kortfattet og generelt utformet, det andre var mer detaljert og lå nær opp til direktivteksten. Innholdsmessig var de like, da begge representerte en gjennomføring av direktivets bestemmelser.

Følgende høringsinstanser uttalte seg konkret til valg av lovteknisk modell.

Helse- og omsorgsdepartementet, Samferdselsdepartementet, Barneombudet, Forbrukerombudet, Advokatforeningen, Den norske Forleggerforening, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Kreativt Forum, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Norsk Kvinne- og Familieforbund, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Sparebankforeningen og Bokklubben støtter i utgangspunktet den mer kortfattede tilnærmingen i departementets første alternativ.

Justisdepartementet, Annonserforeningen (ANFO), Finansnæringens Hovedorganisasjon, Framtiden i våre hender, Norsk Direkte Markedsførings Forening (NORDMA), Norsk Postordreforening, Telenor og TV2 mener den mer detaljerte utformingen er å foretrekke.

Ulike hensyn må veies opp mot hverandre i dette spørsmålet. De aller fleste høringsinstansene vektlegger at det skal være enkelt for brukerne å gjøre seg kjent med innholdet i loven. Noen mener en kortfattet lovtekst vil være mest tilgjengelig og brukervennlig. Andre peker på at en detaljert lovtekst i mye større grad gir svar på konkrete problemstillinger og dermed er mer tilgjengelig fordi man i mindre grad må sjekke forarbeider og direktivtekst. At direktivet er ment å fremme harmonisering av medlemslandenes regelverk og å lette handel over landegrensene understrekes av flere av instansene som ønsker en «direktivnær» lovtekst.

Blant andre *Forbrukerombudet, ANFO, NHO, HSH* og *Justisdepartementet* påpeker manglende samsvar mellom direktivets og det korte lovforslagets systematikk og til dels også det materielle innholdet.

Departementet har ved utformingen av det endelige lovforslaget tatt utgangspunkt i direktivets ordlyd. På enkelte punkter er det gjort omskrivninger og forenklinger. Dette vil være kommentert på de enkelte punktene, sammen med høringsuttalelser som konkret har kommentert utformingen av bestemmelsene.

I tilknytning til dette nevnes at flere har påpekt at hensynet til like regler i ulike land bør tillegges vekt. Det viser seg at mange av EØS-landene vil gjennomføre direktivet ved tilpasninger i allerede eksisterende lovverk. Få vil gjennomføre direktivet slik det står, ettersom dette ville representere et brudd på nasjonal tradisjon for regelverksutforming. *Advokatforeningen* etterlyser i sin høringsuttalelse en nærmere redegjørelse for hvilken modell som er valgt i de øvrige nordiske land. De ulike landene har valgt ulike modeller. Det vises til redegjørelsen i punkt 2.6.

3.3 Forholdet til annen lovgivning som beskytter forbrukerinteresser

3.3.1 Gjeldende rett – «lovstridsprinsippet»

Markedsføringsloven er generelt utformet og gir Forbrukerombudet og Markedsrådet myndighet til å gripe inn mot urimelige handlinger ut fra hensynet til forbrukerne. På mange områder er hensynet til forbrukerne særskilt ivaretatt gjennom spesiallovgivning som er delvis kontraktsrettslig og delvis offentligrettslig, eksempelvis pakkereiseloven og angrerettloven. Ofte inneholder ikke disse spesiallovene håndhevings- og sanksjonsbestemmelser. I forarbeidene til eksempelvis angrerettloven er det imidlertid vist til at Forbrukerombudet vil kunne gripe inn mot lovstridige handlinger med hjemmel i markedsføringsloven.

Bakgrunnen for dette er det såkalte «lovstridsprinsippet» som er utviklet i praksis etter markedsføringsloven. Lovstridsprinsippet innebærer at markedsføring som strider mot ufravikelig spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse også vil kunne anses som brudd på gjeldende markedsføringslov § 1 første ledd ved at den anses som «urimelig i forhold til forbrukerne».

I Markedsrådssak nr. 17/93 fant flertallet at en reklamefilm var særlig rettet mot barn og derfor i strid med § 3 annet ledd i lov om reklame i kringkasting. Rådet anså at bestemmelsen mot å rette TV-reklame særlig mot barn inneholdt en så sterk forbrukerbeskyttelse at overtredelse av bestemmelsen også måtte anses som urimelig etter markedsføringsloven § 1 første ledd. Forbudsvedtak ble derfor rettet mot annonsøren.

I sak nr. 8/04 fant flertallet at markedsføring av boliglån var i strid med forskrift om låneavtaler § 5 og markedsføringsloven § 1 fordi effektiv rente ble oppgitt med mindre meddelelseeffekt enn nominell rente og fordi det ikke ble opplyst om etableringsgebyr. Markedsrådet uttalte her:

«Det er likevel ikke slik at det er noen automatikk i at bestemmelsen er overtrådt fordi det foreligger brudd på særlovgivning. Markedsføringsloven § 1 er en rettslig standard, og anvendelsen av bestemmelsen beror på utøvelse av skjønn. Forutsetningen for å kunne anvende generalklausulen på forhold som er i strid med bestemmelser i spesiallovgivningen, er at det dreier seg om en handling som er «urimelig overfor forbrukere», jf. markedsføringsloven § 1 første ledd annet alternativ.»

I sak 1/07 var et spørsmål om Forbrukerombudet har kompetanse til å treffe vedtak etter markedsføringsloven mot handlinger som strider mot god inkassoskikk, jf. inkassoloven § 8. Markedsrådet opprettholdt Forbrukerombudets vedtak under henvisning til sin tidligere praksis, omtalt som lovstridsprinsippet. Markedsrådets vedtak ble senere behandlet i Oslo Tingrett som fant at brudd på inkassoloven kunne anses som brudd på markedsføringsloven § 1.

3.3.2 Høringsnotatet

Departementet stilte i høringsnotatet spørsmål om lovstridsprinsippet som beskrevet ovenfor kan videreføres etter implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis, herunder om markedsføring som er i strid med ufravikelige lovbestemmelser fremdeles vil kunne anses urimelig. Direktivets, og derfor også generalklausulens, virkeområde er begrenset til tiltak som er egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd. Dette leder til spørsmålet om lovstridsprinsippet kan sies å være begrunnet i andre hensyn enn de økonomiske, og at det derfor faller utenfor direktivets virkeområde og kan videreføres uavhengig av dette. Regelverk som overtres i den enkelte sak, kan være tuftet på andre forbrukerhensyn enn økonomiske, for eksempel helse- og sikkerhetshensyn eller etiske/moralske hensyn. Departementet kom i høringsnotatet likevel til at det ikke generelt kan sies at brudd på spesialregler om forbrukerbeskyttelse innebærer en krenkelse av gjeldende moral- eller etiske normer.

Departementet mente på denne bakgrunn at det må vurderes fra sak til sak om lovstridsprinsippet er tuftet på økonomiske eller ikke-økonomiske hensyn, samt hvilken bestemmelse forholdet skal vurderes etter – direktivets urimelighetsstandard eller forbudet mot «uetisk markedsføring». Departementet foreslo en henvisning til lovstridsprinsippet i den alminnelige bestemmelsen i høringsfor-slagets § 1–2 annet ledd.

3.3.3 Høringsinstansenes syn

Justisdepartementet uttaler:

«I forslaget § 1–2 annet ledd foreslås det såkalte lovstridsprinsippet lovfestet i generell form. Vi er noe usikre på hva som ligger i dette prinsippet, og hvordan dette forholder seg til direktivet. Direktivet regulerer selv enkelte tilfeller av lov- eller direktivstrid, jf. direktivets artikkel 7 nr. 5 om villedende utelatelser og forholdet til informasjonskrav etter felleskapsretten. Utenfor det området direktivet selv regulerer kan det etter vårt syn spørres om det er adgang til å operere med et slikt generelt lovstridsprinsipp. Formålet med direktivet er å fastlegge en felleseuropeisk norm for hva som er urimelig handelspraksis. Å legge vekt på om nasjonal spesiallovgivning om forbrukerbeskyttelse er overtrådt, harmonerer mindre godt med direktivet.»

TV2 ønsker primært en samordning av markedsføringsbestemmelsene i en lov. Uansett mener TV2 at man bør unngå «kryssreguleringer» av typen som var foreslått i høringsnotatet.

Forbrukerombudet kommenterer ikke spørsmålet om lovfesting av lovstridsprinsippet, men uttaler at bransjenormer langt på vei har samme status som øvrig spesiallovgivning om forbrukerbeskyttelse når det gjelder tolkning av bestemmelsene i markedsføringsloven. Ombudet mener at det bør tas inn en henvisning også til bransjenormer dersom den foreslåtte bestemmelsen beholdes.

3.3.4 Departementets vurderinger

Lovstridsprinsippet innebærer at vedtak kan trefes av hensyn til forbrukerne med henvisning til spesiallovgivning, og den lovstridige handlingen kan anses urimelig etter gjeldende markedsføringslov § 1. Forbrukermyndighetene kan dermed på visse vilkår håndheve for eksempel bestemmelser om opplysningsplikt i ulike lover uten at det fremgår av den enkelte lov hvem som er håndhevingsmyndighet. Ordningen gir et mer effektivt lovverk og bedre beskyttelse for forbrukerne. Det finnes utslag av et tilsvarende prinsipp i direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 7 nr. 5. Det følger av bestemmelsen at det vil anses som en villedende utelatelse dersom man ikke oppfyller opplysningskrav gitt i andre direktiver. Norsk regelverk som gjennomfører nettopp disse direktivene håndheves med hjemmel i markedsføringslovens lovstridsprinsipp.

Departementet legger til grunn at overtredelse av spesialregelverk som beskytter forbrukerinte-

resser også vil kunne rammes av den nye markedsføringsloven. Det vil være en konkret vurdering om vilkårene i § 6 om urimelig handelspraksis eller § 2 om uetisk markedsføring er oppfylt. Departementet foreslår ikke en særlig henvisning til lovstridsprinsippet i lovteksten. Om og i hvilken grad lovstrid tillegges vekt vil måtte vurderes fra sak til sak.

3.4 Om bransjenormer (codes of conduct)

3.4.1 Bransjenormer i norsk rett

Generalklausulen i markedsføringsloven § 1 inneholder en direkte henvisning til begrepene god forretningsskikk næringsdrivende imellom og god markedsføringsskikk. Markedsføringsloven omhandler ikke statusen til bransjenormer direkte, men det er klart at bransjenormer etter dagens regelverk ofte vil være en rettskildefaktor i vurderinger av om loven er overtrådt. Da «god markedsføringsskikk» ble tatt inn i § 1, ble også forholdet til Det internasjonale handelskammers grunnregler for reklamepraksis (ICC-reglene) omtalt som relevante.

Selv om det ikke skjer i samme omfang som i andre land, har vi også i Norge mange eksempler på at bransjeorganisasjoner, gjerne i samarbeid eller samråd med myndigheter, lager bransjenormer.

I norsk rett er det ikke gitt spesielle formkravsregler om hvordan en bransjenorm kan etableres, eller av hvem. Det avgjørende for om det kan sies at det foreligger en bransjenorm, synes etter domstolpraksis og juridisk teori å være omfanget av praksisen, herunder hvor konsekvent og hyppig den har vært. Det er ikke et krav at bransjenormen er skriftlig nedfelt, og en fast sedvane i en bransje kan undertiden sies å representere en bransjenorm. Bransjenormer har en betydning som rettskildefaktor fordi de er et uttrykk for hva som anses som vanlig og akseptabelt i en bransje. De er imidlertid ikke bindende for domstolene eller for Markedsrådet, som foretar en objektiv vurdering av hva som er en god og rimelig praksis i det konkrete tilfellet.

Forbrukerombudet og Markedsrådet legger i sin praksis forholdsvis stor vekt på bransjenormer og da kanskje først og fremst ved urimelighetsvurderinger etter gjeldende markedsføringslov §§ 1 og 9 a. Avvik fra en bransjenorm kan være et tungtveiende argument for at praksisen/avtalevilkåret også er urimelig eller i strid med god forretningsskikk eller markedsføringsskikk.

3.4.2 Bransjenormer i direktivet om urimelig handelspraksis

De første utkastene til direktivforslag inneholdt utfyllende henvisninger til og bruk av bransjenormer. Man så opprinnelig for seg en form for europeiske bransjenormer som skulle godkjennes av EU-kommisjonen, og som det i utgangspunktet skulle legges til grunn at var i overensstemmelse med direktivets krav til god markedsikk overfor forbrukerne. Dette møtte imidlertid stor motstand og direktivet inneholder bare enkelte henvisninger til bransjenormer (i direktivet kalt atferdsregler). Direktivet gir ikke bransjenormer en selvstendig rolle, men har enkelte regler om bruk av slike normer i markedsføring.

3.4.3 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo ikke departementet særlige regler for bransjenormer ut over at relevante regler i «svartelisten» vil bli en del av forskriften og at artikkel 6 nr. 2 bokstav b om villedning med hensyn til at næringsdrivende er bundet av en bransjenorm eventuelt kunne innarbeides i villedningsbestemmelsen.

ANFO støtter departementets vurderinger med hensyn til artikkel 10 og mener at artikkel 6 nr. 2 bokstav b bør innarbeides i villedningsbestemmelsen. Telenor støtter også en slik innarbeiding.

Forbrukerombudet uttaler:

«Slik det endelige direktivet er utformet, vil bransjenormer ikke ha noen selvstendig rolle ved vurderingen av hvorvidt en handelspraksis er urimelig. Det vil eksempelvis ikke kunne legges til grunn at en bransjenorm automatisk er i overensstemmelse med god forretningsskikk overfor forbrukere.

Dette er i overensstemmelse med norsk praksis i dag, hvor eventuelle bransjenormer på et område kan komme inn som et relevant moment ved vurderingen av hvorvidt et av lovens forbud er overtrådt. Dersom det foreligger en bransjenorm for hvordan man skal markedsføre seg på et spesielt område, vil et avvik fra denne kunne trekke i retning av at det er foretatt en urimelig handling.

Jeg kan ikke se at direktivet innfører endringer i forhold til det som er praksis i Norge i dag, og heller ikke at det er behov for presiseringer i lovteksten.»

3.4.4 Departementets vurderinger

Departementet foreslår ingen generell regulering av bransjenormer i markedsføringsloven. Forbudet mot å vilde om en forpliktelse til å følge bransjenormer er likevel tatt inn i den alminnelige villedningsbestemmelsen (§ 7) for å synliggjøre gjennomføringen av direktivet. Bestemmelsene om bransjenormer i direktivets bilag 1 («svartelisten») vil bli innarbeidet i forskriften som gjennomfører bilaget i norsk rett, jf. punkt 7.2.

Eksistensen av bransjenormer vil dermed sjelden ha selvstendig betydning ved vurderingen av næringsdrivendes handlinger opp mot lovens forbud. Hvis det foretas en handling som strider mot fremforhandlede normer, kan dette likevel være et tungtveiende moment ved vurderingen av om en praksis anses å stride mot god markedsførings-skikk jf. forslaget § 2 eller mot god forretnings-skikk overfor forbrukere, jf. forslaget § 6.

3.5 Om forholdet til ytringsfriheten

3.5.1 TV 2s høringsuttalelse

TV 2 påpeker i sin høringsuttalelse at markedsføring/reklame anses som ytringer, og at man må hensynta så vel Norges internasjonale forpliktelser jf. menneskerettsloven (§ 3) som kravene i Grunnloven § 100. TV 2 minner i denne sammenheng om at:

«... ytringer «om hvilken som helst...Gjenstand» kun kan undergis slike «klarlig definerte Grændser ... hvor særlig tungtveiende Hensyn gjør det forsvarlig holdt opp mot Ytringsfrihedens Begrundelser». Som det fremgår av Grunnloven § 100 2. ledd skal det rettslige ansvar «være foreskrevet i Lov». På denne bakgrunn bør man gjøre en vurdering av alle forslag opp mot ytringsfriheten, og om man begrenser denne må dette – også i tråd med legalitetsprinsippet – være klart beskrevet i selve lovgivningen. Vi mener et bredt virkeområde for markedsføringsloven forsterker behovet for en klar regulering. Vurderingen må også gjøres for såkalt kommersiell informasjon. Selv om det er lagt til grunn at slik kommunikasjon kan gis et lavere vernnivå, må man ha i mente at «reklame» har et mangfoldig og variert innhold. I enkelte tilfelle befinner man seg også innenfor den politiske debatt, som er ansett å ha et høyt ytringsfrihetsvern.»

3.5.2 Nærmere om ytringsfrihet for kommersielle ytringer

Kommersielle ytringer har et visst vern etter den europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) og etter Grunnloven § 100.

EMK artikkel 10

EMK artikkel 10 som verner om ytringsfriheten lyder som følger:

«1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health and morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.»

Kommersielle ytringer faller inn under vernet etter EMK artikkel 10 (1).

I saken Markt Intern Verlag GmbH mot Tyskland slo Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) fast at kommersielle ytringer ikke kan holdes utenfor virkeområdet til artikkel 10 (1), som ikke kan begrenses til bestemte typer informasjon, ideer eller former for ytringer. EMD har fastholdt samme syn i en rekke senere saker vedrørende ulike former for reklame og kommersielle ytringer. Det følger av EMDs avgjørelser i disse sakene at vernet for slike ytringer likevel er svakere enn for ytringer knyttet til spørsmål av allmenn interesse.

EMD har ved flere anledninger lagt til grunn at vilkåret om at inngrepet i en kommersiell ytring må være nødvendig, ikke innebærer et krav om at inngrepet må være uunnværlig («indispensable»). På den annen side er det heller ikke tilstrekkelig at inngrepet er «akseptabelt», «vanlig», «nyttig», «rimelig» eller «ønskelig».

EMD har lagt til grunn at for å være i samsvar med konvensjonen, må inngrepet svare til et tvinnende samfunnsmessig behov («pressing social need») og det må være proporsjonalt i forhold til formålet som søkes oppnådd gjennom begrensningen i konvensjonsrettighetene. Videre må de grunner som anføres av de nasjonale myndighetene, være relevante og tilstrekkelige.

Det er i første rekke statene som har ansvaret for å sikre konvensjonsrettighetene. Statene har derfor en viss skjønnsmargin («margin of appreciation») når det gjelder hvilke inngrep som er nødvendige. EMD har ved flere anledninger slått fast at skjønnsmarginen er vesentlig når det gjelder spørsmål om kommersielle ytringer, og særlig på et så komplekst og varierende område som reklame. I slike saker vil EMDs prøving være begrenset til en kontroll av at begrensningene som følger av nasjonal lovgivning er prinsipielt berettigede og proporsjonale.

Sakene som har vært behandlet av EMD, har dreid seg om begrensninger knyttet til selve innholdet av kommersielle ytringer. EMD har tilkjent statene en vid skjønnsmargin og har veket tilbake for å konstatere krenkelse av EMK artikkel 10 i andre tilfeller enn der ytringene i tillegg til å ha kommersielle virkninger også hadde karakter av innlegg i samfunnsdebatter av generell interesse.

Grunnloven § 100

I forbindelse med vedtakelsen av den nye Grunnloven § 100 om ytringsfrihet drøftet Stortinget spørsmålet om hvorvidt kommersielle ytringer skulle ha grunnlovvern. Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall hadde, i samsvar med regjeringens tilråding, foreslått en bestemmelse som uttrykkelig utelukket kommersielle ytringer fra virkeområdet

til Grunnloven § 100 (Innst. S. nr. 270 (2003–2004) punkt 8.4 og St.meld. nr. 26 (2003–2004) punkt 4.8, side 81–86. Ytringsfrihetskommisjonen la på sin side til grunn at kommersielle ytringer i prinsippet burde omfattes av grunnlovsvernet, men at terskelen for inngrep ville ligge lavere enn for ytringer om spørsmål av allmenn interesse, se NOU 1999: 27 «Ytringsfrihet bør finde Sted» punkt 6.3.4.2 side 155–156).

Under Stortingets behandling av forslaget var det ikke tilstrekkelig flertall for en slik bestemmelse. I debatten ble det imidlertid presisert, også av dem som stemte mot bestemmelsen, at selv om ordlyden i den vedtatte Grunnloven § 100 innebærer at kommersielle ytringer i prinsippet har konstitusjonelt vern, ligger de utenfor ytringsfrihetens kjerneområde, og de vil ha et svakere vern enn ytringer om spørsmål av allmenn interesse. Det var bred enighet om at det ut fra unntakshjemmelen i § 100 annet ledd ville være mulig å opprettholde dagens reguleringer av reklame. Kommersielle ytringer nyter ikke vern etter den særlige bestemmelsen om politiske ytringer i Grunnloven § 100 tredje ledd. Det legges til grunn at grunnlovsvernet for kommersielle ytringer ikke rekkes videre enn vernet etter EMK artikkel 10.

3.5.3 Departementets vurderinger

Innholdsmessig skiller forslaget til ny lov seg lite fra gjeldende markedsføringslov på dette området. For en stor del er det tale om en omskriving og presisering av gjeldende rett, som altså ved vedtakelsen av den nye Grunnloven § 100 ble ansett å kunne hjemles i denne bestemmelsens annet ledd. På denne bakgrunn foretar ikke departementet noen ytterligere drøftelse av hver enkelt lovbestemmelse opp mot Grunnloven § 100.

4 Formål og virkeområde mv.

4.1 Formålsbestemmelse

Gjeldende markedsføringslov har ingen formålsbestemmelse og det var heller ikke foreslått en slik bestemmelse i høringsnotatet.

NORDMA ber i sin høringsuttalelse departementet vurdere om loven bør ha en innledende formålsbestemmelse:

«For å kunne sikre en enhetlig og fornuftig tolkning er det ofte hensiktsmessig at det innledningsvis i loven er en formålsbestemmelse som legger nærmere føringer for hvilke hensyn som skal vektlegges i de vurderingene som er påkrevd i loven. Det er da helt avgjørende at det fremkommer en balansegang mellom forbrukerhensyn og næringslivshensyn i tolkningen av lovens generelle bestemmelser.»

Håndhevingsmyndighetenes oppgave etter gjeldende lov er å ivareta hensynet til forbrukerne. Markedsrådet og Forbrukerombudet har hjemmel til å gripe inn når de finner at det har skjedd lovbrudd og inngrep tilsies «av hensyn til forbrukerne» eller ut fra «hensynet til likestilling mellom kjønnene». Ut fra disse formuleringene ser man hva formålet med disse organenes virksomhet er, og dermed også indirekte hva lovens formål er. At loven også ivaretar hensynet til lojal konkurranse næringsdrivende imellom er ikke presisert noe sted.

En formålsbestemmelse plassert innledningsvis i loven kunne ha en pedagogisk verdi ved at det fremgår klarere hva loven gjelder. På den annen side vil henvisningen til håndheving ut fra hensynet til forbrukerne bidra til at formålet med loven og håndhevingsmyndighetenes virksomhet klart nok er angitt. En formålsbestemmelse ville måtte fremheve også hensynet til næringsdrivendes interesser. Dette kan virke forvirrende ettersom håndhevingsmyndighetene ikke skal legge vekt på dette hensynet, i motsetning til hva domstolene skal gjøre ved anvendelsen av bestemmelsene som beskytter næringsdrivende. De ulike hensynene som ivaretas av de ulike bestemmelsene i loven gjør det vanskelig å utforme en formålsbestemmelse, og departementet har i lovforslaget ikke fulgt opp *NORDMA*s henstilling.

Departementet foreslår imidlertid at loven innledes med en overordnet bestemmelse som gir brukerne av loven informasjon om hva loven gjelder, jf. forslag til § 1.

4.2 All markedsføring skal fremstå som markedsføring

4.2.1 Gjeldende rett og direktivet

Gjeldende markedsføringslov § 1 fjerde ledd har følgende ordlyd:

«All markedsføring skal utformes og presenteres på en slik måte at den tydelig framstår som markedsføring. Ved muntlig markedsføringshenvendelse til en forbruker skal en næringsdrivende straks presentere seg og opplyse forbrukeren om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt.»

Bestemmelsen ble innført i år 2000 i forbindelse med gjennomføringen av fjernsalgsdirektivet (direktiv 97/7/EF). Også før lovendringen var det sikker praksis for at reklame ikke skal seile under falskt flagg, for eksempel ved å fremstå som redaksjonelt stoff eller ved å gi preg av å være et personlig brev eller lignende. Det ble likevel ansett hensiktsmessig å lovfeste prinsippet, og det foreligger således en klar hjemmel for å gripe inn mot skjult markedsføring.

Dette grunnleggende prinsippet kommer også til uttrykk i direktivet om urimelig handelspraksis. Det fremgår av direktivet artikkel 7 nr. 2 at det betraktes som en villedende utelatelse dersom en næringsdrivende unnlater å angi den kommersielle hensikten med en handelspraksis. Forutsetningen er at dette er egnet til å få forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet. Direktivet inneholder ikke et generelt forbud mot skjult reklame, men slik reklame vil altså være forbudt dersom den er egnet til å påvirke forbrukere til å ta beslutninger de ellers ikke ville ha tatt.

Også «svartelisten» i direktivets bilag 1 inneholder bestemmelser som er utslag av samme prinsipp. Det følger av listens punkt 11 at det under alle omstendigheter vil anses som villedende handels-

praksis dersom det anvendes redaksjonelt innhold i medier til å fremme salg av et produkt der en næringsdrivende har betalt for slik reklame uten å gjøre det klart i innholdet eller ved bilder eller lyder som er klart gjenkjennelige for forbrukeren. Svartelistens punkt 22 forbyr næringsdrivende å feilaktig gi inntrykk av at man ikke opptrer i næringsvirksomhet eller å fremstille seg som forbruker. For handlinger som står på svartelisten i direktivets bilag 1 er det ikke krav om endring av økonomisk atferd.

4.2.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Bestemmelsen om reklameidentifikasjon går ikke lenger enn det som følger av direktivets, herunder svartelistens, bestemmelser, og departementet foreslo i høringsnotatet at den videreføres.

Kreativt Forum, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Forbrukerombudet støtter alle at bestemmelsen videreføres. *Kreativt Forum* viser til at selv om det er sikker praksis at reklame ikke skal «kamoufleres» som noe annet, vil en slik konkret bestemmelse fortsatt ha en betydelig pedagogisk verdi og gi uttrykk for et grunnleggende og viktig prinsipp når nye medier melder seg. I denne forbindelse påpeker *Kreativt Forum* at det er mange med svært forskjellig bakgrunn som utformer reklame, og en slik klar lovbestemmelse vil overfor disse være svært viktig – spesielt når det kommer til nye medier.

NHO mener det må komme klart frem at bestemmelsen gjelder markedsføring ikke bare overfor forbruker, men også overfor annen næringsdrivende. Det er et stadig problem at næringsdrivende mottar fakturaer eller noe som til forveksling ser ut som fakturaer. I den feilaktige tro at de allerede har inngått en avtale er det mange som betaler. Dette er en av metodene såkalte kataloghaier eller fakturafabriker benytter seg av. Behovet for å beskytte næringsdrivende mot skjult markedsføring er altså også til stede.

Forbrukerombudet støtter at bestemmelsen kan videreføres også innenfor direktivets virkeområde. For å sikre en helhetlig begrepsbruk i loven mener ombudet at man bør bruke betegnelsen «markedsføring» i stedet for «reklame» i denne bestemmelsen, hvilket også er begrepet som brukes i dagens markedsføringslov.

4.2.3 Departementets vurderinger

Departementet fastholder forslaget fra høringen om at reklameidentifikasjons-bestemmelsen vide-

reføres, og foreslår en bestemmelse som pålegger plikt til å utforme og presentere all markedsføring på en slik måte at den tydelig framstår som markedsføring, jf. forslaget § 3 første ledd. Bestemmelsen er gitt overskriften «Presentasjon og dokumentasjon av markedsføring, jf. også punkt 4.3. Bestemmelsen er uttrykk for et grunnleggende prinsipp som også ligger til grunn for direktivet om urimelig handelspraksis, jf. blant annet artikkel 7 nr. 2. Når det gjelder hvilke handlinger bestemmelsen retter seg mot, var høringsforslaget noe uklart ved at betegnelsen «reklame» var brukt i omtalen, mens «markedsføring» ble brukt i forslaget til lovbestemmelse. «Markedsføring» er et begrep som omfatter mer enn «reklame». Som eksempel kan nevnes utsendelse av falske fakturaer som NHO viser til i sin høringsuttalelse.

Lovforslaget er utformet slik at bestemmelsen er plassert i kapittel 1. Den vil dermed gjelde markedsføring både overfor forbrukere og andre næringsdrivende. Departementet kan ikke se noen grunn til at bestemmelsens rekkevidde skal begrenses til kun å gjelde forbrukerforhold.

Gjeldende § 1 fjerde ledd annet punktum presiserer at en næringsdrivende ved muntlig markedsføringshenvendelse til forbruker straks skal presentere seg og opplyse forbrukeren om at henvendelsen skjer i markedsføringsøyemed. Bestemmelsen foreslås tatt ut av den nye bestemmelsen i lovforslaget. Den er en gjennomføring av fjernsalgsdirektivene, og etter departementets vurdering passer den dårlig inn i en generell bestemmelse som den foreslåtte. Det er i stedet foreslått en tilsvarende bestemmelse i § 16 annet ledd om opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved hjelp av telefon. Departementet presiserer at ved annen personlig henvendelse til forbrukere, eksempelvis dør- og gatesalg, følger det uansett av § 3 og prinsippet bestemmelsen er uttrykk for, at det skal opplyses om det kommersielle formålet med henvendelsen selv om dette ikke lenger fremgår uttrykkelig av loven.

4.3 Dokumentasjon av faktiske påstander i markedsføring

4.3.1 Gjeldende rett og direktivet om urimelig handelspraksis

Markedsrådet har i en rekke saker funnet det urimelig overfor forbrukerne og i strid med markedsføringsloven § 1 å benytte en reklamepåstand uten at det er godtgjort at innholdet av påstanden medfører riktighet. Det er den som benytter påstander i markedsføringen som i første rekke må godtgjøre

at påstandene er riktige. For å kunne håndheve markedsføringsloven, f.eks. for å vurdere om et markedsføringstiltak er uriktig eller på annen måte villedende etter gjeldende § 2, er det derfor ansett nødvendig at Forbrukerombudet kan kreve å få fremlagt dokumentasjon for påstander i markedsføringen, jf. gjeldende § 15.

Undersøkelsen som bekrefter at påstanden er riktig må i utgangspunktet være foretatt på forhånd og kunne fremlegges når det kreves. Dersom dokumentasjon ikke kan fremlegges på Forbrukerombudets forespørsel, kan påstanden anses som udokumentert, og det kan i utgangspunktet fattes vedtak mot videre bruk av påstanden.

Dersom dokumentasjon fremlegges, stilles for det første krav til selve måten dokumentasjonen er fremkommet på. For at dokumentasjonen skal ha tilstrekkelig beviskraft, kreves vanligvis at påstandene kan underbygges av uttalelser eller undersøkelser utført av nøytrale instanser med anerkjent faglig kompetanse, og på en faglig forsvarlig måte. For det andre må dokumentasjonens innhold være dekkende for de påstander som fremsettes i markedsføringen. Det må for eksempel være samme produkt som er testet som det som markedsføres. Normalt vil det ikke være tilstrekkelig at en komponent i produktet er testet og dokumentert.

I direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 12 er det tatt inn pålegg til medlemsstatene om å gi domstoler eller administrative myndigheter hjemmel til å kreve at det fremlegges dokumentasjon for riktigheten av de faktiske forhold som gjøres gjeldende i forbindelse med en handelspraksis, jf. bokstav a. Fremlegges det ingen eller utilstrekkelig dokumentasjon, skal domstolen/myndigheten kunne legge til grunn at de faktiske forholdene er uriktige.

4.3.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet la i høringsnotatet til grunn at gjeldende praksis oppfyller kravene i direktivet om urimelig handelspraksis, men stilte spørsmål om retten til å kreve dokumentasjon bør fremgå tydelig av loven. Det ble særlig vist til at det gjøres endringer i bestemmelsene dokumentasjonsplikten har vært utledet av. Departementet foreslo følgende bestemmelse om dokumentasjonsplikt:

«Påstander om faktiske forhold, herunder om ytelsers egenskaper eller virkning, i markedsføring må kunne dokumenteres.

Dokumentasjonen skal foreligge på annonserens hånd når markedsføringen skjer.»

Departementet antok at en slik regel også bør gjelde næringsdrivende imellom.

Ingen *høringsinstanser* har merknader til prinsippet som kommer til uttrykk i forslaget.

Den norske Forleggerforening, Annonserforeningen (ANFO) og Forbrukerombudet støtter at den allerede eksisterende dokumentasjonsplikten synliggjøres gjennom en lovfesting. ANFO mener dette vil være egnet til å skape forutberegnelighet. Forbrukerombudet uttaler at dette vil innebære en tydeliggjøring av dagens rettstilstand.

Justisdepartementet stiller spørsmål om det er behov for å regulere dokumentasjonsplikten både i en generell bestemmelse og i håndhevingsbestemmelsen slik det var foreslått.

4.3.3 Departementets vurderinger

Departementet opprettholder forslaget fra høringsen. Det vises til lovforslagets § 3 annet ledd og merknadene til bestemmelsen. Forslaget om en lovfesting av dokumentasjonsplikten må ses i sammenheng med forslaget om at næringsdrivende skal kunne legge fram den nødvendige dokumentasjon innen 48 timer, jf. omtalen under punkt 15.7.5 og forslag til § 36 annet ledd.

4.4 Lovens saklige virkeområde

4.4.1 Handling foretatt i næringsvirksomhet – handelspraksis

4.4.1.1 Gjeldende rett og direktivet

Gjeldende markedsføringslov retter seg mot handlinger foretatt i næringsvirksomhet enten de er rettet mot næringsdrivende eller forbrukere. Loven regulerer handlinger foretatt i næringsvirksomhet, eksemplifisert i lovteksten som reklame, markedsføring, framstilling eller annen framgangsmåte, levering av reklame, etterlikning av andres produkter osv. Rekkevidden av uttrykket «handling» er ikke definert nærmere i loven, men det har fått en vid fortolkning.

I lovforslaget er uttrykket «handling» videreført i flere bestemmelser, blant annet om næringsdrivende, jf. kapittel 6, og også i håndhevingsbestemmelsene i kapittel 7.

Loven hjemler også forbrukermyndighetenes kontroll med avtalevilkår og garantier. Disse bestemmelsene foreslås videreført og behandles nærmere i proposisjonens kapittel 12 og 13.

Direktivet om urimelig handelspraksis har samme generelle tilnærming, men skiller seg fra gjeldende lov ved at bestemmelsene er mer detaljerte og dermed gir flere eksempler på typer av

handlinger som omfattes. I tillegg er begrepet «handelspraksis» definert i artikkel 2 bokstav f:

«enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne,»

Det fremgår av definisjonen at alle handlinger omfattes, så lenge de er «direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne».

4.4.1.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo departementet at man i stedet for direktivets «handelspraksis» bruker begrepet «markedspraksis».

Forbrukerombudet uttrykker tvil om dette er et godt begrep og viser blant annet til at det kan virke forvirrende når betegnelsen «handelspraksis» er brukt i direktivet. Videre kan det virke forvirrende at loven bruker så like begreper som «markedsføring» og «markedspraksis». Ombudet foreslår at man i den nye loven i stedet viderefører begrepet «markedsføring».

Advokatforeningen, ANFO, Kreativt Forum og NORDMA støtter alle departementets forslag om å bruke begrepet «markedspraksis» som norsk oversettelse av direktivets «commercial practice». De viser til at «handelspraksis» kan ha en snevrere betydning, og at markedspraksis nok er mer dekkende. Også *Forbrukerrådet* mener «markedspraksis» er å foretrekke fremfor handelspraksis.

I høringsnotatet foreslo departementet at loven skulle inneholde følgende definisjon av handelspraksis:

«en næringsdrivendes markedsføring eller annen handling, unnlattelse, tiltak eller atferd for øvrig før, under eller etter salg eller levering av ytelser til forbrukere.»

ANFO og *NORDMA* kommenterer begge innholdet i forslaget til definisjon. *NORDMA* er i utgangspunktet positiv til en definisjon fordi det har vært en viss usikkerhet knyttet til hva som faller inn under loven. *NORDMA* spør imidlertid om definisjonen favner videre enn direktivet gir grunnlag for. *ANFO* foreslår at direktivets definisjon i større grad tas inn i loven, og viser særlig til passusen «som er direkte knyttet til å fremme salget av...». *Telenor* kommenterer ulikheten mellom departementets forslag og direktivteksten, men

uttaler at de ser dette som tillemping og sammenføring.

4.4.1.3 Departementets vurderinger – begrepsbruk

Departementet anser det som hensiktsmessig å skille mellom bestemmelser som gjennomfører direktivet og andre bestemmelser. Departementet foreslår derfor at begrepet «markedsføring» videreføres i de av lovens bestemmelser som ikke gjennomfører direktivet, eksempelvis § 2 om god markedsføringsskikk. Bestemmelser som regulerer «markedsføring» er dermed ikke begrenset til å regulere næringsdrivendes handlinger overfor forbrukere, men vil ha samme anvendelsesområde som dagens generelle bestemmelser med de begrensninger som følger av direktivet.

Departementet har gått bort fra betegnelsen «markedspraksis» og valgt å bruke direktivets betegnelse «handelspraksis» i bestemmelsene som gjennomfører direktivet. Dette gir et tydeligere skille mellom de bestemmelser som gjennomfører direktivet og andre bestemmelser.

4.4.1.4 Departementets vurderinger – definisjon

Handelspraksis er et nytt begrep som avgrenser virkeområdet til flere av lovens bestemmelser. At det også har bakgrunn i et totalharmoniseringsdirektiv tilsier at en definisjon bør inntas i lovteksten og at den bør tilsvare direktivets definisjon. Det vises til forslaget § 5 bokstav d og merknadene til denne.

Til utformingen av definisjonen har enkelte høringsinstanser tatt opp spørsmålet om lovens virkeområde blir for vidt dersom definisjonen ikke inneholder presiseringen av at praksisen er «direkte knyttet til å fremme salget (...) til forbrukere». Departementet er etter en ny vurdering kommet til at det kan være klargjørende med et tilknytningskrav i definisjonen. Det vil for eksempel gå en grense mot fremstillinger der en næringsdrivende ikke har som formål å påvirke forbrukernes økonomiske valg. I direktivets fortale punkt 7 trekkes grensen mot årsberetninger og materiale rettet mot investorer. Det vil ikke være naturlig å vurdere disse til å falle inn under begrepet handelspraksis med mindre de brukes i en forbrukerrettet situasjon.

Departementet vil likevel understreke at handelspraksisbegrepet er ment å ha en vid betydning. Materiale som nevnt i eksemplet ovenfor vil også kunne bli brukt i markedsføring overfor forbrukere, og vil da ha den nødvendige tilknytning og

åpenbart utgjøre en handelspraksis. Det avgjørende kan ikke være hvilket formål det ble utarbeidet for, men hvordan det faktisk blir brukt. Den nærmere grensedragningen må foretas av håndhevingmyndighetene.

Departementet antar spørsmålet om det i det hele tatt foreligger en handelspraksis sjelden vil komme på spissen fordi begrepets rekkevidde vil bestemmes gjennom anvendelsen av lovens materielle bestemmelser. Det sentrale vurderingsstemaet etter loven er heller ikke om en næringsdrivendes handling utgjør en handelspraksis eller ikke, men om den er urimelig. At mange ulike handlinger omfattes av handelspraksisbegrepet illustreres i direktivets fortale punkt 6 der det står at direktivet ikke berører:

«gjeldende reklame- og markedsføringspraksis som legitim produkt plassering, merkedifferensiering eller stimulerende tilbud som rettmessig kan påvirke forbrukernes inntrykk av produkter og påvirke deres atferd uten å redusere deres evne til å treffe en informert beslutning.»

Når de nevnte eksemplene ikke berøres av direktivet er det ut fra forutsetningen om at de «rettmessig» påvirker forbrukerne. I den grad slike merkevarebyggingkampanjer eksempelvis skaper et feilaktig inntrykk og dermed er egnet til å påvirke forbrukernes beslutninger, vil de kunne rammes av forbudet mot urimelig handelspraksis.

4.4.2 Hvem pålegges plikter – næringsdrivende

4.4.2.1 Gjeldende rett og direktivet

Gjeldende markedsføringslov gjelder handlinger foretatt i næringsvirksomhet, enten overfor forbrukere eller næringsdrivende imellom. Av gjeldende § 19 fremgår det at en handling etter loven anses som foretatt i næringsvirksomhet enten den er foretatt av den næringsdrivende selv eller av noen som opptrer på hans eller hennes vegne. I praksis er det antatt at det stilles krav til at næringsvirksomheten «drives vedvarende», jf. en uttalelse i Konkurranselovutvalgets innstilling fra 1966. Om en privatperson selger bilen sin vil handlingen altså ikke være omfattet av markedsføringsloven, selv om han eller hun gir villedende opplysninger. En næringsvirksomhet går inn under loven selv om den enhet som driver virksomheten ikke tar sikte på fortjeneste. I gjeldende rett er det trukket en grense mellom frivillige og ideelle organisasjoners salg av produkter og deres innsamlingsvirksomhet. Direktivet om urimelig handelspraksis og direktivet om villedende og sammenlignende

reklame inneholder nå identiske definisjoner av næringsdrivende. Direktivenes definisjon er derfor relevant for forståelsen av hva som er næringsdrivende/næringsvirksomhet i hele loven, og ikke bare i forbrukerbestemmelsene. Næringsdrivende etter direktivene er:

«enhver fysisk eller juridisk person som i handelspraksis som omfattes av dette direktiv, handler for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne.»

Definisjonen er den samme som er brukt i en rekke forbrukerdirektiver de senere årene, men omfatter i tillegg personer som handler i den næringsdrivendes navn eller på dennes vegne.

4.4.2.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet la i høringsnotatet til grunn som utgangspunkt at direktivets begrep vil omfatte personer som handler i næringsvirksomhet slik dette forstås i dagens markedsføringslov.

Ingen *høringsinstanser* har hatt merknader til dette. Når definisjonen viser til en «virksomhet», må det antas at det ligger et krav til en viss varighet eller et visst omfang, i likhet med hva som er gjeldende rett.

Forbrukerombudet ber i sin høringsuttalelse om at det presiseres i lovens forarbeider at det ikke er noe krav om at formålet med virksomheten er å tjene penger, og at også virksomhet der overskuddet går til allmenntilgode formål kan være omfattet. Ombudet viser til at det har oppstått diskusjoner rundt dette i praksis, eksempelvis har privatskoler hevdet at de ikke driver næringsvirksomhet fordi de ikke driver profittbasert.

4.4.2.3 Departementets vurderinger

Det er ikke et krav i direktivene at den næringsdrivendes virksomhet skal være profittbasert. Også virksomhet der inntektene går til et allmenntilgode formål vil etter omstendighetene måtte anses som næringsvirksomhet. Offentlige virksomheter kan også etter omstendighetene anses å drive næringsvirksomhet. Dersom virksomheten utøves i konkurranse med private aktører, stilles samme krav til eksempelvis markedsføringen av ytelsene som tilbys.

Enkelte høringsinstanser har kommentert frivillige organisasjoners telefonsalg, og vist til spørsmålet om frivillige driver næringsvirksomhet. Etter gjeldende rett er det antatt at ideelle organi-

sasjoners salg av produkter er å anse som næringsvirksomhet selv om inntektene går til det ideelle formålet.

Når det inngås en avtale om kjøp, bør reglene for markedsføring og avtaleinngåelse komme til anvendelse på organisasjonens markedsføring og salg. Både forbrukerhensyn og hensynet til andre næringsdrivende som opererer i samme marked tilsier en slik forståelse. Grensen mellom frivillige organisasjoners innsamling av penger og salg av produkter kan være flytende og det vil måtte foretas en konkret vurdering. Her som ellers vil virksomheten måtte vurderes etter art, omfang, formål mv. og om innsamlingen er av en slik art at det foreligger et beskyttelsesbehov hos de som mottar henvendelsene.

Også den som handler i en næringsdrivendes navn eller på dennes vegne anses som næringsdrivende etter direktivens definisjon. Det samme følger av gjeldende markedsføringslov § 19.

Særlig om definisjon av næringsdrivende

Departementet foreslo i høringsnotatet at det ikke tas inn en definisjon i loven og viste til at det ville fremgå av andre bestemmelser at reglene gjelder «markedsføring, salg eller levering av ytelser til forbrukere», altså handlinger foretatt i næringsvirksomhet. Alternativt ble følgende definisjon foreslått: «en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne».

Forbrukerombudet og *Advokatforeningen* støtter at en definisjon ikke er nødvendig. Forbrukerombudet viser til at det ikke har vært behov for noen definisjon i gjeldende lov. Begge påpeker imidlertid at det er behov for en nærmere presisering av begrepet i forarbeidene.

Departementet er kommet til at loven bør inneholde en definisjon. Det er særlig lagt vekt på at direktivet om urimelig handelspraksis totalharmoniserer og at det blir foreslått en forbrukerdefinisjon. Departementet legger videre vekt på at det også i gjeldende lov er tatt inn presiseringer av hvem som skal anses som næringsdrivende.

Ordlyden i definisjonen som er foreslått i § 5 bokstav b avviker fra direktivets. Dette er fordi definisjonen av forbruker som er tatt inn i forslaget tilsvarer forbrukerdefinisjonen som er brukt i norsk lovgivning for øvrig, jf. punkt 4.4.3.1. Denne definisjonen viser ikke til «forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet» og hensynet til en enhetlig lovtekst tilsier at heller ikke definisjo-

nen av næringsdrivende bør ha en slik formulering.

4.4.3 Hvem beskyttes – næringsdrivende og forbrukere

4.4.3.1 Bakgrunn

Forslaget inneholder to sett med bestemmelser som beskytter henholdsvis næringsdrivende og forbrukere mot urimelige handlinger. Dette reiser for det første spørsmål om hvem som skal anses som forbrukere og dermed få den beskyttelsen som loven gir, herunder om loven bør inneholde en forbrukerdefinisjon. For det andre vil ulike grupper av forbrukere ha ulikt behov for beskyttelse, noe som er sikker rett etter gjeldende lov og også slått fast i direktivet. Det er spørsmål om denne differensieringen skal synliggjøres i lovteksten.

4.4.3.2 Definisjon av forbruker

4.4.3.2.1 Bakgrunn – problemstilling – høringsnotat

I gjeldende markedsføringslov er ikke begrepet «forbruker» definert selv om det brukes i flere bestemmelser. Direktivet om urimelig handelspraksis inneholder imidlertid en definisjon som tilsvarer definisjonen som er brukt i andre forbrukerverndirektiver.

I forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven ble forbrukerbegrepet i norsk rett vurdert og det ble drøftet om samme begrep og definisjon burde innføres i alle lover (Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 31 flg.). Et enhetlig forbrukerbegrep ble innført i de kontraktsrettslige lovene, mens man i de offentligrettslige lovene fant at dette var av mindre betydning.

For så vidt gjaldt markedsføringsloven kom man til at denne loven ikke skulle inneholde noen forbrukerdefinisjon. Loven skal ivareta kollektive forbrukerhensyn. Markedsføringsloven inneholder heller ikke ufravikelige bestemmelser om en viss kontraktstype. Behovet for en entydig definisjon var derfor ikke like sterkt som for de kontraktsrettslige lovene.

At direktivet om urimelig handelspraksis inneholder samme forbrukerdefinisjon som øvrige forbrukerverndirektiver gjør spørsmålet om en forbrukerdefinisjon i markedsføringsloven aktuelt igjen. Dette gjelder særlig fordi direktivet om urimelig handelspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv. I høringsnotatet diskuterte departementet om det bør inntas en definisjon og om man i så fall bør bruke samme definisjon som er brukt i norsk kontraktsrettslig regelverk. Departementet ba

særlig om høringsinstansenes syn på om man i en definisjon bør la sammenslutninger av forbrukere (som borettslag eller sameier) være omfattet av markedsføringslovens forbrukerbegrep.

4.4.3.2.2 Høringsinstansenes syn

Forbrukerombudet viser i sin høringsuttalelse til at begrepet «forbruker» i markedsføringsloven har hatt et videre anvendelsesområde enn det som er utviklet i EUs forbrukerrett og støtter at et slikt mer omfattende forbrukerbegrep videreføres. Ombudet mener loven ikke bør inneholde en definisjon. *Landsorganisasjonen i Norge* støtter på generelt grunnlag et bredt forbrukerbegrep.

Advokatforeningen støtter at særlige hensyn gjør seg gjeldende for så vidt gjelder sammenslutninger av forbrukere, og foreslår av informasjons-hensyn at det innføres en definisjon der disse er omfattet.

Annonsørforeningen, *Sparebankforeningen*, *Finansnæringens Hovedorganisasjon* og *Telenor* mener loven bør ha en definisjon av «forbruker» og at denne bør bygge på direktivets definisjon. Det påpekes blant annet at det er en fordel både for næringsdrivende og for forbrukerne at slike sentrale begreper har en og samme betydning i ulike sammenhenger. Disse mener ikke det er en vesentlig innvending at Forbrukerombudet og Markedsrådet mister sin kompetanse i saker vedrørende borettslag og tilsvarende sammenslutninger.

Justisdepartementet argumenterer for at forbrukerbegrepet bør bygge på direktivets definisjon og uttaler i denne forbindelse:

«Begrepet «forbruker» benyttes en rekke ganger i dagens markedsføringslov. Dette vil også være tilfellet i den nye markedsføringsloven. Høringsnotatet synes å bygge på en forutsetning om at forbrukerbegrepet etter gjeldende rett ikke bare beskytter fysiske personer, men også «sammenslutninger av forbrukere, som borettslag eller sameier». Vi er for vår del noe i tvil om dette i alle henseender er en korrekt forståelse av gjeldende rett. De rettskildemessige holdepunktene for å anvende et slikt utvidet forbrukerbegrep synes i alle fall å være noe uklare, selv om man muligens finner utslag av dette i håndhevelsespraksis. Drøftelsen i Ot.prp. nr. 89 (1993–94) Om lov om endringer i avtaleloven, som konkret gjaldt gjennomføringen av direktivet om urimelige avtalevilkår, s. 13–14 og 24–26 tyder snarere på at man har sett for seg at forbrukerbegrepet i markedsføringsloven skulle ligge tett opp til det innhold begrepet hadde i kontraktslovgivningen.

Da man forberedte forbrukerkjøpsloven, foretok man en prinsipiell gjennomgåelse av forbrukerbegrepet, og kom da til at det kun var fysiske personer som skulle være omfattet. Man fant imidlertid at det ikke var behov for å ta inn en særskilt definisjon av forbruker i markedsføringsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) Om lov om forbrukerkjøp s. 46. Begrunnelse for dette var knyttet til at markedsføringsloven skal ivareta forbrukernes kollektive interesser, og at loven ikke inneholder preseptoriske regler om en bestemt kontraktstype. Justisdepartementet har vanskelig for å se at man med dette generelt tok stilling til at forbrukerbegrepet i markedsføringsloven skulle være mer omfattende enn i lovgivningen for øvrig, det vil si også omfatte sammenslutninger mv. I alle fall i forhold til enkelte av lovens bestemmelser synes en slik utvidet definisjon mindre begrunnet. Det er for eksempel ikke opplagt at Forbrukerombudet skal kunne gripe inn mot avtalevilkår som en næringsdrivende benytter overfor sammenslutninger eller lignende, jf. dagens § 9a og forslaget § 9–1, når man ved preseptorisk lovgivning har trukket grensen på en annen måte. Etter vårt syn er det derfor mye som taler for at man også i markedsføringsloven bør benytte det tradisjonelle forbrukerbegrepet i norsk rett, det vil si en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 1 tredje ledd.

Når det gjelder direktivet om urimelig handelspraksis spesielt, heter det i høringsnotatet at det ikke vil være problematisk å gi direktivets regler «samme anvendelse overfor en større forbrukergruppe enn direktivet krever». Vi er ikke overbevist om dette synspunktet. Det kan like gjerne argumenteres med at direktivet – som er et totalharmoniserende direktiv – har trukket grensen for hva som skal være en forbruker, og at man derfor ikke kan utvide denne beskyttelsen til også å gjelde andre grupper. Vi kan ikke se det annerledes enn at en slik eventuell utvidelse av virkeområdet vil stå i motstrid med direktivets harmoniseringstanke, jf. også punkt 12 i fortalen til direktivet hvor det heter at harmoniseringen skal skje på grunnlag av «klart definerte juridiske begreper». Etter vårt syn taler mye for at man for direktivet om urimelig handelspraksis ikke kan operere med en slik utvidet definisjon.

Vi har ovenfor, under kommentaren til kapittel 5.2, anbefalt at man foretar en mer fullstendig gjennomføring av direktivets tekst. Dette tilsier at man også bør innta en forbrukerdefinisjon i loven. Som Barne- og likestillingsdepartementet selv er inne på, vil det kunne virke forvirrende om lovens ulike kapitler

skulle beskytte ulike forbrukergrupper. Tungtveiende regeltekniske hensyn taler derfor for at man opererer med en enhetlig definisjon for hele lovens vedkommende. Som nevnt ovenfor bør denne utformes i samsvar med definisjonen i norsk rett for øvrig.»

4.4.3.2.3 Departementets vurderinger

Departementet er kommet til at loven bør inneholde en forbrukerdefinisjon.

Når man ikke valgte å ta inn en definisjon i markedsføringsloven i forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven, var begrunnelsen at loven beskytter kollektive interesser og at det ikke var behov for en entydig definisjon. Nå er situasjonen en annen i og med at direktivet om urimelig handelspraksis inneholder en definisjon.

Når det gjelder spørsmålet om også visse juridiske personer bør omfattes av lovens forbrukerbegrep, har departementet kommet til at definisjonen bør begrenses til kun å omfatte fysiske personer. Det er usikkert om direktivet om urimelig handelspraksis er til hinder for en utvidet definisjon.

Departementet viser til at man i forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven valgte å la den generelle forbrukerdefinisjonen omfatte kun fysiske personer. Samtlige lover som inneholdt en henvisning til forbrukere ble gjennomgått, og spørsmålet om visse sammenslutninger ble drøftet i tilknytning til hver enkelt lov. Definisjonen knyttet til «fysiske personer» ble innført i de kontraktsrettslige lovene, under henvisning til at dette gir den mest helhetlige tilnærmingen. Ulik grensedragning ville skape uklarhet eksempelvis der generelle og spesielle lover regulerer samme kontraktstype.

Hensynet til en felles begrepsbruk i norsk rett veier tungt, og departementet foreslår at også forbrukerbegrepet i markedsføringsloven begrenses til å gjelde fysiske personer. Reelle hensyn tilsier imidlertid at håndhevingsmyndighetene i visse situasjoner får hjemmel til å gripe inn på vegne av sammenslutninger av forbrukere. Departementet foreslår derfor at visse uprofesjonelle sammenslutninger får beskyttelse etter § 22 om urimelige avtalevilkår. Det vises til punkt 12.2 og merknadene til § 22 første ledd annet punktum.

Flere høringsinstanser påpeker at definisjonen av forbruker i markedsføringsloven bør være den samme som er brukt i direktivet om urimelig handelspraksis. Mens direktivets forbrukerbegrep omfatter fysiske personer som ikke handler som ledd i næringsvirksomhet, er en forbruker etter

norsk lov en fysisk person som «ikke *hovedsakelig* handler som ledd i næringsvirksomhet». «Hovedsakelig» viser til kjøp med delt formål. Den gjeldende norske forbrukerdefinisjonen skiller seg dermed fra direktivets definisjon.

I forbindelse med handelspraksis som omfattes av lovforslaget, er det oftest tale om handlinger som er rettet til en ubestemt krets av mottakere. Dermed vil ikke den enkelte forbrukers formål med et eventuelt kjøp ha betydning, og et hovedsakelighetskriterium har ingen funksjon. På den annen side er hensynet til felles begrepsbruk tilagt stor vekt ved vurderingen av om loven i det hele tatt bør inneholde en forbrukerdefinisjon. Det er heller ikke klart om ulikhetene innebærer en realitetsforskjell. EUs regelverk om forbrukerbeskyttelse er under revisjon, og departementet antar dette er ett spørsmål som vil bli behandlet i den sammenheng. Departementet foreslår derfor at markedsføringslovens definisjon utformes i overensstemmelse med forbrukerdefinisjonen i norsk lovgivning for øvrig, jf. forslag til § 5 bokstav a.

4.4.3.3 Forbruker – gjennomsnittsforbruker

4.4.3.3.1 Gjeldende rett

Det er sikker praksis etter gjeldende markedsføringslov at Markedsrådet foretar en konkret vurdering av det enkelte markedsføringstiltaket opp mot hvordan det er egnet til å bli forstått av en vanlig forbruker.

Utgangspunktet for vurderingen av reklame er hvordan den «vanlige forbruker» oppfatter den. En avgjørelse Markedsrådet ofte viser til er sak 3/75 der flertallet uttaler:

«I forhold til lovens § 2 er det avgjørende om utsagnene, uansett om de er riktige, må karakteriseres som villedende. Etter flertallets syn må dette vilkår anses oppfylt når utsagnet er av den art at det er egnet til å bibringe den vanlige forbruker i den markedssituasjon han befinner seg i, en uriktig forståelse av reklamebudskapet, uansett hvordan dette etter en reflektert, objektiv språklig oppfatning måtte være å tolke. Det må da anses villedende, i den forstand dette begrep oppfattes i lovens § 2, uten at det kan tillegges betydning om det kan rettes noen bebreidelse mot annonsøren for den misvisende utforming utsagnet har fått.»

Saken gjaldt et utsagn som objektivt sett var riktig, men som var egnet til å misforstås.

Sak 8/77 gjaldt spørsmålet om betegnelsen «Top Form» som produktnavn på en frokostblanding var villedende. Markedsrådet kom til at det

ikke forelå lovstrid. De påpekte at det i og for seg var grunn til å vise varsomhet ved markedsføring av «helsekost», men at:

«(...)den vanlige kostholdsinteresserte forbruker må antas å vite at slike frokostcerealier bare er ment som kosttilskudd og ikke som erstatning for et vanlig måltid, og vil heller ikke tro at han kan spise seg til noen toppform ved hjelp av produkter av denne art.»

Generelt foretar altså Markedsrådet en konkret vurdering av det enkelte markedsføringstiltaket opp mot hvordan det er egnet til å bli forstått av en vanlig forbruker.

I Markedsrådets praksis tillegges det vekt hvem som er målgruppen for reklamen. Også her kan det vises til sak 8/77 om «Top Form», der man viser til «den vanlige kostholdsinteresserte forbruker», og i sak 1/79 uttalte Markedsrådet:

«For at markedsføringen av samleserien skal anses stridende mot generalklausulen i markedsføringslovens § 1, kreves det her som ellers at den etter en konkret vurdering av det bestemte opplegg det dreier seg om og de nærmere omstendigheter ved dette, må anses urimelig i forhold til de forbrukere den er rettet til. Markedsføringen er her rettet fortrinnsvis til barn, og det er ingen uenighet om at det da må utvises særlig varsomhet og at forholdet til lovens urimelighetskriterium må vurderes med utgangspunkt i at kravene må stilles særskilt strengt.»

Etter sikker praksis tolkes markedsføringslovens bestemmelser strengere når handlinger retter seg mot særlig påvirkelige grupper. Det vil imidlertid også ha betydning hvis generelt rettet markedsføring kan være særlig uheldig for en spesiell gruppe. I sak 20/96 var kataloger over pornografisk materiale direkteadressert til personer i alle aldersgrupper, fra mindreårige til personer over 90 år, til døde personer og navngitte personer på arbeidsplasser. Forbrukerombudet mente målgruppen dermed måtte anses å være den alminnelige forbruker. Markedsrådet fant utsendelsen urimelig og uttalte blant annet:

«Avgjørende for Markedsrådets vurdering er at katalogene ved sammensetning av billedmontasjer og tekster som samlet fremtrer med et klart pornografisk innhold, distribueres direkte til adressater uten forutgående bestilling. Det er ikke tvil om at dette vil oppleves som klart støtende. Urimeligheten blir kvalifisert ved at katalogene ved denne type markedsføring også sendes til husstander med barn...»

Sak 9/01 gjaldt utsendelse av reklame for et slankemiddel. Reklamen var også sendt til barn. I denne forbindelse bemerket Markedsrådet:

«Markedsføringstiltaket er blitt rettet mot barn og ungdom under 18 år. Ved innføringen av kriteriet « god markedsføringsskikk » i markedsføringsloven § 1 første ledd, ble det lagt til grunn at det vil kunne stilles strengere krav ved markedsføring overfor barn enn ellers. Barn og unges påvirkelighet og manglende erfaring må beskyttes mot kommersiell utnyttelse. Mange unge har et vanskelig forhold til egen kropp og vekt, og markedsføringstiltaket kan anses for å nøre opp under slik usikkerhet, som i verste fall kan bidra til spiseforstyrrelser.»

I flere saker om slankeprodukter har Markedsrådet uttalt at det stilles ekstra strenge krav til dokumentasjon av slankende effekt. Bakgrunnen er at personer med vektproblemer ofte vil være lett påvirkelige. I sak 2/96 uttalte rådet:

«Markedsrådet har i en rekke tidligere avgjørelser om produkter som i markedsføringen angis å ha en slankende effekt, krevet at dette må kunne dokumenteres for at markedsføringen skal være lovlig. Markedsføring av slankeprodukter er rettet mot forbrukere som ønsker å gå ned i vekt. Overvektige personer vil ofte være mer påvirkelige og mindre kritiske enn forbrukere generelt, når det gjelder denne type produkter, og det må i markedsføringen tas hensyn til dette.»

4.4.3.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

Etter direktivet skal rimeligheten av en handelspraksis vurderes med utgangspunkt i om den er egnet til vesentlig å endre atferden til en gjennomsnittsfbruker som den når fram til.

I direktivets fortale punkt 18 står følgende om bruken av begrepet gjennomsnittsfbrukeren:

«Alle forbrukere bør beskyttes mot urimelig handelspraksis; Domstolen har imidlertid etter gjennomføringen av direktiv 84/450/EØF i forbindelse med rettsavgjørelser funnet det nødvendig å undersøke virkningen på en tenkt, typisk forbruker. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet og for å muliggjøre effektiv anvendelse av det vern det legges opp til, tar dette direktiv utgangspunkt i gjennomsnittsfbrukeren, som er rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av Domstolen; det inneholder imidlertid også bestemmelser med sikte på å forebygge utnyttning av forbrukere som på grunn av sine egenskaper er særlig sårbare overfor urimelig

handelspraksis. (...) Begrepet gjennomsnittsforbruker er ikke et statistisk begrep. Nasjonale domstoler og myndigheter må bruke sitt eget skjønn, idet det tas hensyn til Domstolens rettspraksis, for å bestemme gjennomsnittsforbrukerens typiske reaksjon i et gitt tilfelle.»

Når virkningen av en praksis skal vurderes brukes altså EF-domstolens gjennomsnittsforbruker som referanse. Det skal i tillegg tas hensyn til sosiale, språklige og kulturelle faktorer.

Hvis en praksis retter seg til en spesiell gruppe forbrukere skal den vurderes ut fra virkningen på gjennomsnittsmedlemmet av gruppen, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav b, og fortalens punkt 18. Dette antas å gjelde uansett om den aktuelle gruppen må antas å være lettere eller vanskeligere å påvirke enn gjennomsnittet.

Direktivet gir ingen holdepunkter for hva som skal til for at en handelspraksis anses å rette seg til en spesiell gruppe. EF-domstolen har godtatt et nasjonalt forbud mot dørsalg av undervisningsmateriale og la blant annet vekt på at potensielle kjøpere ville tilhøre en personkrets med utilstrekkelig utdannelse, og at disse ville være særlig utsatt for press fra selgere (Buet-dommen, sak 382/87). I en sak som gjaldt håndheving av nasjonale forbud mot TV-reklame rettet mot barn når sendingen kommer fra et annet EØS-land, uttalte EFTA-domstolen avslutningsvis (sak 8/94 og 9/94):

«Det har ikke vært hevdet at reklamen i den foreliggende sak er villedende. Domstolen vil likevel bemerke at ved vurderingen av om en reklame er villedende eller ikke, vil det normalt gjelde strengere krav når reklameinnslaget er særlig rettet mot barn.»

I artikkel 5 nr. 3 er det tatt inn en ytterligere presisering av at den næringsdrivende må ta høyde for at ikke alle forbrukere er «gjennomsnittlige»:

«Former for handelspraksis som er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden til bare en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det produktet praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse, skal vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsmedlem av denne gruppen.»

Bestemmelsen supplerer artikkel 5 nr. 2 bokstav b i de tilfellene der praksisen ikke er rettet til en særlig gruppe, men er egnet til å påvirke en særlig sårbar gruppe. Bestemmelsen sto ikke i det opprinnelige direktivforslaget, men ble tatt inn på

et senere stadium for å gi bedre beskyttelse til særlig sårbare grupper, jf. også fortalens punkt 18.

Vurderingen av markedsføring eller annen handelspraksis som er rettet til forbrukere generelt, men som er egnet til å vesentlig endre den økonomiske atferden til en særlig sårbar gruppe, skal altså skje med basis i et gjennomsnittsmedlem av den aktuelle gruppen.

I fortalens punkt 19 presiseres at dersom visse egenskaper som alder, fysisk eller psykisk svakhet eller godtroenhet gjør en forbrukergruppe særlig påvirkelig for en handelspraksis eller ytelsen praksisen gjelder, bør det sikres at de vernes tilstrekkelig.

Artikkel 5 nr. 3 modifiserer bare kravene til påvirkning av gjennomsnittsforbrukeren i 5 nr. 2 bokstav b. Det vil dermed fortsatt være en forutsetning for at en praksis anses urimelig at den også strider mot kravene til god forretningsskikk overfor forbrukere eller er villedende eller aggressiv etter artiklene 6 til 9. Det må imidlertid antas at en næringsdrivende som oppfyller vilkåret i artikkel 5 nr. 3 og likevel foretar handlingen, ofte også vil anses å handle i strid med god forretningsskikk overfor forbrukere.

4.4.3.3 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet konkluderte departementet, etter en gjennomgang av direktivet og gjeldende norsk praksis, med at direktivet og EF-domstolens tilnærming på dette området er den samme som etter gjeldende norsk rett og praksis. Departementet foreslo en videreføring av dagens begrep «forbrukere» i kombinasjon med en redegjørelse for direktivets ordning i lovens forarbeider. Direktivets «gjennomsnittsforbruker», samt presiseringene knyttet til spesielle grupper og til sårbare forbrukere, ble ikke foreslått tatt inn i loven.

Få *høringsinstanser* kommenterer spørsmålet. *Norges Automobilforbund* uttaler at det er utviklet en forholdsvis klar rettslig definisjon av begrepet forbruker de siste 35 årene. Etter deres oppfatning er det ingen grunn til å endre det innarbeidede forbrukerbegrepet, og direktivet skulle heller ikke være til hinder for at det beholdes. *Forbrukerombudet* uttaler at det er sikker norsk rett at utgangspunktet for vurderingen av reklame er hvordan den «vanlige forbruker» oppfatter den. Ved vurderingen legges det vekt på hvem som er målgruppen for markedsføringen. Det følger også av langvarig praksis at tolkningen blir strengere dersom markedsføringen er rettet mot særlig svake eller utsatte forbrukere i et marked, eksempelvis barn,

syke eller mennesker som av ulike årsaker er mer utsatt for påvirkning enn andre. Direktivets regler innebærer slik ombudet ser det ingen særlig endring av dagens praksis på dette punkt.

4.4.3.3.4 Departementets vurderinger

Departementet fastholder forslaget fra høringsnotatet om å videreføre «forbrukere» som begrep i markedsføringsloven, også i bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis. Etter gjeldende lov har «forbruker» både samme betydning og samme funksjon som en fellesbetegnelse, som «gjennomsnittsforbruker» slik begrepet er brukt og forklart i direktivet. Loven beskytter kollektive forbrukerinteresser, og prinsippet om at den skal håndheves ut fra hensynet til vanlige forbrukere gjelder generelt og ikke bare bestemmelsene som nå skal gjennomføre direktivet om urimelig handelspraksis.

Departementet er likevel kommet til at det er grunn til å ta inn direktivets henvisning til betydningen av målgruppe i bestemmelsen om urimelig handelspraksis. Som det fremgår av omtalen i punkt 8.4.2 foreslår departementet å lovfeste de prinsipper om reklame til barn og unge som i dag følger av forvaltningspraksis. Begrunnelsen er blant annet at dette vil synliggjøre hvordan loven praktiseres på dette området og sikre større forutsigbarhet for de næringsdrivende.

Som omtalt i redegjørelsen over har det alltid betydning hvem som er målgruppen for en handelspraksis, ikke bare der barn er målgruppen. Videre vil også andre grupper enn barn kunne være særlig påvirkelige. For å skape klarhet på dette punktet er det tatt inn en generell henvisning til betydningen av målgruppe og særlig påvirkelige grupper i forslaget § 6 tredje ledd.

4.4.4 Vare, tjeneste eller annen ytelse

4.4.4.1 Gjeldende rett og direktivet

Gjeldende markedsføringslov regulerer næringsdrivendes handlinger uavhengig av hvilket produkt den næringsdrivende markedsfører eller selger. At loven er produktnøytral fremkommer også ved at det presiseres i enkeltbestemmelser at de gjelder handlinger knyttet til omsetning av «varer, tjenester eller andre ytelser».

Direktivet regulerer handlinger mv. i tilknytning til å fremme salget av, selge eller levere «et produkt» til forbrukerne.

I artikkel 2 bokstav c er produkt definert som: «alle varer eller tjenester, herunder fast eiendom, rettigheter og forpliktelser». Direktivet gir ingen indikasjoner på at man med denne definisjonen har ment å avgrense direktivets virkeområde med hensyn til hvilke produkter den næringsdrivendes virksomhet er knyttet til. Tvert imot må det antas at direktivet er produktnøytralt i likhet med gjeldende markedsføringslov.

4.4.4.2 Høringsnotat og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo departementet å bruke den nøytrale betegnelsen «ytelse», alternativt «produkt» definert som «vare, tjeneste eller annen ytelse».

Forbrukerombudet støtter departementets vurdering av begrepet produkt, og mener det er hensiktsmessig å bruke ordet «ytelse» i den norske loven.

ANFO og *Telenor*, som begge støtter alternativet med definisjoner i loven, kommenterer departementets forslag til definisjon av «produkt». *Telenor* finner det uproblematisk at definisjonen fraviker direktivet, da det sentrale er den næringsdrivendes påvirkning av forbrukernes økonomiske atferd uansett hvilket produkt det er tale om. *ANFO* mener på sin side at forslaget til definisjon ikke er tilstrekkelig klargjørende, og foreslår at definisjonen som et minimum også bør omfatte «rettighet». Da vil man unngå uklarhet knyttet til om definisjonen også omfatter immaterielle rettigheter, som for eksempel bruksrett til programvare.

4.4.4.3 Departementets vurderinger

Departementet antar det sentrale er at direktivet i likhet med gjeldende lov er produktnøytralt. I dag fremkommer dette ved at formuleringen «vare, tjeneste eller annen ytelse» brukes i loven. En slik konstruksjon passer imidlertid dårlig med direktivets regler som henviser til produkt i en rekke sammenhenger der det vil være tungt å bruke en så lang formulering, og det er behov for en kortere fellesbetegnelse. «Ytelse» gir god sammenheng med bestemmelsene som videreføres fra gjeldende lov, der betegnelsen «vare, tjeneste eller annen ytelse» er benyttet. Departementet foreslår at fellesbetegnelsen «ytelse» brukes i større grad og at det tas inn en definisjon av begrepet i loven, for å sikre at begrepet er produktnøytralt. Det vises til forslag til § 5 bokstav c.

4.5 Lovens stedlige virkeområde

4.5.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven har i dag ingen bestemmelser om lovens stedlige (geografiske) virkeområde. Loven gjelder klart nok for handlinger som både foretas og har virkning i Norge. Spørsmål oppstår når handlingen skjer fra utlandet og har virkning i Norge, eller motsatt. Dette er drøftet i NOU 1995:2 Forslag til endringer i markedsføringsloven side 51–54. Her legges det til grunn at markedsføringsloven i prinsippet gjelder for markedsføring fra utlandet som er rettet mot Norge. Det vises bl.a. til at Markedsrådet har lagt dette til grunn i sak 5/86. Utvalget finner ingen holdepunkter for at loven gjelder når norske næringsdrivende (utelukkende) driver markedsføring fra Norge mot utlandet. Det konkluderes med at det er behov for nærmere avklaringer. Utvalget går ikke spesielt inn på hva som gjelder for handlinger næringsdrivende imellom. Her er det heller ingen forvaltningspraksis å vise til, og rettstilstanden må derfor anses som uklar.

Forslaget til lovens kapittel 8 Grenseoverskridende håndheving mv., vil gjennomføre kravene i direktiv 98/27/EF (forbudsdirektivet) og forordning 2006/2004 om forbrukervernsamarbeid. I og med disse bestemmelsene vil Forbrukerombudet delta i internasjonalt samarbeid for å få stoppet grenseoverskridende overtredelser av nærmere angitt forbrukervernlovgivning som bygger på fellesskapsretten, jf. punkt 15.8 nedenfor. Direktivet og forordningen berører likevel ikke regler om lovvalg og jurisdiksjon. Det følger av markedsføringsloven § 9 e (ny § 44) at norske myndigheter skal legge de norske materielle reglene til grunn ved anvendelsen av forordningen og direktivet. Det følger også av gjeldende markedsføringslov § 10 at Forbrukerombudet og Markedsrådet skal medvirke ved gjennomføringen av bestemmelsene i «denne lov». Markedsrådet og Forbrukerombudet kan således ikke treffe forbudsvedtak med hjemmel i fremmed rett.

Ifølge forvaltningspraksis vil den norske markedsføringsloven i utgangspunktet gjelde for tilfellene der markedsføring/avtalevilkår er rettet mot norske forbrukere. I publikasjonen «De nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på Internett» av oktober 2002, er det listet opp relevante momenter i vurderingen av om markedsføring kan sies å være rettet mot et marked. For eksempel vil språket på nettsiden og valutaen prisene er oppgitt i, være relevante i den konkrete helhetsvurderingen. Norske myndighe-

ter har imidlertid ikke jurisdiksjonsmyndighet i utlandet, og kan følgelig ikke gripe inn med sanksjoner overfor virksomheter som er etablert i utlandet og som bryter markedsføringsloven. Markedsføringslovens medvirkningsansvar innebærer at man kan sanksjonere overfor eventuelle norske medvirkere. I henhold til samarbeidsmekanismene i forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid, vil Forbrukerombudet også kunne be håndhevsorganer i andre EØS-land om å stoppe ulovlig markedsføring og urimelige avtalevilkår som har utspring i det aktuelle landet, og som rammer norske forbrukere.

Hovedregelen etter lovene om Svalbard og Jan Mayen er at norsk privatrett, strafferett og den norske lovgivningen om rettspleien gjelder når ikke annet er fastsatt. Markedsføringsloven inneholder offentligrettslige bestemmelser, med et lite unntak i § 2 a annet ledd, og faller ikke inn under noen av de nevnte kategoriene av lovbestemmelser. Det er heller ikke særskilt fastsatt at markedsføringsloven skal gjelde på Svalbard og Jan Mayen, hvilket betyr at loven i dag ikke gjelder på dette området.

4.5.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet gav departementet uttrykk for at det vil være vanskelig å gi generelle regler om når markedsføringsloven kommer til anvendelse ved grenseoverskridende markedsføring, fordi dette må vurderes konkret i den enkelte sak.

Når det gjelder markedsføring fra utlandet mot Norge, viste departementet til at noe EØS-regelverk som berører markedsføringsloven opererer med prinsipper som innebærer at virksomheter i utgangspunktet bare trenger å følge de nasjonale reglene i landet de er etablert i. Dette gjelder bl.a. TV-direktivet (direktiv 89/552/EØF) og ehandelsdirektivet (direktiv 2000/31/EF). Departementet gav uttrykk for at man derfor vanskelig kan lovfeste at markedsføringsloven alltid skal gjelde for markedsføring som er rettet mot norske forbrukere.

Et annet spørsmål er om norske næringsdrivende som kun retter sin virksomhet mot utenlandske markeder, skal være omfattet av markedsføringsloven. Departementet gav uttrykk for at det i hvert fall i forbrukerforhold kan være forhold som taler for dette. Et eksempel er utsendelse av uanmodet elektronisk markedsføring (spam). Slik markedsføring er ikke omfattet av samarbeidet etter forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid. Etter departementets syn kunne det være ønskelig at Forbrukerombudet med direkte hjemmel i markedsføringsloven

hadde mulighet til å stoppe en norsk «spammer» som bare «spammer» utenlandske forbrukere. Departementet gav likevel uttrykk for at det vil være vanskelig å lovfeste at markedsføringsloven alltid skal gjelde for handlinger eller utelatelser som utelukkende har virkning i utlandet. Enkelte bestemmelser i markedsføringsloven vil også gjelde handlinger næringsdrivende imellom. Man kan vanskelig bestemme at disse særbestemmelsene, som ikke følger av EØS-retten, også skal gjelde når norske næringsdrivende opererer på utenlandske markeder. Man kan heller neppe vente at utenlandske myndigheter vil håndheve norsk offentligrettslig regelverk. Norske næringsdrivende som retter sin virksomhet mot utlandet, må derimot følge reglene som gjelder i de respektive landene der virksomheten har sin virkning (med mindre det gjelder et senderlandsprinsipp). Departementet understreket at bortsett fra håndhevingen av forbudet mot spam synes hensynet til forbrukere innen EØS-området å være ivarettatt med samarbeidsmekanismene etter forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid. Her vil spesielt oppnevnte utenlandske myndigheter kunne be Forbrukerombudet om å stoppe ulovlig markedsføring/avtalevilkår som skjer fra Norge og som rammer forbrukere i utlandet.

Departementet foreslo til høringsinstansenes overveielse å lovfeste at Kongen gis fullmakt til å bestemme om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, loven skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen. Departementets syn var at det for øvrig ikke tas inn noen generelle bestemmelser om lovens stedlige virkeområde i den nye loven.

4.5.3 Høringsinstansenes syn

Forbrukerombudet uttaler:

«Markedsføringsloven har i dag ingen bestemmelser om lovens stedlige virkeområde.

Spørsmålet om markedsføringslovens stedlige virkeområde ble drøftet i NOU 1995:2. Handlinger foretatt fra utlandet mot Norge ble her ansett omfattet av markedsføringsloven, mens man etter en tolkning av lovens ordlyd, forarbeider og praksis kom til at handlinger foretatt i utlandet av norske næringsdrivende falt utenfor lovens virkeområde. Utvalgets konklusjon er senere blitt lagt til grunn på dette punkt.

Jeg mener det nå er på tide å foreta endringer i dagens rettsstilstand i forhold til markedsføring fra Norge mot utlandet, og at det bør innføres en bestemmelse om lovens stedlige virkeområde i den nye markedsføringsloven.

I dag ser vi at grenseoverskridende markedsføring er stadig mer vanlig. Internett og andre fjernkommunikasjonsmetoder har bidratt til å gjøre det enklere og vanligere å rette markedsføringshenvendelser til grupper av forbrukere i andre land, og norske næringsdrivende kan på enkle måter rette tusenvis av spam-henvendelser til utenlandske forbrukere i løpet av kort tid. Samtidig ser vi at Forbrukerombudets mulighet for å føre tilsyn med grenseoverskridende markedsføring er begrenset.

Etter dagens rettsstilstand vil Forbrukerombudet ikke kunne anvende markedsføringslovens sanksjoner overfor en norsk næringsdrivende som sender ut spam til utenlandske forbrukere. For slike tilfeller har vi heller ingen forpliktelse etter forbudsdirektivet og samarbeidsforordningen om stansning av tiltaket dersom håndhevingsorganer i andre EØS-land skulle be om det.

Selv for tiltak som er omfattet av forbudsdirektivet og samarbeidsforordningen, vil det ligge en begrensning i at man kun har forpliktelser i forhold til tiltak i andre EØS-land.

For effektivt å kunne håndheve markedsføringslovens krav overfor norske næringsdrivende som retter ulovlig markedsføring mot utenlandske forbrukere, mener jeg derfor det er nødvendig å få inn en bestemmelse som fastslår at markedsføringsloven får anvendelse på markedsføring fra Norge til utlandet. Dette vil også være i overensstemmelse med utgangspunktet i straffeloven § 12, hvor det settes straff for handlinger begått i utlandet av en person som er hjemmehørende i Norge, når handlingen er straffbar i Norge og også etter det lands lov der handlingen er begått, jf. strl § 12 nr. 3 c. De samme kriteriene bør etter mitt syn gjøres gjeldende i forhold til markedsføringsloven.

Når det gjelder handlinger næringsdrivende i mellom, mener jeg det eventuelt kan oppstilles et unntak for dette i bestemmelsen om anvendelsesområdet. Det sentrale med en slik bestemmelse må være å gi Forbrukerombudet en mulighet til å stoppe norske næringsdrivende som sender ut spam eller som på andre måter bryter markedsføringsloven overfor utenlandske forbrukere.

Når det gjelder lovens anvendelse på handlinger fra utlandet mot Norge, mener jeg dagens utgangspunkt bør presiseres i loven, eventuelt med en henvisning til vurderingskriteriene ved norske lovvalgsregler.»

Forbrukerrådet har følgende kommentarer:

«Den stadig økende markedsføring som skjer over landegrensene gjør det etter Forbrukerrådets syn nødvendig å innta i loven regler som regulerer hvilke lovvalgs- og jurisdiksjonsre-

gler som gjelder. Reglene om hvilken lov som gjelder hvor, og hvem som kan håndheve reglene, er svært viktige for at lovens regler skal kunne påberopes og brukes. Selv om det som departementet opplyser kan by på problemer å oppstille en generell regel om at norsk rett alltid skal gjelde i forhold til norske forbrukere, er det viktig å synliggjøre hvordan reglene er slik at ikke bare de mest invide kan finne ut av det.

Vi støtter på denne bakgrunn FO sitt forslag om lovfesting av at reglene får anvendelse på handlinger fra utlandet rettet mot Norge, eventuelt med en henvisning til lovvalgsregler. I tillegg må inntas regel som gir FO rett til å sanksjonere overfor norske næringsdrivende som sender ut spam mot utenlandske forbrukere, dvs. at det må presiseres i loven at den får anvendelse på markedsføring fra Norge til utlandet.»

4.5.4 Departementets vurderinger

Grenseoverskridende markedsføring er blitt mer vanlig enn tidligere, bl.a. på grunn av Internett. Det kan derfor være behov for å synliggjøre i den nye loven når den kommer til anvendelse. Dette vil riktignok måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, men departementet ser at det kan være opplysende å angi retningslinjene i loven.

Departementet foreslår derfor å stadfeste gjeldende rett, ved å lovfeste at utgangspunktet er at markedsføringsloven gjelder for handlinger og vilkår som er rettet mot forbrukere i Norge. Videre ser departementet det som hensiktsmessig å lovfeste at tilsvarende gjelder mellom næringsdrivende.

Fra dette utgangspunktet må det tas forbehold om at annet kan følge av annen lovgivning. Bl.a. kan det etter omstendighetene følge av EØS-avtalen, som gjelder som norsk lov (lov 27. november 1992 nr. 109), eller ehandelsloven (lov 23. mai 2003 nr. 35) at Norge ikke kan begrense markedsføring som skjer fra utlandet til Norge.

Grenseoverskridende TV-reklame reiser særlige problemstillinger. I henhold til TV-direktivet gjelder det i utgangspunktet et senderlandsprinsipp for TV-sendinger. Et nytt direktiv om audiovisuelle tjenester skal erstatte det gjeldende TV-direktivet, men senderlandsprinsippet videreføres. Særreguleringen som gjelder for TV-reklame, er inntatt i kringkastingsregelverket, og vil ikke berøres av forslaget til bestemmelse om virkeområde for markedsføringsloven.

Bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis er totalharmonisert på

EØS-nivå. Rent materielt sett skal det derfor ikke ha noen betydning om urimelig handelspraksis vurderes etter den norske markedsføringsloven eller lovgivningen i andre EØS-land.

Det vises til forslag til § 4 første ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

Når det gjelder norske næringsdrivendes virksomhet som kun er rettet mot utlandet, ser departementet at det kan være hensiktsmessig å lovfeste et prinsipp som tilsvarer det Forbrukerombudet viser til, som er nedfelt i straffeloven. Departementet foreslår derfor at markedsføringsloven skal gjelde for handlinger og vilkår som har virkning i utlandet, når de er ulovlige også etter lovgivningen i landet der de har virkning. Dette innebærer at når et tiltak både er ulovlig i Norge og landet der tiltaket har virkning, kan Forbrukerombudet og Markedsrådet fatte vedtak mot tiltaket med hjemmel i de norske materielle reglene i markedsføringsloven. Departementet ser det ikke som beskyttelsesverdig at norske næringsdrivende skal kunne unndra seg forfølgning i disse tilfellene, alene på grunn av at det er utenlandske og ikke norske forbrukere som rammes.

Som påpekt i punkt 4.5.1, fant utvalget i NOU 1995:2 ingen holdepunkter for at markedsføringsloven gjelder når det kun er utenlandske forbrukere som rammes av virksomheten til norske næringsdrivende. Etter dette har det imidlertid skjedd en utvikling når det gjelder håndheving av forbrukerregelverk innen EØS. Prinsippet som foreslås følger allerede i dag av forordningen om forbrukervernsamarbeid, jf. punkt 4.5.1 og 15.8. Innenfor forordningens virkeområde kan vedkommende myndigheter i andre EØS-land anmode Forbrukerombudet om å stoppe lovbrudd som foretas av norske næringsdrivende og som rammes forbrukere utenfor Norge. Forbrukerombudet kan i så fall fatte vedtak med hjemmel i de norske materielle reglene. Det er således ingen nyhet at markedsføringsloven kan brukes til å beskytte utenlandske forbrukere. Det følger også av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 11 at håndhevingsvirkemidlene skal «stå til rådighet uansett om de berørte forbrukerne befinner seg på territoriet til medlemsstaten der den næringsdrivende er etablert, eller i en annen medlemsstat.» Departementet ser det som ønskelig at dette prinsippet utvides til å gjelde generelt, og at det kommer mer direkte frem i loven enn i dag. Det vises til forslaget til § 4 annet ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

Lovforslaget kapittel 6 om beskyttelse av næringsdrivendes interesser inneholder bestemmelser av mer privatrettslig karakter, som vil måtte

håndheves av den enkelte næringsdrivende ved søksmål mv. For å unngå eventuell konflikt med gjeldende internasjonal-privatrettslige regler, foreslår departementet at § 4 annet ledd ikke regulerer virkeområdet for bestemmelsene i lovforslaget kapittel 6.

Ingen høringsinstanser har kommentert spørsmålet om loven skal gjelde på Svalbard og Jan Mayen. Departementet opprettholder derfor forslaget om at Kongen (ved forskrift) kan bestemme om og i hvilken utstrekning loven skal gjelde her. Forslaget er inntatt i § 4 tredje ledd.

5 Etiske og moralske aspekter i markedsføring

5.1 Uetisk markedsføring mv. – strid mot god markedsføringsskikk

5.1.1 Gjeldende rett

Dagens generalklausul, § 1 første ledd, inneholder tre rettslige standarder:

- «god foretningsskikk næringsdrivende imellom»,
- «urimelig i forhold til forbrukere», og
- *«for øvrig strider mot god markedsføringsskikk».*

I dette kapitlet behandles sistnevnte. De to andre rettslige standardene behandles i henholdsvis punkt 14.1 og 7.1.2.1.

Begrepet «god markedsføringsskikk» kom inn i loven i 1997, jf. Ot.prp. nr. 70 (1995–96) og den forutgående utredningen NOU 1995:2. Hovedhensikten med innføringen av begrepet var å skjerpe generalklausulen og å klargjøre rettstilstanden når det gjelder uetisk markedsføring. Begrepet er en rettslig standard, hvor det nærmere innhold må fastlegges gjennom praksis.

Også før lovendringen ble det slått ned på uetisk markedsføring. En kjent sak er Markedsrådets sak nr. 22/94 (Benetton), der rådet fant at avbildning av blodige klær som henspeilet på krigen i Jugoslavia var støtende og urimelig overfor forbrukerne.

Det som rammes er markedsføring som tar i bruk virkemidler som krenker de moralnormer eller etiske normer som må regnes som alminnelig gjeldende i det norske samfunn, det vil si virkemidler folk flest vil finne støtende når de brukes i reklameøyemed. Forarbeidene nevner at det ikke er tilstrekkelig at en del mennesker anser reklamen som «uheldig», «umoralsk», «stilløs» eller liknende. Det er med andre ord de mer grove overtramp som rammes. Begrepet gjelder både i forhold mellom næringsdrivende og forbrukere og næringsdrivende imellom.

I praksis er det bl.a. nedlagt forbud mot markedsføringstiltak som oppfordrer til lovbrudd eller brudd på sikkerhetsnormer. I Markedsrådets sak nr. 21/1999 (Esso) ble det ansett å være i strid med god markedsføringsskikk å gi inntrykk av at politiet ikke tok kjøring mot rødt lys alvorlig.

I forarbeidene påpekes det at usømmelig reklame kan rammes som stridende mot god markedsføringsskikk. Praksis har vist at det skal ganske mye til før reklame forbyes på dette grunnlag alene, jf. Markedsrådets sak nr. 12/2002. Videre nevner forarbeidene at det å oppfordre til miljøskadelig adferd også etter omstendighetene kan rammes.

Det vil videre kunne være i strid med god markedsføringsskikk å diskriminere ut fra religion, rase eller nasjonalitet eller dersom annonsen krenker personers religiøse eller politiske overbevisning. Det er hensynet til kollektive forbrukerinteresser og mer allmenne samfunnsinteresser som skal legges til grunn i vurderingen. Forbrukerombudets sak 97–1271 (Norske Meierier) gjaldt en annonse for Moccapudding. Ombudet konkluderte med at det var i strid med god markedsføringsskikk å sammenstille den hellige Kaba-stenen i pilgrimsbyen Mekka med nevnte pudding. Det ble vist til lovens forarbeider og uttalt at annonsører bør utvise stor varsomhet i utformingen av reklame som kan krenke noens religiøse overbevisning. Annonsens sammenstilling av materielt forbruk og religiøse symboler ville lett oppfattes som støtende.

Forbrukermyndighetene har også funnet det i strid med god markedsføringsskikk å benytte vold som oppmerksomhetsvekker i reklamen eller å spille på frykt, angst eller redsel. Forbrukerombudets sak 97–2095 gjaldt en reklamefilm for briller, der det ble vist en forhørsscene med tortur. En mann med briller fikk vann kastet i ansiktet, hodet ble slått hardt mot bordet mens han var bakkbundet, og han ble utsatt for trusler. Reklamen ble ansett i strid med god markedsføringsskikk.

Når det gjelder praksis vedrørende markedsføring rettet mot barn og unge, vises det til punkt 8.1 nedenfor.

5.1.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet anførte departementet at praksis om den rettslige standarden «strider mot god markedsføringsskikk» må kunne sies å være begrunnet i annet enn økonomiske hensyn, og at den således faller utenfor virkeområdet til direktivet om

urimelig handelspraksis. Dersom moralske aspekter settes i direkte sammenheng med produktet av den næringsdrivende selv, vil en derimot kunne være innenfor direktivets virkeområde. Som eksempel ble nevnt uriktige påstander om at den næringsdrivende ikke utnytter barnarbeid. Villede og uriktig bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen vil således kunne være innenfor direktivets virkeområde og måtte vurderes etter dettes urimelighetsstandard.

Departementet foreslo å videreføre forbudet mot uetisk markedsføring i den nye loven, samt å angi en del nærmere vurderingskriterier. Følgende ordlyd ble foreslått:

«En markedspraksis er urimelig dersom den strider mot god markedsføringsskikk overfor forbrukere. Ved vurderingen kan det blant annet legges vekt på om markedspraksisen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, om det tas i bruk støtende virkemidler, eller om markedspraksisen, på grunn av utforming, format, omfang eller innhold, fremstår som særlig påtrengende.»

I høringsforslaget ble denne bestemmelsen foreslått innplassert i et eget kapittel med tittelen «Annet enn forbrukernes økonomiske interesser».

Siden begrepet «god markedsføringsskikk» i følge forarbeidene også gjelder i forhold næringsdrivende imellom, ble det dessuten foreslått å innarbeide begrepet i en egen generalklausul for handlinger næringsdrivende imellom.

5.1.3 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen kommenterer forslaget slik:

«Advokatforeningen er enig i at direktivet ikke er til hinder for en delvis videreføring av gjeldende § 1 som foreslått i utkastets § 3–1, men vil likevel peke på at praktiseringen av reglene må skje med forsiktighet i forhold til direktivets ordlyd for øvrig. Spesielt når det gjelder standarden «god markedsføringsskikk» kan det være grunn til å peke på at det må være tale om en «krenkelse av grunnleggende moral- eller etikkoppfatninger – oppfatninger som må antas å være felles for en majoritet av borgerne.» (Ot.prp. nr. 70 (1995–1996)).

Advokatforeningen antar at det praktiske virkeområdet for forbudene mot markedsføring i strid med god markedsføringsskikk eller kjønnsdiskriminerende markedsføring er relativt lite, men antar at det kan ha en pedagogisk effekt å beholde reglene som foreslått i utkastet.»

Norsk Postordreforening uttaler at ettersom diskriminering allerede i dag kan rammes av § 1, første ledd, ville det være en fordel om det også synliggjøres i den nye loven, spesielt ettersom den nødvendigvis vil bli oppfattet som mer detaljert og dermed noe mer «uttømmende» enn den eksisterende loven.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) uttaler følgende (om resten av generalklausulen):

«HSH støtter i utgangspunktet departementets forslag til en videreføring av dagens generalklausul. Men det kan likevel være fornuftig å foreta en presisering i tråd med direktivets art. 5 nr. 3 i forhold til særlige sårbare forbrukergrupper. På denne måten unngår man også behovet for særskilte bestemmelser for disse gruppene, herunder en særskilt regulering om markedsføring i forhold til barn.»

NORDMA har følgende kommentarer:

«Direktivet har ingen bestemmelser vedrørende markedspraksis som ikke har betydning for forbrukerens økonomiske interesser. Det er således innenfor dette feltet et spørsmål om vi skal gå videre enn det som er nødvendig.

NORDMA er av den oppfatning at det er viktig at all markedsføring gjøres innenfor det som til enhver tid anses som «god markedsføringsskikk». Slike vurderingstemaer er imidlertid vanskelig å vite rekkevidden av. Dette kan være med på å skape et uryddig rettsbilde for den næringsdrivende. NORDMA er derfor opptatt av at forbud konkretiseres i så stor grad som mulig.

Departementet har i sitt høringsforslag foreslått en egen bestemmelse for å beskytte også forbrukerens ikke-økonomiske interesser. Bestemmelsen er i all hovedsak en videreføring av deler av dagens markedsføringslov § 1. NORDMA ser det som positivt at det i bestemmelsens 1. ledd nærmere defineres hva som skal legges i vurderingen av om en praksis/handling strider mot «god markedsføringsskikk». Dette synes i all hovedsak å gjenspeile dagens praksis. En nærmere eksemplifisering på dette feltet er med på å lage større forutsigbarhet når det gjelder rettsstilling for den næringsdrivende.»

TV2 uttaler følgende:

«Til § 3–1 bemerker TV2 at man nettopp på disse feltene bør gjøre en nærmere vurdering av reguleringens forhold til yringsfriheten. Slik reguleringen nå fremtrer viser den i stor grad til det som flertallet anser som akseptabelt. En slik regulering reiser grunnleggende problemstillinger i forhold til mindretallets

posisjon og vern. Vi ber således om at man enten generelt eller spesielt her tar inn et tillegg som viser til yringsfrihetens grenser. «En markedspraksis er urimelig dersom den – hensyntatt yringsfriheten – strider mot god markedsføringsskikk.»

Landsorganisasjonen i Norge (LO) støtter departementets vurdering om å videreføre lovens regler som ikke behandles i direktivet, herunder regler for uetisk markedsføring

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) uttaler at de deler departementets vurderinger når det gjelder om og hvordan dagens generalklausul skal videreføres.

Forbrukerombudet uttaler på generelt grunnlag at han har positive erfaringer med generalklausulen og at den har vist seg å være et fleksibelt verktøy som kan fange opp praksis som faller på siden av det aksepterte, også når utviklingen går for raskt til at lovgiver kan holde tritt med den i form av spesifikke regler. Videre uttaler ombudet følgende:

«Når det gjelder begrepet «god markedsføringsskikk» i § 1,1, støtter jeg departementets forslag om at praksis i forhold til dette blir videreført gjennom et eget kapittel. Det er viktig fortsatt å kunne forby markedsføring ut fra andre hensyn enn rent økonomiske, og jeg ser det som hensiktsmessig å atskille en slik bestemmelse fra bestemmelsene som gjennomfører direktivet. På denne måten vil det være klart både for forbrukere, næringsdrivende og ikke minst håndhevere av loven at praksis ikke vil måtte følge EUs krav på dette området, og at tidligere praksis kan videreføres. Jeg finner det også hensiktsmessig og klargjørende å innta vurderingskriteriene fra praksis i lovbestemmelsen.

(...)

Markedsføringsloven har aldri vært, og er heller ikke i dag, en lov som gir vern for spesielle grupper som føler seg diskriminert. Det er de allmenne forbrukerinteressene som skal legges til grunn for vurderingen, og ved vurderingen av om noe er støtende og urimelig vil det legges vekt på oppfatningen ut fra et samfunnsmessig synspunkt.

Når dette er sagt, kan det ikke utelukkes at markedsføring som diskriminerer enkelte grupper vil kunne anses urimelig etter markedsføringsloven. Markedsføring som diskriminerer eksempelvis homofile vil fort kunne anses støtende og urimelig også ut fra et allment samfunnsmessig synspunkt. Saken om annonse for Moccapudding kan ses som et eksempel på at man fant markedsføringen tilstrekkelig støtende ut fra et samfunnsmessig

synspunkt for å gripe inn etter markedsføringsloven.

Det må for øvrig nevnes at mfl. § 1 er en rettslig standard, og at vurderingen av hva som vil anses støtende ut fra et samfunnsmessig synspunkt vil måtte baseres på de til enhver tid gjeldende verdinormer i samfunnet. Det er således ikke gitt at Forbrukerombudet ville grepet inn overfor en tilsvarende markedsføring som den ovennevnte hvis denne forelå i dag.»

Framtiden i våre hender kommenterer forslaget slik:

«Det er meget prisverdig at departementet foreslår at den allmenne etikk- og moraloppfatning skal kunne brukes som ankepunkt ved urimelig markedspraksis. Vi støtter departementets forslag fordi vi ser at loven vil favne videre og medføre at langt flere saker av etisk-moralsk art kan bli vurdert.

Vi foreslår en innføres et nytt ledd hvor det kommer fram at det ikke skal være lov til å drive markedsføring for varer eller tjenester som har betydelige negative miljøkonsekvenser (et eksempel: markedsføring av fossilt brensel må forbys, jmf. Forbud av markedsføring av tobakk og alkohol).»

5.1.4 Departementets vurderinger

Norsk Postordreforening reiser spørsmål om å synliggjøre i lovteksten at diskriminering i markedsføring kan rammes. Forbrukerombudet påpeker på sin side at diskriminering kan stride mot god markedsføringsskikk, men at det i og for seg ikke er hensynet til den som føler seg diskriminert som er i fokus. Det som vurderes er om reklamen er støtende ut fra et samfunnsmessig synspunkt.

Departementet understreker at markedsføring som kan oppfattes som nedsettende/diskriminerende, vil kunne finnes i strid med «god markedsføringsskikk». Det er likevel slik at denne delen av generalklausulen skal beskytte *flertallets* interesser av å ikke bli utsatt for støtende virkemidler i markedsføring, noe som er noe annet enn diskrimineringsvern. Det er videre de allmenne forbrukerhensynene som skal legges til grunn for vurderingen, og ikke vernet til særskilte grupper. I denne sammenheng vises det til kapittel 6 nedenfor om kjønnsdiskriminerende reklame.

Det er også mange andre forhold som kan krenke allmenne etikk- og moraloppfatninger, for eksempel å vise ringakt for menneskeverdet, religiøs eller politisk overbevisning, sikkerhet eller oppfordre til lovbrudd eller helseskadelig adferd. Hvis man skal nevne diskriminering i lovteksten,

bør man også nevne en del av de andre relevante eksemplene.

Departementet har merket seg at NORDMA påpeker at eksemplifisering av hva som kan anses i strid med god markedsføringsskikk, vil være med på å skape større forutsigbarhet for de næringsdrivende. Ulempen med dette er bl.a. at det kan være fare for at bestemmelsen oppfattes antitetisk. Etter som samfunnet utvikler seg, vil de generelle etikk- og moraloppfatningene endres. Hvis man først begynner å eksemplifisere hva som kan stride mot etiske og moralske normer, vil det også oppstå behov for å endre lovteksten over tid. Eksempelvis nevner forarbeidene fra 1996 diskriminering i forhold til rase, religion eller nasjonalitet. I dag ser man kanskje bredere på begrepet diskriminering og kunne også legge til diskriminering på grunn av alder, funksjonshemming og seksuell legning. For å gjøre lovteksten mer tidsbestandig er det etter departementets syn ønskelig å ikke utforme den for detaljert. Departementet foreslår etter dette at man ikke nevner diskriminering uttrykkelig i lovteksten, men at det vises til at det ved vurderingen av om markedsføring strider mot god markedsføringsskikk legges vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler, jf. forslag til § 2 første ledd.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) uttaler at det kan være fornuftig å foreta en presisering i tråd med direktivets bestemmelser om særlige sårbare grupper, for å unngå særbestemmelser om dette, herunder om markedsføring til barn. Til dette vil departementet bemerke at bestemmelsen om god markedsføringsskikk er basert på hensyn som smak og anstendighet, som nettopp ikke berøres av direktivet. Departementet har tatt det standpunkt at det bør innføres særregler for å beskytte barn som en særlig sårbar gruppe, jf. proposisjonen kapittel 8 og lovforslaget kapittel 4. Departementet ser dermed ikke grunn til å innarbeide regler om særlige sårbare grupper i bestemmelsen om god markedsføringsskikk mv.

TV2 ber om at man tar inn en henvisning til ytringsfrihetens grenser. Bestemmelsen om god markedsføringsskikk er en videreføring av gjeldende rett, og departementet er ikke kjent med at det har vært spesielle spørsmål om forholdet til ytringsfriheten ved praktiseringen av denne bestemmelsen. Ytringsfriheten er grunnlovestet og vil gjelde uavhengig av reguleringen i markedsføringsloven. For øvrig vises det til punkt 3.5 om forholdet til ytringsfriheten.

Framtiden i våre hender foreslår å forby markedsføring av produkter som har betydelige negative miljøkonsekvenser, f.eks. fossilt brensel. Etter departementets syn er forslaget for vidtgående, fordi man da ville forby markedsføring av en rekke forskjellige produkter som det er lovlig å selge, f.eks. bensin og flyreiser. Videre ville en slik regulering reise problemstillinger som forholdet til ytringsfriheten og våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

Det er ellers lagt til grunn at miljøhensyn til en viss grad er ivaretatt gjennom begrepet «god markedsføringsskikk», siden forarbeidene uttrykkelig nevner at det å oppfordre til miljøskadelig adferd i markedsføring vil kunne rammes, jf. Ot.prp. nr. 70 (1995–96) side 11. Videre heter det på side 12–13 at miljøargumentasjon mv. må holde seg innenfor de stramme rammene som begrepet «god markedsføringsskikk» setter på dette området. Villede miljøargumentasjon vil også kunne rammes av dagens § 2 om villedende forretningsmetoder og lovforslaget §§ 7 og 8 om villedende handlinger/utatelser.

De nordiske forbrukerombudene har utarbeidet en veiledning om bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen fra februar 2005. Forbrukerombudet har også egne retningslinjer på dette området fra juni 2003. Departementet antar at retningslinjene vil kunne videreføres etter den nye loven.

Departementet ser at det kan være behov for å ytterligere styrke miljøhensyn i forbindelse med markedsføring, og vil ta initiativ til at dette utredes nærmere.

Departementet foreslår etter dette å videreføre den rettslige standarden «god markedsføringsskikk» i lovforslaget § 2 første ledd. Det er foretatt noen redaksjonsmessige endringer sammenliknet med høringsforslaget, men det tilsiktes ingen realitetsendringer i forhold til gjeldende rett. For øvrig vises det til de spesielle merknadene til bestemmelsen.

5.2 Særlig påtrengende markedsføring

5.2.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 1 tredje har følgende ordlyd:

«Ved vurderingen av om første eller annet ledd er overtrådt, kan det blant annet legges vekt på om reklamen, på grunn av utforming, format, omfang eller andre virkemidler, fremstår som særlig påtrengende.»

Bestemmelsen ble innført i 1997, jf. Ot.prp. nr. 70 (1995–96) og NOU 1995:2. Det man særlig har tenkt på, er reklame som henvender seg til publikum på offentlige steder, f.eks. reklame på store plakater («superboards») der folk ferdes, reklame på busser og trikker mv. Også reklame på TV er ment å omfattes av bestemmelsen. Det essensielle er at slik reklame er mer vanskelig enn ellers å verne seg mot.

Oppregningen i lovteksten av momenter det kan legges vekt på, er ikke uttømmende. Selv om lovgiver først og fremst har tatt sikte på den måten reklamen fremtrer på, kan også reklamens innhold få betydning for om den oppleves som særlig påtrengende.

En av de første sakene som Forbrukerombudet behandlet etter lovendringen, gjaldt reklameplakater på blant annet busser, trikker og t-banetrokker. Plakatene avbildet to kvinner, der kvinnen i bakgrunnen var kledd i pen drakt, mens kvinnen foran hadde åpen jakke med tilnærmet bar overkropp (kun et bånd skjulte brystvortene). Teksten lød: «Vi har klærne som du egentlig vil kle deg i». Forbrukerombudet la vekt på at plakaten var av stort format og plassert på offentlige steder der den traff alle grupper forbrukere, ikke bare de som selv har oppsøkt medier hvor slike kvinneavbildninger vil kunne forekomme. Det ble vist til § 1 tredje ledd og konstateret at tiltaket på denne bakgrunn var å anse som kvinnediskriminerende og i strid med § 1 annet ledd.

5.2.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet gav departementet uttrykk for at bestemmelsen om særlig påtrengende reklame er et viktig supplement til generalklausulen og bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame. Departementet gav også uttrykk for at bestemmelsen er viktig i en tid der markedsføringen er blitt mer synlig og finner stadig nye kanaler, og der reklame kan oppleves som påtrengende. Bestemmelsen er basert på smaks- og anstendighetshensyn, og en er derfor utenfor området som harmoniseres av direktivet om urimelig handelspraksis.

Norsk Postordreforening og Norges Kvinne og Familieforbund er enige med departementet i at bestemmelsen om særlig påtrengende reklame videreføres.

Forbrukerombudet støtter departementets forslag når det gjelder særlig påtrengende reklame, og finner det hensiktsmessig at det vises til dette momentet i lovteksten.

Framtiden i våre hender foreslår at ordet «kanal» føyes til i setningen «... eller om markedspraksisen, på grunn av utforming, format, omfang eller innhold, fremstår som særlig påtrengende».

5.2.3 Departementets vurderinger

Ingen høringsinstanser har innvendinger til dagens bestemmelse om særlig påtrengende reklame videreføres. Etter departementets syn har bestemmelsen fortsatt sin berettigelse og må antas å ha det også i fremtiden. Departementet kan imidlertid ikke se noen spesiell grunn til at «kanal» skal tilføyes ordlyden, slik *Framtiden i våre hender* foreslår. På denne bakgrunn opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet, men med noen redaksjonsmessige endringer.

Det vises til forslag til § 2 tredje ledd.

5.3 Veldedighet i markedsføring

5.3.1 Gjeldende rett

De nordiske forbrukerombudene ga i februar 2005 ut en veiledning om bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen. Her fremgår det blant annet at det bør vises varsomhet med å benytte veldedige institusjoner eller gode formål i forbindelse med markedsføring. Dersom det opplyses om at virksomheten støtter gode formål eller veldedige institusjoner, må det gis presise opplysninger om hvordan denne støtten manifesterer seg og hvor stor del av prisen på en vare som går til det gode formålet.

Her avviker norsk praksis fra de nordiske retningslinjene, jf. Markedsrådets sak nr. 23/1991. Markedsrådet la her ned forbud mot bruk av teksten «Når du benytter denne fotoposen støtter du samtidig Den Norske Kreftforening med 10 kroner», med henvisning til § 1 første ledd. Det ble ansett urimelig ovenfor forbrukerne å knytte støtte til veldedige formål direkte til omsetningsvolumet, slik at det ble lagt på den enkelte forbruker å bidra til støtten. Momenter som normalt er sentrale ved forbrukerens transaksjonsbeslutning, slik som produktets pris og kvalitet, ville i så tilfelle kunne komme i bakgrunnen.

5.3.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for at både Forbrukerombudet og bransjen overfor departementet har gitt uttrykk for at norsk praksis bør endres på dette punktet. Tanken bak den nevnte saken fra Markedsrådet var at det forelå et

villedningselement, siden produsenten tok inn utenforliggende elementer i markedsføringen. I dag viser det seg imidlertid at forbrukerne er opp-tatt av etiske aspekter.

Departementet anførte at det er grunnlag for å endre praksis på dette punktet, i tråd med de nordiske retningslinjene. Etiske aspekter kan ikke lenger regnes som utenforliggende elementer i markedsføringen. Forbrukeren ønsker ofte å vite hvor stort beløp som går til det aktuelle veldedige formål, og dagens praksis medfører en tilsløring av dette.

5.3.3 Høringsinstansenes syn

Norsk Postordreforening og *Kreativt Forum* slutter seg til departementets forslag om å endre praksis mht. veldedighet i markedsføring.

Coop Norge AS uttaler følgende:

«Den norske rettstilstand vedrørende markedsføring av en bedrifts støtte til gode formål eller veldedige institusjoner (kjøpsutløsende donasjoner) avviker i dag bl.a. fra praksis i Sve- rige og Danmark. Coop Norge er enig med departementet i at norsk praksis på dette punkt bør endres, slik at den blir i samsvar med de øvrige nordiske land. Opplysninger i markedsføringen om at konkret angitte beløp/andel går til veldedige formål og lignende bør være til- latt.»

NORDMA kommenterer forslaget slik:

«NORDMA har for øvrig merket seg med glede at Departementet nå vil endre den praksis som har vært i Norge vedrørende forbud mot velde- dighet i markedsføringen. Vi ser det som posi- tivt at Norge nå vil være i tråd med de nordiske retningslinjene på dette feltet.»

Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL) har følgende merknader:

«Her avviker norsk praksis fra de nordiske ret- ningslinjene. Det bør i markedsføring være anledning til å opplyse om at man støtter frivil- lig virksomhet og hvordan denne støtten mani- festerer seg i prisen på produktet, slik regelen er etter de nordiske retningslinjene. LHL mener derfor at norsk praksis må endres slik at den blir i tråd med de nordiske retningslin- jene.»

Frivillighet Norge uttaler:

«Frivillighet Norge går inn for at forbudet mot kjøpsutløsende donasjoner bør oppheves. Vi vil anføre at det er grunnleggende forskjell på kjøpsutløsende donasjoner og andre former for

tilgift fordi denne type samarbeid mellom næringslivet og frivillig sektor bygger opp under en ønsket utvikling i retning av å øke bedriftenes samfunnsansvar og sosiale bevisst- het. Slike samarbeidsavtaler er vanlige i Europa med unntak for Island og Norge. De oppleves som en fordel både for bedriftene og frivillighe- ten samtidig som det gir forbrukerne en mulig- het til å støtte på en måte som oppleves positivt.

Vi går videre inn for at det lovfestes infor- masjonskrav når kjøpsutløsende donasjoner benyttes som innsamlingsmetode og foreslår at disse innebærer følgende

1. At produkter merkes med formål.
2. At produktet merkes med beløp til formål pr. solgte enhet.
3. At pengestrømmen godkjennes av revisor. Frivillighet Norge mener videre at kjøpsutlø- sende donasjoner som innsamlingsmetode må likestilles med andre innsamlingsmetoder, og følgelig være underkastet IKs årlige kontroll og godkjenning, ref. pkt. 2.1. siste avsnitt.»

Forbrukerombudet kommenterer forslaget slik:

«Departementet påpeker i høringen at norsk praksis i dag avviker noe fra det som følger av den nordiske veiledningen om bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen. Jeg er enig i at norsk praksis bør endres på dette punktet, slik at det ikke anses urimelig som sådan å knytte støtte til veldedige formål direkte til omsetningsvolumet.

Det er imidlertid viktig å presisere at bru- ken av veldedige og miljømessige påstander i markedsføringen også kan falle inn under bestemmelsene om forbrukernes økonomiske interesser, da slike påstander ofte kan være egnet til å villede og å endre forbrukernes øko- nomiske adferd. Dette vil eksempelvis være til- fellet dersom det brukes uriktige påstander om hvor stor andel av inntektene som går til et vel- dedig formål.»

5.3.4 Departementets vurderinger

Ingen høringsinstanser har vært negative til høringsforslaget. Departementet legger etter dette til grunn at praksis endres, slik at det ikke lenger regnes som urimelig som sådan å knytte støtte til veldedige formål direkte til omsetningsvolumet. For øvrig vil veldedige og miljømessige påstander kunne vurderes opp mot de generelle bestemmel- sene i lovforslaget, herunder § 7 om villedende handlinger.

Ytterligere regulering av kjøpsutløsende dona- sjoner, som Frivillighet Norge foreslår, faller uten- for rammene for dette lovarbeidet.

6 Særlig om kjønnsdiskriminerende reklame

6.1 Bakgrunn

Bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame er nedfelt i markedsføringsloven § 1 annet ledd. Bestemmelsen kom inn i loven ved vedtakelsen av likestillingsloven i 1978 (lov 9. juni 1978 nr. 45). Bakgrunnen for bestemmelsen var at man ønsket at reklamen skulle fremme likestilling mellom kjønnene.

Lovbestemmelsen ble vurdert på ny av utvalget som gjennomgikk markedsføringsloven i NOU 1995:2. Dette resulterte i at bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame ble skjerpet i 1997. Som nevnt i punkt 5.2.1 ble bestemmelsen skjerpet også ved særlig påtrengende markedsføring.

Bestemmelsen i § 1 annet ledd er ikke utformet som et forbud, i motsetning til lovens øvrige paragrafer. Den pålegger annonsøren en plikt til å sørge for at reklamen ikke strider mot bestemmelsen. Ved håndhevingen skal Markedsrådet og Forbrukerombudet legge vekt på hensynet til likestilling mellom kjønnene og hvordan kvinner fremstilles, jf. lovens § 13 første ledd.

Bestemmelsen i § 1 annet ledd inneholder tre kriterier som hver for seg er tilstrekkelige til å felle en reklame som kjønnsdiskriminerende.

Annonsør og den som utformer reklamen skal for det første sørge for at reklame ikke er «i strid med likeverdet mellom kjønnene». Dette er bestemmelsens hovedprinsipp, og dette alternativet overlapper de to andre kriteriene. Annonsør og den som utformer reklame skal videre sørge for at reklamen ikke «utnytter det ene kjønns kropp». Reklamen skal heller ikke gi inntrykk av en «støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann». Bestemmelsen er bygget opp rundt rettslige standarder. Det må dermed vurderes konkret om reklame strider mot likeverdet eller er støtende, og håndhevingsmyndighetene må falle tilbake på det som er den alminnelige oppfatning.

Regulering av kjønnsdiskriminerende reklame er et eksempel på regulering begrunnet i andre hensyn enn økonomiske interesser. Bestemmelsen faller dermed åpenbart utenfor området som harmoniseres av direktivet om urimelig handelspraksis og kan videreføres etter at direktivet er gjennomført i norsk rett.

6.2 Høringsnotatet

I høringsnotatet ble det redegjort for praksis etter dagens bestemmelse om kjønnsdiskriminerende reklame. Departementet foreslo at bestemmelsen inntil videre opprettholdes. Det ble imidlertid opplyst at man tok sikte på å nedsette en arbeidsgruppe som vil se nærmere på bestemmelsens berettigelse, innhold og plassering. Departementet bad derfor om høringsinstansenes syn. Departementet skrev videre at det på sikt kan bli aktuelt å flytte bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame til likestillingsloven, samt å overføre tilsynet med bestemmelsen fra Forbrukerombudet til det nye Likestillings- og diskrimineringsombudet.

6.3 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser ga uttrykk for at de var negative til å videreføre dagens bestemmelse inntil videre. *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* og *Norges Kvinne- og Familieforbund* og *Coop Norge* støtter alle at bestemmelsen opprettholdes.

Enkelte høringsinstanser tok opp spørsmålet om det heller bør innføres en bestemmelse om likeverd på generelt grunnlag, i hvert fall at dette bør utredes nærmere. Dette gjelder bransjeorganisasjonene *Kreativt Forum*, *Norsk Direkte Markedsførings Forening* og *Norsk Postordreforening*.

6.4 Departementets vurderinger

Departementet fastholder forslaget fra høringsrunden om å opprettholde bestemmelsen inntil videre, jf. forslaget § 2 annet ledd. Det pågår for tiden et arbeid med en gjennomgang av diskrimineringsvernet i norsk lovgivning med sikte på en samlet lov om diskriminering. Spørsmålet om det bør innføres en bestemmelse om generelt likeverd i reklamen bør ses i sammenheng med dette arbeidet. Departementet vil derfor vurdere spørsmålet når diskrimineringslovutvalgets rapport foreligger.

7 Urimelig handelspraksis overfor forbrukere

7.1 Generalklausul – forbud mot urimelig handelspraksis

7.1.1 Innledning

Markedsføringsloven § 1 første ledd lyder:

«§ 1. Alminnelig bestemmelse.

I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk.»

Paragraf 1 første ledd omtales som lovens generalklausul og dens generelle utforming er i forarbeidene begrunnet med at fremgangsmåtene i konkurransen næringsdrivende imellom er så mange og skiftende at det vil være vanskelig å utforme spesialbestemmelser som skulle være dekkende for alle mulige tilfeller.

Den første delen av bestemmelsen beskytter næringsdrivendes interesser og foreslås videreført i næringsforhold, jf. omtale i proposisjonens kapittel 14 og forslag til § 25.

Videre forbyr handlinger som er «urimelige i forhold til forbrukere». Direktivet om urimelig handelspraksis inneholder et tilsvarende generelt forbud mot urimelige handlinger i artikkel 5. I det følgende redegjøres nærmere for gjeldende rett, direktivets bestemmelse og departementets forslag til gjennomføring i norsk rett.

7.1.2 Urimelig – forhold på den næringsdrivendes side

7.1.2.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende markedsføringslovs generalklausul er handlinger som er «urimelig i forhold til forbrukere eller for øvrig strider mot god markedsføringsskikk» forbudt i forbrukerforhold. Av forarbeidene til § 1 fremgår det at Markedsrådet må «gjøre seg opp sitt eget skjønn» om en handling urimelighet. Blant annet vil det ha betydning hva som anses som god forretningsskikk. Om urimelighetskriteriet har Markedsrådet uttalt at det er ment å gi uttrykk for en viss allmenn fordømmelse av handlingen fra den næringsdrivendes side. I uri-

melighetsvurderingen er det altså bygget inn en objektiv norm for næringsdrivendes handlemåte. Dersom en handling strider mot det som anses som normal praksis i en bransje, eksempelvis en fremforhandlet bransjenorm, vil dette være et argument for at den er urimelig overfor forbrukerne. Virkningen av den næringsdrivendes handling eller graden av påvirkning er imidlertid ikke nærmere utdypet i § 1.

7.1.2.2 Direktivets vilkår

Det første vilkåret i direktivet for at handelspraksis anses urimelig er at den næringsdrivende handler i strid med «yrkesmessig aktsomhet» jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav a. Vilkåret innebærer ikke at endring av forbrukernes atferd anses urimelig i seg selv, men at endringen må være resultat av at den næringsdrivende har handlet på en måte som kan karakteriseres som urimelig.

I artikkel 2 bokstav h er «yrkesmessig aktsomhet» definert som:

«den standard for kunnskap og hensyn som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å vise overfor forbrukerne, og som er i samsvar med hederlig markedspraksis og/eller det alminnelige prinsippet om god tro innenfor den næringsdrivendes virksomhetsområde».

All reklame har til hensikt å påvirke forbrukerens atferd, men det er bare når den næringsdrivende handler i strid med denne objektive standarden for yrkesmessig aktsomhet at reklamen kan være urimelig.

Henvisningen til en standard for kunnskap betyr ikke at det er krav om spesielle kvalifikasjoner hos næringsdrivende. Hvilke standarder og krav som stilles, kan blant annet variere fra bransje til bransje. Hva som er vanlig i en bransje, kan imidlertid heller ikke være avgjørende. Dette følger av henvisningen til hensyn (engelsk: «care») og til hva som «med rimelighet kan forventes». Subjektive forhold hos den næringsdrivende, som for eksempel at virksomheten er nystartet, vil ikke ha innvirkning på vurderingen av vedkommendes praksis overfor forbrukere. Dette følger også av at det er krav om en viss kunnskap (på engelsk «spe-

cial skill»), noe som innebærer at kunnskapene til den næringsdrivende kan forventes å ligge på et visst nivå og vurderes ut fra en objektiv standard. Henvisningen til hederlig markedspraksis og generelle prinsipper for god tro knytter direktivets definisjon opp til standarder som allerede finnes i de enkelte lands lovgivning.

7.1.2.3 Høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet et nytt forbud mot urimelig handelspraksis som tilsvarte direktivets. Til spørsmålet om begrepsbruk mente departementet at essensen i direktivets «yrkesmessig aktsomhet» ut fra definisjonen er det som i norsk terminologi kalles «god skikk». I de ulike «god skikk»-standardene i norsk lovgivning ligger det nettopp en objektiv vurdering av hvordan den aktuelle gruppen bør opptre. Departementet valgte å bruke betegnelsen «god markedsskikk overfor forbrukere» i høringsforslaget.

Departementet stilte spørsmål om begrepet bør defineres i loven. Å definere en rettslig standard er vanskelig ettersom det må foretas en konkret vurdering av mange ulike sider ved den næringsdrivendes atferd i en gitt situasjon. Direktivets definisjon inneholder til dels overlappende og ikke entydige begreper og bærer mer preg av å være en omtale enn en selvforklarende definisjon. Departementet antok at man ved å velge betegnelsen «god markedsskikk overfor forbrukere» vil oppnå samme grad av veiledning som ved å bruke direktivets definisjon. Departementet foreslo primært at det ikke tas inn en definisjon, alternativt at definisjonen kun inneholder den første delen av direktivets definisjon. Etter det departementet kunne se har den andre delen av definisjonen ingen selvstendig betydning.

7.1.2.4 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser var negative til at vilkåret om «god skikk» tas inn i loven.

Advokatforeningen støtter departementets forslag til terminologi. Etter det de forstår er begrepet dekkende for direktivet. Advokatforeningen mener begrepet ikke bør defineres fordi det er tale om en rettslig standard.

Forbrukerombudet er enig i at direktivets terminologi ikke er heldig, men mener at «god markedsskikk» heller ikke er heldig da det ligner for mye på «god markedsføringsskikk» som også var foreslått brukt i loven. Ombudet foreslår at man i stedet bruker betegnelsen «god skikk overfor forbrukere» eller «god forretningsskikk overfor forbru-

kere». Ombudet ønsker generelt ikke definisjoner i loven.

ANFO og *TV2* mener begge at loven bør inneholde en definisjon. *ANFO* mener definisjonen bør ligge så nær opp til direktivet som mulig, og peker særlig på at passusen «som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å utvise overfor forbrukerne» er viktig. *TV2* mener den foreslåtte definisjonen fremstår som svært vanskelig å forstå, både innholdsmessig og utformingsmessig. *TV2* foreslår følgende formulering: «den standarden som forbrukerne med rimelighet kan forvente hva gjelder handlinger og ferdigheter hos næringsdrivende på det aktuelle felt.»

7.1.2.5 Departementets vurderinger

Bestemmelsen som gjennomfører direktivets artikkel 5 må inneholde en nærmere kvalifisering av den næringsdrivendes handlemåte. Spørsmålet er i første rekke hvordan kravet skal formuleres. Departementet fastholder at det er tale om en «god skikk»-norm.

Begrepsbruk

Høringsforslaget var å bruke «god markedsskikk overfor forbrukere». Departementet er imidlertid enig med Forbrukerombudet i at dette kan være uheldig når man i en annen bestemmelse bruker god markedsføringsskikk. Begrepene er like og det kan virke forvirrende.

«God forretningsskikk»-begrepet er i gjeldende markedsføringslov reservert for forhold næringsdrivende imellom. Begrepet er brukt i flere andre lover, deriblant avtaleloven § 36, og refererer seg til vanlig oppfatning av forretningsskikk i vedkommende bransje eller område (jf. NOU 1979: 32 side 51 der tilsvarende begrep i avtaleloven § 36 beskrives). Grunnlaget for vurderingen er oppfatningen hos den jevne, fornuftige næringsdrivende. Domstolene må imidlertid selv foreta en rimelighetsvurdering av den forretningspraksis som påberopes og er således ikke bundet av hva som anses akseptabelt av bransjen.

Departementet foreslår å bruke betegnelsen «god forretningsskikk overfor forbrukere». Også i den danske gjennomføringen av direktivet og det svenske forslaget til ny lov er kravet om yrkesmessig aktsomhet formulert som en «god skikk»-norm. «God forretningsskikk» er godt kjent og gir dermed større veiledning til brukerne av loven enn betegnelsen som introduseres i direktivet. Departementet kan heller ikke se at det direktivet gir

anvisning på er noe annet enn et krav til god forretningsskikk.

Definisjon

Departementet foreslår at det ikke tas inn en definisjon av «god forretningsskikk overfor forbrukere» i loven. Rettslige standarder skal etter sin art være fleksible og kunne tilpasses den generelle samfunnsutviklingen. Definisjonen i direktivet bærer preg av dette ved at den er svært generell og gir lite konkret veiledning for skjønnsutøvelsen. I tillegg er den utformet for å ta opp i seg ulike lands rettstradisjoner og gir derfor heller ikke en helhetlig mening.

TV2 har i sin høringsuttalelse foreslått en forenklet definisjon der det er tatt inn en henvisning til hva forbrukerne kan forvente seg «på det aktuelle felt». Til dette vil departementet bemerke at det opprinnelige direktivforslaget inneholdt en henvisning til «normal praksis i vedkommende bransje», men denne ble tatt ut nettopp for å understreke at det er tale om en objektiv standard. En næringsdrivende skal ikke kunne gjemme seg bak at «ingen forventer noe annet av oss i denne bransjen».

Direktivets definisjon er sitert i merknadene til § 6 annet ledd.

7.1.3 Urimelig – påvirkning av forbrukernes beslutninger om en ytelse

7.1.3.1 Gjeldende rett

Forbudet i markedsføringsloven § 1 mot handlinger som er urimelige overfor forbrukere inneholder ikke noe uttrykkelig vilkår om endring av forbrukernes atferd. Det sentrale vurderingstemaet er likevel hvordan handlingene er egnet til å påvirke forbrukerne. I §§ 2 og 3 er det et vilkår at en fremstilling «er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer og tjenester». Ved anvendelsen av §§ 2 og 3 vil Markedsrådet ofte fastslå at vilkåret om at et tiltak skal være egnet til å påvirke etterspørselen etter en vare eller tjeneste er oppfylt uten en nærmere drøftelse. Det stilles ikke særlig strenge krav for at kravet om påvirkning av forbrukerne er oppfylt.

I urimelighetskriteriet i § 1 ligger det en forutsetning om at den aktuelle handlingen ikke er av bagatellmessig betydning. Det må foreligge en viss grad av urimelighet, og det er ikke tilstrekkelig at det kan tenkes rimeligere praksis. At loven ikke rammer ethvert avvik fra det rimelige og at en terskelhøyde må overstiges før et forbud kan nedlegges, ble understreket av Høyesterett i en straffesak etter § 3, inntatt som Rt. 1982 side 1062.

7.1.3.2 Direktivets vilkår

For at en handling skal anses urimelig etter direktivet må den «vesentlig endre eller være egnet til å vesentlig endre forbrukernes økonomiske atferd». Kravet må ses i sammenheng med at direktivet kun beskytter forbrukernes økonomiske interesser.

I artikkel 2 bokstav e er vilkåret «vesentlig endring av forbrukernes økonomiske atferd» definert slik:

«bruk av en handelspraksis som merkbart reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning, og dermed får forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet».

«Transaksjonsbeslutning» er definert i direktivet artikkel 2 bokstav k:

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

Forbrukerens evne til å ta en informert beslutning skal altså reduseres merkbart som følge av en handling eller praksis fra den næringsdrivende for at praksisen skal anses egnet til å endre atferden. En gjennomgang av direktivets eksempler viser at man tenker seg at dette skjer blant annet ved at forbrukeren gis uriktig informasjon, ingen informasjon, eller et feilaktig inntrykk av situasjonen, produktet, den næringsdrivende eller sine rettigheter.

Kravet til merkbart (engelsk: appreciably) redusert beslutningsevne angir en viss terskelhøyde. I EU-kommisjonens opprinnelige forslag til direktiv var kravet at evnen skulle reduseres betydelig (engelsk: significantly), men dette ble endret fordi en rekke land mente den opprinnelige ordlyden var for streng sett fra et forbrukerbeskyttelses-synspunkt.

Følgen av den reduserte beslutningsevnen skal være at forbrukeren tar en beslutning som hun eller han ellers ikke ville ha tatt med hensyn til ytelsen. Det understrekes dermed at ikke ethvert avvik fra god forretningsskikk fra den næringsdrivendes side vil være urimelig. Dersom avviket kun har bagatellmessig betydning for forbrukerne, vil praksisen i utgangspunktet heller ikke være egnet til å endre deres økonomiske atferd, og det er heller ikke noe behov for å gripe inn mot handlingen.

Samtidig er det ikke et krav at det faktisk skjer en vesentlig endring for at handlingen er urimelig.

Det stilles bare krav om at praksisen er *egnet til* å vesentlig endre atferden. Her vises til fortalens punkt 6 om at direktivet beskytter forbrukerne mot handelspraksis som direkte skader forbrukernes økonomiske interesser når disse er vesentlige, selv om «virkningen for forbrukerne i enkelte tilfeller er ubetydelig». Videre vises til direktivets artikkel 12 nr. 2 der det er fastslått at håndhevingsmyndighetene skal ha myndighet til å treffe vedtak også «uten bevis for faktisk skade eller tap, eller forsett eller uaktsomhet fra den næringsdrivendes side».

7.1.3.3 Forslag i høringsnotatet

Departementet foreslo at også vilkåret i direktivet om endring av forbrukernes økonomiske atferd tas inn i den nye generalklausulen.

Utgangspunktet for drøftelsen var at direktivets test på om næringsdrivendes handlinger er urimelige er om de er egnet til å forårsake at forbrukere tar en transaksjonsbeslutning de ellers ikke ville ha tatt. Videre ga departementet uttrykk for at det er samme test som skal gjøres etter artikkel 5, 6, 7 og 8 selv om den er ulikt formulert i bestemmelsene.

Det ble deretter vurdert hvordan denne testen burde tas inn i lovteksten. Departementet mente det bør fremgå direkte av loven at samme vilkår skal oppfylles i alle bestemmelser. «Transaksjonsbeslutning» ble ansett som et tungt og fremmed begrep som ville gjøre lovteksten mindre tilgjengelig. Det sentrale var etter departementets mening at det fremgår av lovteksten at den næringsdrivendes handlinger har betydning for forbrukernes atferd, slik at atferden endres.

Departementet foreslo derfor som alternativ til direktivets løsning at termen «endring av økonomisk atferd» brukes i alle bestemmelsene, også der direktivets vilkår er at forbrukernes transaksjonsbeslutninger påvirkes.

Hva som ligger i direktivets krav om en *vesentlig* endring av den økonomiske atferden ble diskutert. Definisjonen stiller kun krav om at forbrukerne gjør noe de ellers ikke ville ha gjort. Departementet mente det som kvalifiserer handlingen som urimelig er hva den næringsdrivende gjør for å påvirke, og ikke hvor stor endring i forbrukerens atferd den er egnet til å skape. Det ville derfor være for strengt å kreve at endringen i økonomisk atferd er vesentlig. Samtidig bør det understrekes at det er krav om en viss endring. Departementet foreslo derfor at lovens vilkår for urimelighet var at handelspraksisen skal være egnet til å «*merkbart* endre forbrukernes økonomiske atferd».

7.1.3.4 Høringsinstansenes syn

Forbrukerombudet støtter departementets uttalelser om at direktivet ikke er ment å ramme enhver påvirkning av forbrukeres handlemåte, men at kravene som stilles ikke vil være veldig strenge. Begrepet «egnet til merkbart å endre forbrukerens økonomiske atferd» ville, slik ombudet ser det, derfor være dekkende. Ombudet støtter også forslaget om å bruke samme formulering i alle bestemmelser og viser til at en mer direkte oversettelse av direktivet her vil være forvirrende, ettersom man da ville operere med ulike begreper (henholdsvis «endring av økonomisk adferd» og «påvirke til å treffe en transaksjonsbeslutning») som må forstås som samme test. «Transaksjonsbeslutning» er også et tungt og fremmed begrep som er lite egnet i en norsk lov.

Ombudet påpeker videre at det er viktig at det understrekes i forarbeidene at vilkåret kun stiller krav om at praksisen er *egnet til* å endre atferden, og at kravet kan være oppfylt også der man ikke har konkrete holdepunkter for at forbrukeres handlemåte faktisk er blitt endret. Den motsatte oppfatningen er med jevne mellomrom blitt påberopt av næringsdrivende når det gjelder vilkåret «egnet til å påvirke etterspørselen» i dagens § 2, og det er ikke usannsynlig at dette i enda større grad vil kunne bli brukt som argument med den nye ordlyden. Med en presisering i forarbeidene mener ombudet man vil kunne unngå unødige diskusjoner på dette punkt.

ANFO mener forslaget som ligger nærmest direktivet er best egnet til å ivareta nyansene i direktivets ordlyd, og viser som eksempel til at atferden må påvirkes slik at forbrukeren foretar eller avstår fra å foreta en disposisjon/transaksjon.

Justisdepartementet, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Advokatforeningen har merknader til forslaget om å bruke «merkbart endre» i stedet for «vesentlig endre». De mener dette er en utvidelse av direktivets virkeområde som står i motstrid til direktivet selv. NHO påpeker at når direktivet bruker «merkbart» i definisjonen av vesentlig endring, er adjektivet relatert til forbrukerens «evne til å treffe en informert beslutning». Kriteriet «vesentlig endrer» i artikkel 5 nr. 2 litra b gjelder konsekvensen av denne merkbart endrede evnen – og denne konsekvensen skal altså kvalifisere som vesentlig. Justisdepartementet uttaler at det på dette punktet virker som Barne- og likestillingsdepartementet stiller seg nokså fritt til direktivets ordlyd og at:

«Selv om det nok kan diskuteres hva som nærmere ligger i direktivets vesentlighetskrav, kan vi ikke se at det er adgang til å fravike direktivets løsning på dette punktet, jf. at direktivet er totalharmoniserende.»

Advokatforeningen støtter at det ikke inntas noen definisjon av vesentlig endring av atferd eller transaksjonsbeslutning, men uttaler at bruken av begrepet «merkbart» istedenfor «vesentlig» etter foreningens oppfatning medfører at begrepet «urimelig handelspraksis» får et videre anvendelsesområde enn det som følger av direktivet. Dette strider etter Advokatforeningens oppfatning mot direktivet.

7.1.3.5 Departementets vurderinger

Direktivets artikkel 5 har fått en utforming som gir begrenset veiledning om hvilke krav som egentlig stilles til påvirkning av forbrukere for at en handelspraksis kan anses som urimelig. Departementet er derfor kommet til at lovteksten på dette punktet i utgangspunktet bør bruke direktivets formuleringer, jf. forslagets § 6 annet ledd. I de spesielle merknadene er det vist til direktivets definisjoner.

Det er uklart hvilken praktisk betydning det er tenkt å ha at kravet til påvirkning av forbrukernes beslutninger har fått ulik utforming i direktivets artikkel 5 og i artiklene 6 til 8. Felles for alle bestemmelsene er imidlertid at en handelspraksis av ulike årsaker skal være egnet til å få forbrukerne til å treffe en beslutning de ellers ikke ville ha truffet. Dette er da også et sentralt vurderings tema når man skal fastslå om næringsdrivendes handlinger er urimelige overfor forbrukerne, og det er etter departementets oppfatning viktig at dette fremgår klart av loven. For å gi et klart bilde av hva slags handlinger den generelle bestemmelsen i § 6 annet ledd er ment å ramme, foreslår departementet derfor på dette punktet et tillegg til direktivets formulering. I forslagets §§ 7, 8 og 9 er vilkåret om påvirkning av forbrukernes beslutninger gitt en utforming som tilsvarer direktivets.

Det vil være opp til håndhevingsmyndighetene å fastlegge det nærmere innholdet av kravet om at en handelspraksis er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden.

Det er ikke et vilkår for urimelighet at det faktisk tas en beslutning om en ytelse som en forbruker ellers ikke ville ha tatt. Det stilles bare krav om at praksisen er *egnet til* å medføre en slik endring.

Utgangspunktet for vurderingen er hvordan praksisen er egnet til å påvirke en gjennomsnittlig

forbruker som praksisen når fram til. Dersom praksisen er rettet mot en gruppe forbrukere, vil det være påvirkningskraften på et gjennomsnittlig medlem av gruppen som er målestokken. I tillegg må det tas høyde for om praksisen er egnet til å påvirke særlig sårbare grupper. Dette følger av forslagets § 6 tredje ledd. Det vises til omtalen i punkt 4.4.3.3 og merknadene til § 6.

7.1.4 Særlig om overdrevne påstander

7.1.4.1 Direktivet og gjeldende rett

I artikkel 5 nr. 3 siste setning er det presisert at beskyttelsen av sårbare grupper ikke berører vanlig og rettmessig reklamepraksis der det framsettes overdrevne påstander eller påstander som ikke er ment å oppfattes bokstavelig. Særlig sårbare grupper som nevnt i artikkel 5 nr. 3 kan lett oppfatte utsagn bokstavelig, og det kan se ut som om denne setningen undergraver den ekstrabeskyttelsen bestemmelsen var ment å gi.

Representanter for EU-kommisjonen har nevnt som eksempler på påstander som var bakgrunnen for at setningen ble tatt inn i artikkel 5 nr. 3: «Brusen som får deg til å sveve», «Vasker hvitere enn hvitt» og «Bukser som varer evig» osv. Alle er utsagn som ikke kan være sanne og heller ikke vil bli oppfattet slik.

At slike åpenbare overdrivelser er spesielt nevnt i sammenheng med bestemmelsen om sårbare grupper betyr ikke at direktivet pålegger medlemsstatene å tillate enhver «åpenbar overdrivelse». Overdrivelser som også er egnet til å vildele gjennomsnittsforkbrukere kan uansett ikke forsvares under henvisning til at de ikke var ment å tas bokstavelig. Åpenbare overdrivelser av typen som er nevnt over, vil imidlertid kunne vildele sårbare grupper. Spørsmålet om denne villedningen utgjør en urimelig handelspraksis må antakelig vurderes konkret.

Også etter gjeldende rett vil slike overdrevne påstander vurderes ut fra målgruppe og ikke om den næringsdrivende har ment utsagnet bokstavelig eller ikke.

7.1.4.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet la i høringsnotatet til grunn at direktivets presisering først og fremst er ment som en veiledning til myndigheter, og foreslo at den ikke tas inn i loven.

Flere *høringsinstanser* har merknader til dette. *Egmont* mener det kan være nyttig å presisere at de særlige reglene om markedsføring rettet mot barn ikke forbyr alminnelig reklamepraksis med

overdrevne uttalelser eller uttalelser som ikke er beregnet til å bli oppfattet bokstavelig. *Den norske Forleggerforening* uttaler at den har vanskelig for å forstå hvorfor unntaket for åpenbare overdrivelser ikke er inntatt i lovforslaget, all den tid en slik åpenbar overdrivelse ikke er egnet til å vilde en gjennomsnittsførbriker, nettopp fordi den er åpenbar.

7.1.4.3 Departementets vurderinger

Departementet er etter en ny vurdering kommet til at direktivets presisering bør tas inn i loven. Som det fremgår ovenfor, må det uansett foretas en konkret vurdering også av overdrevne påstander. Det er ikke tale om et unntak, men om en presisering av forholdet til sårbare gruppers godtroenhet.

7.1.5 Forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelsene om villedende og aggressiv praksis

7.1.5.1 Direktivet

Systematisk er direktivet bygget opp slik at forbudet mot urimelig handelspraksis står i artikkel 5, mens artiklene 6, 7 og 8 er særbestemmelser om typetilfeller av urimelig praksis. Bestemmelsene om villedende og aggressiv praksis står på egne ben og man trenger ikke å vurdere om vilkårene i artikkel 5 nr. 2 er oppfylt. Også andre handlinger enn de som rammes av artiklene 6 til 8 kan være urimelige. Dette følger av artikkel 5 nr. 4 der det står at «særlig» villedende og aggressiv praksis er urimelig. På denne måten understrekes det at artikkel 5 nr. 2 skal ha en selvstendig rolle ut over spesialtilfellene.

7.1.5.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet foreslo i høringsnotatet at direktivets system gjennomføres i loven.

Ingen *høringsinstanser* har merknader til dette. *Justisdepartementet* påpeker at ettersom det er tale om et totalharmoniseringsdirektiv, bør direktivets oppbygging gjenspeiles i loven.

7.1.5.3 Departementets vurderinger

Departementet foreslår at lovens alminnelige bestemmelse om urimelig handelspraksis på samme måte som direktivet artikkel 5 nr. 4 inneholder en henvisning til bestemmelsene om villedende og aggressiv praksis. Det vises til forslaget § 6 fjerde ledd og merknadene til bestemmelsen.

7.2 Handlinger som alltid er urimelige – «svartelisten»

7.2.1 Direktivet og gjeldende rett

I artikkel 5 nr. 5 slås det fast at handlinger som er oppført i direktivets bilag 1, er urimelige i seg selv. Bilag 1, omtalt som «svartelisten», inneholder en katalog på 31 punkter som angir former for handelspraksis som alltid er urimelige. Det er ikke nødvendig å vurdere om de generelle vilkårene i artiklene 5 til 8 er oppfylt for å fastslå at de handlingene som er tatt inn i denne katalogen er ulovlige. Listen er uttømmende og kan ikke suppleres av medlemsstatene. For handlinger som *ikke* står på listen må eventuell lovstrid i hvert enkelt tilfelle vurderes etter de generelle reglene.

I gjeldende regelverk fins det ingen tilsvarende liste over handlinger som alltid vil være ulovlige. Noen punkter på svartelisten er allerede uttrykkelig forbudt i norsk lov. En stor del av handlingene som er beskrevet i listen, vil stride mot gjeldende markedsføringslovs generelle bestemmelser, og slike handlinger har også blitt forbudt av Markedsrådet og Forbrukerombudet. Andre punkter er det vanskeligere å finne motstykker til i gjeldende rett.

7.2.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet foreslo i høringsnotatet at listen ikke tas inn i loven, men at den tas inn i en forskrift og dermed får en klar tilknytning til loven. Listen er lang og detaljert og passer dårlig inn i loven.

Ingen *høringsinstanser* hadde innvendinger til departementets forslag.

7.2.3 Departementets vurderinger

Etter det departementet kjenner til, tar de fleste land sikte på å gjennomføre listen som den er, enten som et vedlegg eller som en forskrift. De øvrige nordiske landene har valgt denne løsningen. Enkelte land tar bestemmelsene inn i lovtekst som eksemplifisering av bestemmelsene om villedning og aggressiv praksis.

Departementet foreslår at svartelisten inntas i en forskrift som hjemles i § 6, jf. forslag til § 6 femte ledd og merknadene til denne bestemmelsen. Det kan innvendes at det er uheldig å ta listen inn i en forskrift når det er knyttet strenge sanksjoner til overtredelse av de enkelte punktene, jf. punkt 15.9.6 og 15.9.7 om overtredelsesgebyr. Listen inneholder likevel mange punkter som det ikke vil være naturlig å ta inn i lovteksten. Det er i tillegg

viktig at det ikke skapes et inntrykk av at bare handlinger som står på listen er forbudt. Det er lovens generelle bestemmelser som antagelig vil være mest sentrale ved håndhevingen av loven, og departementet mener også det vil være en fordel om listen presenteres samlet.

Forskriftens forbud vil formuleres slik de er formulert i direktivets bilag. Det vil kun gjøres samme språklige tilpasninger som i loven, eksempelvis vil «produkt» erstattes med «ytelse». Videre vil enkelte punkter på listen utgå. Dette gjelder punkt 14 på svartelisten (pyramidespill mv.) som er gjennomført i lotteriloven § 16 og håndheves av Lotteritilsynet. Departementet ser ingen grunn til at bestemmelsen også skal inntas i forskriften. Videre foreslås listens punkt 28 om direkte kjøpsoppfordringer til barn inntatt i loven § 20 annet ledd, jf. punkt 8.9.3. Dette forbudet vil derfor heller ikke bli inntatt i forskriften.

7.3 Villedende handlinger

7.3.1 Gjeldende rett og direktivet

Det er et grunnleggende prinsipp at de fremstillinger næringsdrivende gir for å fremme sin virksomhet, ikke skal være villedende. Prinsippet kommer til uttrykk i gjeldende markedsføringslov § 2 som var en videreføring og utvidelse av bestemmelser om villedning i konkurranseloven fra 1922. Bestemmelsen er generelt utformet og gjelder enhver uriktig eller villedende fremstilling eller annen fremgangsmåte. Det foreligger en omfattende praksis. EUs direktiv 84/450/EØF om villedende og sammenlignende reklame er gjennomført i norsk rett ved denne bestemmelsen.

Direktivet om urimelig handelspraksis erstatter direktivet om villedende reklame der forbrukerinteresser blir berørt. I direktivet artikkel 5 nr. 4 slås det fast at villedende handelspraksis er urimelig og dermed forbudt etter artikkel 5 nr. 1.

Etter artikkel 6 nr. 1 foreligger det for det første villedning dersom en handelspraksis inneholder uriktige opplysninger. Konkrete opplysninger om for eksempel pris, spesifikasjoner og testresultater som gis i reklame eller andre sammenhenger skal være korrekte. I henhold til artikkel 12 skal det kunne kreves dokumentasjon fra den næringsdrivende på riktigheten av faktiske påstander som er fremsatt i forbindelse med en handelspraksis.

Den andre kategorien villedning omfatter tilfeller der opplysningene som gis i og for seg er riktige, men der fremstillingen av andre grunner er egnet til å villeder, jf. artikkel 6 nr. 1 annet alternativ. Et eksempel kan være at det i markedsføring foku-

seres for sterkt på ett element ved tilbudet, slik at tilbudet totalt sett virker mer fordelaktig enn det egentlig er. Bestemmelsen inneholder videre en liste over de elementene ved fremstillingen som er relevante for vurderingen av om den er villedende. Listen er etter sin ordlyd uttømmende, men på enkelte punkter er det rom for utfylling slik at også andre elementer enn de opplistede kan tas i betraktning. Direktivet gir ingen indikasjon på at spesielle elementer bevisst er utelatt fra listen for at villedningsvurderingen skal avgrenses mot disse. I praksis vil listen dekke de aller fleste sider ved en fremstilling av en vare, tjeneste eller annen ytelse.

Om en handelspraksis er villedende skal vurderes ut fra helhetsinntrykket som skapes hos mottakeren. Dette følger også av EF-domstolens praksis rundt «gjennomsnittsfbrukeren», jf. punkt 4.4.3.3. Ved vurderingen av om ulike nasjonale forbud eller krav anses villedende legger domstolen blant annet vekt på hvordan en gjennomsnittsfbruker vil oppfatte et utsagn eller annen fremstilling.

Det er videre et vilkår for at en uriktig eller for øvrig villedende påstand skal anses som urimelig at den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe transaksjonsbeslutninger de ellers ikke ville ha truffet.

7.3.2 Forslag i høringsnotatet

Departementet konstaterte i høringsnotatet at artikkel 6 innholdsmessig ligger svært nær opp til gjeldende markedsføringslov § 2 selv om utformingen er forskjellig. Begge inneholder et krav om at villedningen skal være egnet til å påvirke økonomiske beslutninger. Det er også vanskelig å se konkrete eksempler på villedning som ikke hører inn under ett av de oppregnede elementene i artikkel 6 nr. 1.

Departementet vurderte om man kan videreføre dagens løsning med en generell villedningsbestemmelse uten ytterligere konkretisering i form av en liste. Departementet foreslo en bestemmelse med en liste. Det ble imidlertid foreslått en oppregning av villedningselementer som var mindre detaljert enn direktivets og som var innledet med ordene «blant annet» for å vise at oppregningen ikke var uttømmende. Som alternativ ble en fullstendig liste tatt inn i høringsutkastet.

7.3.3 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser har merknader til at direktivets artikkel 6 i hovedsak tilsvare gjeldende

norsk rett. *Forbrukerombudet* uttaler at han er enig i departementets vurdering.

Høringsinstansene er igjen delt i synet på hvordan lovteksten bør utformes. Av de som konkret kommenterer dette punktet mener *Annonseforbundet (ANFO)* og *Telenor* at direktivets liste i artikkel 6 er uttømmende og bør gjengis i sin helhet i lovteksten, og viser til hensynet til harmonisering og forutberegnelighet. *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* ser ut til i utgangspunktet å støtte forslaget til en forenkling av direktivets liste over villedningselementer, men kommenterer forslaget om å innlede listen med «blant annet». NHO mener man på denne måten går ut over det direktivet hjemler. *Forbrukerombudet* mener på sin side at det ikke bør være noen liste i loven. Ombudet ønsker en generell bestemmelse som i dag, og at listen tas inn i forarbeidene til bestemmelsen.

7.3.4 Departementets vurderinger

Departementets forslag inneholder to bestemmelser om villedende fremstillinger mv.

I forslaget § 7 er det inntatt en bestemmelse om villedende handelspraksis som skal beskytte *forbrukernes* interesser.

Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 6 og er å anse som en videreføring av gjeldende forbud mot uriktig eller villedende framstilling innenfor rammene direktivet setter.

Når det gjelder spørsmålet om den nærmere utformingen av bestemmelsen, foreslår departementet at direktivets liste over villedningselementer inntas slik den står i direktivet, men i forkortet form. Som nevnt ovenfor legger departementet til grunn at innholdet i dagens villedningsforbud og direktivets forbud er det samme. Selv om det har vært uproblematisk med en generell bestemmelse uten liste fram til nå, er situasjonen blitt en annen fordi bestemmelsen gjennomfører et totalharmoniseringsdirektiv med en uttømmende liste som i tillegg er ganske utfyllende med en rekke eksemplifiseringer.

En mer detaljert lovtekst gir bedre forutberegnelighet og veiledning med hensyn til løsning av konkrete problemstillinger. Flere steder i lovforslaget for øvrig er det tatt inn mer detaljerte bestemmelser for å gi bedre veiledning til brukerne av loven.

I forslaget er direktivets liste med hovedkategorier inntatt, mens noen av eksemplifiseringene er tatt inn i de spesielle merknadene til § 7.

I forslaget § 26 er dagens § 2 første ledd om villedende fremstillinger og fjerde ledd som gir

hjemmel til en forskrift om sammenlignende reklame, videreført til beskyttelse av *næringsdrivendes* interesser. Bestemmelsen er å anse som gjennomføring av direktiv 2006/114/EF om villedende og sammenlignende reklame, som er den kodifiserte versjonen av direktiv 84/450/EØF om villedende reklame med senere endringer. Gjeldende § 2 annet og tredje ledd som beskytter forbrukerinteresser, videreføres ikke, men blir dekket av forslaget § 7 og 8.

7.4 Villedende utelatelser

7.4.1 Villedende utelatelser

7.4.1.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 3 forbyr fremstillinger som gir utilstrekkelig veiledning og bygger på det syn at næringsdrivende i sin salgsvirksomhet mv. ikke bare skal unngå villedning, men etter omstendighetene også ha en viss veiledningsplikt. Forbudet er ment å sikre at mottaker av reklame eller annen fremstilling skal kunne danne seg et klart og riktig bilde av tilbudet fra den næringsdrivende. Enhver unnlattelse av å gi opplysninger i reklamen rammes ikke. Det er et tilleggskrav at unnlattelsen er urimelig. Bestemmelsen har særlig vært brukt ved postordresalg der begrensninger i tilbudet ikke har fremkommet tilstrekkelig klart. Her har forbrukeren større behov for opplysninger i annonsen, ettersom den er det eneste holdepunktet for å vurdere den næringsdrivendes tilbud.

Paragraf 3 er også sentral når det gjelder krav om korrekte og fullstendige opplysninger om pris, her brukes ofte også § 2. Næringsdrivende skal oppgi fullstendige priser, prisen skal som hovedregel inkludere mva. og andre aktuelle avgifter. Markedsrådet har forbudt virksomheter å fokusere på svært lav pris på en vare hvis det er en forutsetning for å kjøpe varen at det inngås en abonnementsavtale. I disse tilfellene må det opplyses om totalprisen i markedsføringen. Det er også et vilkår etter § 3 at utelattelsen er egnet til å påvirke tilbud eller etterspørsel.

Oftest er markedsføring også villedende når forbrukerne ikke får forsvarlig eller tilstrekkelig veiledning og §§ 2 og 3 overlapper hverandre derfor til en viss grad.

7.4.1.2 Direktivet

Direktivets artikkel 7 gjelder villedning som følger av at forbrukeren ikke får de opplysningene som er nødvendige for å ta en informert beslutning. Det er et vilkår at dette påvirker eller er egnet til å påvirke

forbrukeren til å ta en transaksjonsbeslutning han eller hun ellers ikke ville ha tatt, jf. artikkel 7 nr. 1.

I artikkel 7 nr. 2 presiseres at begrepet utelatelse også omfatter tilfeller der en næringsdrivende faktisk gir opplysningene, men skjuler eller presenterer dem på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte. Den næringsdrivende pålegges altså indirekte å gi forbrukeren alle nødvendige opplysninger uten at det stilles opp noen positiv opplysningsplikt. I artikkel 7 nr. 5 er det slått fast at opplysninger som skal gis forbrukerne i henhold til annet regelverk, alltid skal anses som vesentlige.

Enkelte medier er lite egnet til å formidle omfattende budskap men samtidig godt egnet som reklamemedium, som for eksempel TV-reklame. Artikkel 7 nr. 3 fastslår at det ved vurderingen av om vesentlige opplysninger er utelatt skal tas hensyn til kommunikasjonsmediets plass- eller tidsmessige begrensninger og til den næringsdrivendes tiltak for å gi forbrukerne opplysninger på annen måte.

Der det er brukt et slikt begrenset medium skal det tas hensyn til hva den næringsdrivende har gjort for å gjøre informasjonen tilgjengelig for forbrukerne på annen måte. Utgangspunktet er at eventuelle informasjonstiltak skal tas med i betraktningen ved tilsynsmyndighetens vurdering.

Formålet med artikkel 7 er å hindre at forbrukerne villedes og forhindres fra å gjøre informerte og dermed effektive valg, jf. fortalens punkt 14. Dersom en utelatelse er egnet til å medføre at forbrukerne tar beslutninger de ellers ikke ville ha tatt, vil ikke begrensninger i kommunikasjonsmediet fritta den næringsdrivende fra plikten til å opplyse eksempelvis om vesentlige begrensninger i tilbudet. Her som ellers vil det måtte foretas en konkret vurdering. Artikkel 7 nr. 3 gir dermed neppe grunnlag for å velge et reklamemedium som er plass-/tidsmessig begrenset for å «slippe unna» med å gi mangelfull informasjon om sine tilbud.

7.4.1.3 Høringsnotatet

Departementet antok i høringsnotatet at Forbrukerombudet og Markedsrådets praksis etter gjeldende markedsføringslov for en stor del bygger på samme elementer som direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2. Gjeldende § 3 første ledd ble foreslått videreført i næringsforhold, og det ble foreslått ny regulering i forbrukerforhold. Departementet foreslo at artikkel 7 nr. 1 og nr. 2 sammenskrives eventuelt også tas inn i samme bestemmelse som regelen om villedende handlinger. Artikkel 7 nr. 3 gir retningslinjer for forståelsen av henvisningen til kommuni-

kasjonsmediet som er tatt inn i artikkel 7 nr. 1. Den retter seg i hovedsak til håndhevere av loven. Departementet antok likevel at den har informasjonsverdi også for andre brukere av loven, etter som den opplyser at det skal tillegges vekt om den næringsdrivende har foretatt seg noe for å motvirke ulemper ved bruk av det aktuelle kommunikasjonsmediet. Departementet foreslo derfor at en henvisning til betydningen av kommunikasjonsmediet også tas inn i loven.

7.4.1.4 Høringsinstansenes syn

Både *Justisdepartementet*, *ANFO*, *Telenor* og *Forbrukerombudet* går med ulik begrunnelse inn for at reguleringen av villedende utelatelser inntas som en egen bestemmelse. *Justisdepartementet* påpeker at villedende utelatelser er en hovedform for urimelig handelspraksis, og at dette bør gå klart frem også av den norske lovteksten. *ANFO* mener at en synliggjøring av forskjellene mellom handling og unnlattelse vil forenkle anvendelsen av loven. *ANFO* støtter også at det tas inn en henvisning til betydning av kommunikasjonsmedium. *Telenor* viser særlig til artikkel 7 nr. 3 og mener det er positivt at informasjonstiltak som er gjort et annet sted enn i den konkrete reklamen skal tas med i en vurdering av tiltakets lovlighet. *Telenor* uttaler videre:

« *Telenor* forstår med dette at det innføres en viss oppmyking i forhold til de relativt rigide kravene til informasjon til for eksempel prisreklame som gjøres gjeldende overfor norske annonsører i det norske markedet i dag. (...)»

Telenor forstår med dette at en komplett prisoversikt for for eksempel en ekomtjeneste med mange variable kostnader ikke nødvendigvis lenger vil være krevd i selve mediet, men at det må påses at tilbudet er representativt og ikke «langt mer fordelaktig» enn hva det i virkeligheten er. En oppfordring til forbrukerne til å gå til leverandørens hjemmeside for å få nærmere opplysninger, herunder prisinformasjon om tilbudet, kan da gjøres i det aktuelle medium.

Telenor ser positivt på at man, ved bruk av et sterkt, men begrenset medium, skal legge vekt på hva annonsør har gjort i tillegg for å motvirke eventuelle ulemper ved bruk av slike media. *Telenor* er også enig i en slik oppmyking grunnet at det i dag brukes mye ressurser for å etterleve meget strenge krav som har som konsekvens at disse mediene langt på vei ikke fungerer optimalt som bærere av et fornuftig markedsbudskap.»

Forbrukerombudet uttaler på sin side:

«Når det gjelder plikten til å ta hensyn til begrensningene i kommunikasjonsmediet og eventuelle tiltak fra den næringsdrivende for å gjøre opplysningene tilgjengelige, uttaler departementet for øvrig at «det vil være forskjell på en ren henvisning til en internettside og en oppfordring til å gå inn på en internettside for å få opplyst om nærmere angitte begrensninger». Etter min vurdering tar departementet her et litt for konkret standpunkt. I mange tilfeller vil ikke en oppfordring til å gå inn på en internettside kunne oppveie mangelfulle opplysninger, og det vil også kunne være glidende overganger mellom hva som vil være en henvisning og hva som vil være en oppfordring. I forarbeidene bør det derfor i større grad åpnes for at det kan være nyanser i denne vurderingen, slik at det ikke legges for store føringer på den konkrete helhetsvurdering som tross alt må finne sted.»

7.4.1.5 Departementets vurderinger

Departementets forslag inneholder to bestemmelser om villedende utelatelser.

I forslaget kapittel 2 er det i § 8 inntatt en bestemmelse om villedende utelatelser som skal beskytte *forbrukernes* interesser. Slik praksis vil være urimelig og dermed forbudt dersom den er egnet til å påvirke forbrukeres beslutninger om en ytelse, jf. forslag til § 6 fjerde ledd.

Forslaget § 8 første ledd er en gjennomføring av direktivets artikkel 7 nr. 1, deler av nr. 2 og nr. 3. Å utelate opplysninger om kommersielt formål med en handelspraksis vil stride mot den generelle plikten til å la markedsføring fremstå som markedsføring, jf. forslaget til § 3 første ledd. Det foreslås derfor ikke en bestemmelse om villedende utelatelse av opplysninger om kommersielt formål.

Paragraf 8 må anses som en videreføring av gjeldende forbud mot uriktig eller villedende framstilling selv om det kan knytte seg en viss usikkerhet til om rekkevidden er den samme. I denne sammenheng kan blant annet vises til at gjeldende § 3 oppstiller urimelighet som et tilleggsvilkår til at etterspørselen påvirkes. Etter direktivet er en utelatelse å anse som urimelig hvis den er egnet til å påvirke forbrukeres beslutninger om en ytelse. Direktivet inneholder på sin side en uttrykkelig henvisning til betydningen av kommunikasjonsmedium som ikke finnes i gjeldende lov.

I forslaget er villedende utelatelser skilt ut i en egen bestemmelse. Dersom utelatelsen består i at opplysninger blir gitt på en uklar måte, vil praksisen også kunne vurderes som villedende etter forslaget § 7.

Når det gjelder spørsmålet om betydningen av kommunikasjonsmedium, er departementet enig med Forbrukerombudet i at det her er tale om en totalvurdering som skal foretas av håndhevingsmyndighetene. Utgangspunktet vil alltid være at forbrukerne ikke skal villedes. Eksemplet i høringsnotatet ble brukt for å vise at den næringsdrivende kan gi informasjon på ulike måter, ikke for å legge føringer på hvordan disse fremgangsmåtene skal vurderes i et konkret tilfelle. Hvor grensene skal trekkes etter den nye bestemmelsen vil være opp til håndhevingsmyndighetene å avgjøre. For øvrig vises det til forslag til § 8 og merknadene til bestemmelsen.

I forslaget § 27 er gjeldende § 3 første ledd videreført til beskyttelse av *næringsdrivendes* interesser. Gjeldende § 3 annet ledd beskytter forbrukerinteresser og foreslås ikke videreført i næringsforhold.

7.4.2 Særlig om «oppfordring til kjøp»

7.4.2.1 Direktivet

I artikkel 7 nr. 4 utdypes hva som skal anses som «vesentlig informasjon» som det vil være villedende å utelate når den næringsdrivende har kommet med en oppfordring til kjøp. Dette gjelder ikke der opplysningene går frem av sammenhengen. I direktivets fortale punkt 14 er bestemmelsen omtalt:

«Når det gjelder utelatelser, definerer dette direktiv et begrenset antall viktige opplysninger som forbrukeren trenger for å treffe en informert transaksjonsbeslutning. Det er ikke nødvendig å gi slike opplysninger i all reklame, men bare i de tilfeller der den næringsdrivende oppfordrer til kjøp, et begrep som er klart definert i dette direktiv.»

Opplysningsplikten inntreffer altså når den næringsdrivende har kommet med en «oppfordring til kjøp», noe som i artikkel 2 bokstav i er definert som:

«en kommersiell kommunikasjon som angir egenskaper for produktet samt prisen på en egnet måte for den anvendte kommersielle kommunikasjonen og dermed setter forbrukeren i stand til å foreta et kjøp».

«Kommersiell kommunikasjon» er ikke nærmere definert i direktivet, men antas å omfatte enhver markedsføring eller reklame som har et kommersielt formål og som er rettet til forbrukere. Et kommersielt formål vil være å påvirke forbrukere til å bruke penger på et nærmere spesifisert produkt. At produktets karakteristika og pris skal

være angitt innebærer at markedsføringen må dreie seg om en bestemt vare eller tjeneste. I utgangspunktet kan dermed enhver markedsføringshenvendelse der pris på en nærmere identifisert ytelse er angitt, være å anse som en kjøpsoppfordring.

I tillegg til at det må dreie seg om en kommersiell meddelelse, og at ytelsens karakteristika og pris må være angitt på en måte som er passende ut fra kommunikasjonsmediet, skal meddelelsen sette forbrukeren i stand til å foreta et kjøp. Mye taler for at det siste leddet i definisjonen språklig sett ikke er et vilkår. At forbrukeren settes i stand til å foreta et kjøp er kun omtalt som et resultat av at pris og karakteristika er oppgitt. Det er dermed neppe noe krav at den kommersielle kommunikasjonen setter forbrukeren i stand til å inngå en bindende avtale, for eksempel ved at det er trykket bestillingskupong i annonsen eller at det er lagt til rette for avtaleinngåelse på nettsiden.

Hvis det foreligger en oppfordring til kjøp, skal det gis nærmere bestemte opplysninger med mindre de fremgår av sammenhengen. Formålet med en slik bestemmelse har ifølge representanter for EU-kommisjonen vært å ramme eksempelvis annonsering for tjenester med svært lave priser der det ikke opplyses at skatter og avgifter kommer i tillegg.

At bestemmelsen først og fremst er ment å ha en funksjon når det gjelder å oppgi korrekte priser i markedsføringen underbygges av at eksempelet på en «urimelig oppfordring til kjøp» er lokketilbud, jf. «svartelistens» punkt 5.

For å kunne la være å gi opplysningene i artikkel 7 nr. 4 bokstav a til e må den næringsdrivende sikre seg at forbrukerne får dem ut fra sammenhengen, eller være sikker på at det ikke får betydning for forbrukeres transaksjonsbeslutning dersom de ikke gis. Et viktig utgangspunkt vil her som ellers være forbrukerens rimelige forventninger til produktet ut fra situasjonen som foreligger.

7.4.2.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Artikkel 7 nr. 4 er blant de mer uklare i direktivet, og det er usikkert hvilken rolle den vil spille. Departementet foreslo i høringsnotatet at den gjennomføres slik den står i direktivet.

Forbrukerombudet påpeker at det er viktig at bestemmelsen om oppfordring til kjøp knyttes opp til reglene om villedende utelatelser av vesentlige opplysninger. Sammenhengen kom ikke klart nok frem i departementets forslag. *ANFO* og *Telenor* er begge enige med departementet i at bestemmel-

sens rekkevidde er uklar. *Telenor* ba om en ytterligere klargjøring.

TV2 foreslår følgende definisjon av oppfordring til kjøp: «en kommersiell kommunikasjon som angir egenskaper, pris og øvrige vilkår og dermed danner grunnlag for forbrukers transaksjonsbeslutning».

7.4.2.3 Departementets vurderinger

Departementet fastholder forslaget om å ta artikkel 7 nr. 4 inn i loven slik den står i direktivet, jf. forslag til § 8 tredje ledd. Det samme gjelder definisjonen av «oppfordring til kjøp», som foreslås inntatt som siste ledd i § 8. Selv om bestemmelsenes grenser kan være noe uklare mener departementet den bør tas inn i loven. De næringsdrivende pålegges opplysningsplikt om visse forhold i gitte situasjoner og direktivets bestemmelse bør gjengis også i norsk lov. En høringsinstans har bedt om at det klargjøres hvilken rekkevidde bestemmelsen har. Ettersom bestemmelsene om urimelig handelspraksis har bakgrunn i et direktiv hører tolkningen av bestemmelsene i siste instans inn under EF- eller EFTA-domstolen. Kommentarene i merkna-dene til bestemmelsene er dermed uttrykk for departementets antakelser om hvordan den skal forstås.

7.5 Aggressiv praksis – bruk av tvang, press eller annen utilbørlig påvirkning

7.5.1 Gjeldende rett

Med unntak av § 2 a om negativt salg har gjeldende markedsføringslov ikke særlige bestemmelser som rammer det direktivet betegner som aggressiv praksis, det vil si praksis som medfører at forbrukerens valgmuligheter begrenses på grunn av påtrykk fra en næringsdrivende.

Det finnes ikke saker fra Markedsrådet vedrørende voldelig eller tilsvarende atferd. Aggressivitet i markedsføringen er imidlertid et element som vektlegges, jf. for eksempel sak 12/04 der Markedsrådet la vekt på at selgere av boligalarmer jobbet provisjonsbasert, at det dreide seg om salg utenfor fast utsalgssted og at markedsføringen var aggressiv. Bruk av virkemidler som tvang og fysisk makt vil kunne anses som urimelig overfor forbrukerne og i strid med god markedsføringsskikk jf. § 1. Markedsføringsloven § 1 tredje ledd gjelder reklame som «fremstår som særlig påtrengende», men det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at man her bl.a. har tenkt på reklame på «super-

boards» som forbrukerne ikke kan unngå å bli eksponert for i motsetning til annonser i magasiner, og ikke i første rekke på ulike salgsformers påtrengenheter.

Bruk av trusler, tvang og vold rammes av straffeloven. Også avtalelovens bestemmelser om ugyldige viljeserklæringer kan være relevant. Det finnes noe rettspraksis og også et par saker fra Forbrukertvistutvalget vedrørende gyldigheten av avtaler inngått ved dørsalg, som kan anses som en aggressiv salgsform. Når avtaler kjennes ugyldige av domstolene etter avtaleloven §§ 33 og 36, er det etter en konkret vurdering.

7.5.2 Direktivet – artikkel 8 og 9

Artiklene 8 og 9 gjelder aggressiv handelspraksis, det vil si praksis som i vesentlig grad begrenser forbrukerens valgmuligheter eller som er egnet til dette. Valgmulighetene skal begrenses gjennom trakassering, tvang, herunder fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning. «Utilbørlig påvirkning» er definert i artikkel 2 bokstav j:

«utnytting av en maktposisjon i forhold til forbrukeren for å utøve press, også når det ikke trues med eller brukes fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning».

Den næringsdrivende har en maktposisjon og utnytter denne til å utøve press, og dette begrenser forbrukerens evne til å ta en informert beslutning. Forbrukeren har altså ikke den nødvendige kontroll over situasjonen.

Direktivet gir relativt god veiledning med hensyn til hvilken praksis man ønsker å stanse, særlig gjennom utdypingen i artikkel 9 og i svartelistens punkter 24–31. Eksemplene viser at aggressiviteten ved praksisen kan ligge både i intensiteten og mengden av henvendelser, en selgers pågåenhet, hvilke argumenter som brukes for å presse forbrukeren, i tillegg til mer tvangslignende situasjoner som å ikke la forbrukeren forlate lokalet.

Begrensningene i valgmuligheter skal være egnet til å påvirke gjennomsnittsforkbrukerens beslutning vedrørende en ytelse.

7.5.3 Høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet at det tas inn en bestemmelse om aggressiv praksis i markedsføringsloven, men uten direktivets definisjon av «utilbørlig påvirkning». Alternativt ble det fore-

slått å ta inn definisjonen av utilbørlig påvirkning og en fullstendig gjengivelse av artikkel 8.

Artikkel 9 er en bestemmelse som i første rekke retter seg til håndhevingsmyndighetene med retningslinjer for vurderingen av en praksis. Departementet mente dette kan tale for at den ikke tas inn i loven. På den annen side gir bestemmelsen en viss veiledning med hensyn til hva som er aggressiv praksis, noe som kan være viktig ettersom dette er regulering som ikke er kjent fra før. Alternativt ble derfor artikkel 9 foreslått inntatt i loven.

7.5.4 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser hadde merknader til at det tas inn en bestemmelse om aggressiv praksis. Både *Justisdepartementet* og *Forbrukerombudet* mener at lovteksten bør legges nær ordlyden i artikkel 8 fordi dette gir veiledning med hensyn til hva som omfattes. *ANFO* og *Telenor* mener begge at også definisjonen av «utilbørlig påvirkning» bør tas inn i loven. Dette gjelder også artikkel 9. *ANFO* viser til at definisjonen er klargjørende ved at den synliggjør at det må en kvalitativ handling og/eller virkning til før påvirkningen er utilbørlig. *ANFO* viser også til at aggressiv markedsføring ikke er regulert i loven fra før, slik at behovet for klargjøring er større. *Telenor* påpeker at en utilbørlig påvirkning viser til en kvalifisert handling eller at virkningen av handlingen er kvalifisert. Det er særlig viktig at dette kommer fram.

7.5.5 Departementets vurderinger

Aggressiv handelspraksis er regulert i forslaget § 9. Departementet er enig med høringsinstansene i at det er viktig at lovteksten gir tilstrekkelig veiledning med hensyn til hva som er å anse som «aggressiv handelspraksis», ettersom dette er regulering som ikke er kjent fra før. Departementets forslag tilsvarende direktivet artikkel 8 og 9. I tillegg er det tatt inn en definisjon av «utilbørlig påvirkning».

Eksemplene på aggressiv praksis som er tatt inn i «svartelisten» i direktivets bilag 1 viser for øvrig at aggressivitet kan ta mange former. Listen vil bli gjennomført i forskrift til markedsføringsloven, jf. punkt 7.2.

Det vises til de særlige merknadene til bestemmelsen.

8 Beskyttelse av barn

8.1 Gjeldende rett

8.1.1 Ingen særskilte regler knyttet til markedsføring rettet mot barn

Markedsføringsloven har i dag ingen særskilte bestemmelser om markedsføring som er rettet mot barn. Om begrepet «barn», se punkt 8.9.1 nedenfor. Det er ikke forbudt å rette reklame mot denne gruppen generelt. Loven setter imidlertid visse skranker for reklame rettet mot barn og unge. Praksis på dette området bygger i hovedsak på generalklausulen i markedsføringsloven § 1 første ledd, jf. § 1 tredje og fjerde ledd. Det slås ned på reklame som er urimelig overfor forbrukerne eller som for øvrig strider mot god markedsførings-skikk.

Kriteriet «god markedsføringsskikk» ble tatt inn i § 1 ved en lovendring som trådte i kraft 1. april 1997. Ved innføringen av begrepet sluttet Stortinget seg til departementets vurdering om at en ved markedsføring overfor barn ville kunne stille strengere krav enn ellers. Det følger også av Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis at de generelle reglene tolkes strengere når barn og unge er målgruppen for markedsføringen.

Det fremgår av forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 70 (1995–96) punkt 3.1, at både artikkel 16 i fjernsynsdirektivet og artikkel 14 i Det Internasjonale Handelskammers (ICC) grunnregler for reklamepraksis vil være retningsgivende ved tolkingen av begrepet «god markedsføringsskikk». Det vises i den anledning til utvalgets uttalelser i NOU 1995:2 og departementets tilslutning til disse.

Ved vurderingen av om loven er overtrådt når det gjelder barn og unge legges det særlig vekt på at en ikke skal utnytte barn og unges påvirkelighet, godtroenhet, tillit og manglende erfaring, samt at det skal være lett å skille reklame fra annet stoff. Videre legges det vekt på om reklamen er særlig påtrengende og hvilket medium som benyttes (direktoreklame, TV- og kinoreklame, TV-programtrailere, Internett, superbords mv.).

Deler av praksis etter markedsføringsloven § 1 berører de mindreåriges økonomiske interesser. Denne praksisen er rettet mot virkemidler eller

handlinger som er egnet til å påvirke etterspørselen etter en vare eller en tjeneste. Mye av forvaltningspraksis knyttet til markedsføring rettet mot barn og unge, er imidlertid begrunnet i andre hensyn enn å beskytte barn og unges økonomiske interesser. Hovedhensikten er her å beskytte barn og unge mot uheldige budskap eller virkemidler i reklamen, og ikke mot selve reklamen som sådan. Dette vil igjen si at praksisen ikke er rettet mot tiltak som er egnet til å påvirke etterspørselen, men derimot mot virkemidler eller handlinger som oppfattes som støtende ut fra mer allmenne betraktninger.

8.1.2 Urimelig kjøpepress, lokketilbud, kjøps- og maseoppfordringer

Forbrukerombudet har behandlet en rekke saker etter markedsføringsloven § 1 som gjelder bruk av virkemidler som kan være egnet til å skape et urimelig kjøpepress for barn. Et eksempel er Forbrukerombudets sak 99–0701. Saken gjaldt en McDonalds annonse for måltidet Happy Meal i Donald Duck & Co. Med Happy Meal fulgte det en ny leke hver uke. Lekene, som kunne settes sammen til en stor Mikke Mus-figur, kunne også kjøpes separat. For å få en hel figur måtte barna samle leker i fire uker. Etter Forbrukerombudets vurdering ville dette appellere til barns samlebehov og øke kjøpepresset. Markedsføringen ble ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Reklame rettet mot barn som inneholder en kjøpsoppfordring av typen «kom og kjøp», «neste gang du kjøper» eller «får du hos din leketøysforhandler», vil kunne anses i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Det samme gjelder en oppfordring til å overtale foreldre eller andre til kjøp. Et eksempel er Forbrukerombudets sak 00–2298. Saken gjaldt en annonse for et ferieopphold på Gaustadblikk høyfjellshotell i Donald Duck & Co. I annonsen het det bl.a.: «Hei på deg! Ta med mamma og pappa på jul/vinterferie til oss i vinter», «På julaften kommer julenissen» og «Send inn kupongen, og vi sender deg vårt juleprogram og en kjempesmart lommelykt!». Forbrukerombudet fant at markedsføringen var i strid med markedsfø-

ringsloven § 1, da barna direkte ble oppfordret til å overtale foreldrene til å feriere på hotellet.

Praksis som nevnt ovenfor kan falle inn under området som harmoniseres av direktivet om urimelig handelspraksis. Det faktum at direkte oppfordringer til barn om å kjøpe et produkt eller overtale foreldrene til å gjøre det er inntatt i direktivets «svarteliste» punkt 28, viser dette. I slike saker finnes det imidlertid også moralske og etiske aspekter. Et eksempel er Sørlandschips-saken (Forbrukerombudets sak 96–0823), der annonsøren appellerer til barna om å hjelpe de stakkars figurene i reklamen, og således spiller på barnas følelser. Videre vil også det å appellere til barns samlerbehov kunne sies å ha en etisk side.

8.1.3 Særlig påtrengende reklame

Ved vurderingen av hva som anses i strid med § 1 første ledd kan det legges vekt på om reklamen fremstår som særlig påtrengende, jf. § 1 tredje ledd.

Eksempelvis vil superboards og «trikkereklame» lettere kunne anses som «særlig påtrengende» enn for eksempel en annonse i et blad eller i en avis. TV og kino anses som særlig sterke og påtrengende medier med stor påvirkningskraft og hvor det gjerne tas i bruk sterke virkemidler. I Forbrukerombudets praksis stilles det krav om at reklameinnslag i tilknytning til barneforestilling på kino skal følge aldersgrensen på hovedfilmen.

Direkteadressert reklame er en annen form for reklame som kan virke påtrengende. Kravene vil være strengere ved markedsføring som er direkte adressert til barn enn dersom tilsvarende materiell rettes til voksne. Et eksempel er Markedsrådets sak nr. 9/2001 der markedsføring av et slankepreparat ble sendt som direkte adressert C-post til flere barn i alderen 10–14 år. Markedsrådet fant det urimelig og i strid med god markedsførings-skikk å adressere markedsføring av slankeprodukt direkte til umyndige under 18 år.

8.1.4 Skjult reklame

Et grunnleggende prinsipp er at markedsføring tydelig skal fremstå som markedsføring, og at den ikke på grunn av utforming, presentasjon eller sammenblanding med andre elementer skal være vanskelig å gjenkjenne og identifisere som reklame. Prinsippet er lovfestet i dagens § 1 fjerde ledd.

Dette er spesielt viktig når reklame rettes mot barn og unge. Markedsføringen må utformes slik at det er åpenbart for målgruppen at det er tale om

markedsføring. Nye medier og nye markedsføringsfenomener gjør skillet mellom markedsføring, underholdning og redaksjonelt stoff vanskelig å trekke. Både innhold og form kan være med på å gjøre markedsføringen vanskelig å identifisere. Ofte vil markedsføringen fremstå som noe annet enn markedsføring, typisk ved at den er blandet sammen med spill-, leke- og underholdningsaktiviteter.

8.1.5 Produktmerking som er egnet til å villede

Ved overtredelse av gjeldende § 2 (villedende forretningsmetoder) eller § 3 (utilstrekkelig veiledning) vil også generalklausulen i § 1 første ledd kunne anses overtrådt. Det følger for øvrig av ICCs grunnregler for reklamepraksis, at det skal utvises særlig forsiktighet for å sikre at reklamen ikke villeder barn og unge med hensyn til produktets faktiske størrelse, verdi, beskaffenhet, holdbarhet og ytelse.

Et eksempel er Forbrukerombudets sak 93–0773 som gjaldt markedsføring av modellbiler. Modellbilen i ferdigbygd stand var ikke i samsvar med bildene på utsiden av esken og eskens størrelse ga forventninger om noe annet enn det ferdige resultatet. Etter en helhetsvurdering kom Forbrukerombudet til at informasjonen på emballasjen var villedende og i strid med markedsføringsloven §§ 2 og 3.

Det forekommer også at produktmerkingen er mangelfull eller villedende sett hen til helse- og sikkerhetsaspekter ved produktet. Her kan det vises til Forbrukerombudets sak 97–0319 vedrørende godteriposen «Baby Wild Animals». På posen var det en advarsel på engelsk om at innholdet ikke egnet seg for barn under 5 år. Forbrukerombudet viste til at advarsler vedrørende liv og helse skal gis på norsk, jf. gjeldende §§ 1 og 3.

8.1.6 Reklame som ikke tar hensyn til umyndiges begrensede avtalekompetanse

Ifølge vergemålsloven § 2 kan en umyndig i utgangspunktet ikke selv råde over sine midler eller binde seg ved rettshandel. Vergemålsloven bestemmer videre at en umyndig ikke kan påta seg en gjeldsforpliktelse uten overformynderiets samtykke, jf. §§ 1 og 55. Forbrukerombudet har på denne bakgrunn lagt til grunn at det må anses som en urimelig handling i strid med § 1 første ledd å oppfordre umyndige til å inngå kjøpsavtale som de ikke har kompetanse til å inngå. Det vises til For-

brukerombudets sak 00–2221 som gjaldt telefon-salg av mobilabonnement til mindreårige.

8.1.7 Reklame som benytter farlig produkt, oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på sikkerhetsnormer

Det stilles strenge krav med hensyn til markedsføring av farlige produkter eller fremstilling av farlige situasjoner, spesielt dersom reklamen retter seg mot barn eller dersom barn medvirker i reklamen. Dette følger også av TV-direktivet artikkel 16 nr. 1 bokstav d. Det vil videre kunne være i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd å oppføre til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på vanlige sikkerhetsnormer. Dette er i overensstemmelse med ICCs grunnregler for reklamepraksis, jf. artikkel 14 punkt 2.

Markedsrådets sak nr. 13/1993 gjaldt en reklamefilm for maling, der en liten gutt demonstrerte «farvegledet» ved å håndmale farens Mercedes. Situasjonen viste mangel på respekt for de sikkerhetsnormer som gjaldt for malingsprodukter, og Markedsrådet fant at annonsøren hadde overtrådt aktsomhetsnormen.

8.1.8 Reklame som spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit

Det vil kunne anses i strid med god markedsføringsskikk å spille på følelser som sosial usikkerhet, dårlig selvtillit eller dårlig samvittighet. Dette prinsippet følger også av ICCs grunnregler for reklame, jf. artikkel 14 punkt 3 bokstav a.

Forbrukerombudets sak 92–2073 gjaldt en annonse i bladet Foreldre og Barn. Annonsen viste tre smilende og lekende barn, mens det fjerde barnet satt i vinduet og så på. Annonsen hadde følgende tekst: «Alle fikk være med å leke unntatt Anne-Li – Hun hadde Cherrox-kopi.» Forbrukerombudet uttalte at det måtte utvises forsiktighet med å spille på sosial usikkerhet og følelser mellom foreldre og barn i markedsføringen, og annonsen ble på denne bakgrunn ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Et annet eksempel er Forbrukerombudets sak 04/57 – Telenor Mobil AS: I en annonse for kontantkort ble det brukt et bilde av en tydeligvis forknytt og uheldig jente fulgt av billedteksten: «Har du glemt å kjøpe kontantkort til barna? Send en SMS til Telenor Mobil. Vi gjør det enklere for deg å holde løftene dine.» Forbrukerombudet vurderte annonsen som urimelig og i strid med markedsfø-

ringsloven § 1 første ledd, da den spilte på barn og unges sosiale usikkerhet og foreldrenes dårlige samvittighet og frykt for at barna skulle føle seg utenfor.

8.1.9 Reklame som spiller på frykt, angst eller redsel

Markedsføring som unødig kan skape frykt, angst eller redsel, eller på annen måte tar i bruk virkemidler som kan virke skremmende, vil kunne være i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Ved vurderingen vil både reklamens budskap og de virkemidler som benyttes være relevante momenter.

Forbrukerombudets sak 88–1602 gjaldt annonse for tilbud om livsforsikring. I annonsens heading var en gutt tillagt følgende utsagn: «Pappaen min kan aldri dø, for vi har livsforsikring.» Forbrukerombudet la vekt på at annonsen utvilsomt kunne underbygge barns naturlige frykt for tap av en eller begge foreldrene, og anså markedsføringstiltaket urimelig og i strid med markedsføringsloven § 1.

8.1.10 Reklame som benytter aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler

Det vil lett kunne anses i strid med markedsføringsloven § 1 (god markedsføringsskikk) dersom reklame spiller på vold, seksualitet eller rusmidler. Dette vil særlig gjelde overfor barn og unge. Mediets art og eventuelt sendetidspunkt vil kunne ha særskilt betydning ved vurdering av hvorvidt et markedsføringstiltak som bruker denne type virkemidler anses lovstridig.

Forbrukerombudets sak 01–0193 gjaldt en annonse for mobiltjenester rettet mot ungdom. Annonsen viste et blodig bilde av en ung mann med oppdelt tunge. Etter Forbrukerombudets vurdering var avbildningen grotesk og ekstrem i sin fokusering på blod og smerte. Forbrukerombudet fant at bruk av så sterke virkemidler måtte anses støtende ut fra alminnelige, anerkjente og utbredte normer i samfunnet. Annonsen ble ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Forbrukerombudets sak 99–0410 gjaldt en reklamekatalog for ungdomsklær. Modellene i katalogen var svært unge og lett-kledde, og i flere av avbildningene poserte de i seksuelt utfordrende stillinger. Etter Forbrukerombudets vurdering måtte de kropps- og sexfikserte bildene anses i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd.

8.1.11 Annet relevant regelverk, lovforslag mv.

Innledning

Det finnes også annet regelverk som har betydning i forbindelse med markedsføring overfor barn og unge. I det følgende gis en kort oversikt.

Kringkastingsloven

Lov om kringkasting (lov 4. desember 1992 nr. 127) med tilhørende forskrifter har særlige regler som gjelder reklame i kringkasting og forholdet til barn og unge. Mens annonsør er ansvarlig for at reklamen er i samsvar med markedsføringsloven, retter kringkastingsregelverket seg mot kringkaster.

Kringkastingsloven § 3–1 annet ledd setter forbud mot reklame særlig rettet mot barn i TV og radio. I kringkastingsforskriften § 3–6 gis nærmere anvisning på tolkningen av bestemmelsen samt utfyllende regler om forholdet til barn og unge under 18 år. Forbrukerombudet er tilsynsorgan for forbudet mot TV-reklame rettet mot barn, jf. gjeldende § 13 fjerde ledd og kringkastingsforskriften § 1–8.

Særlig om forholdet mellom direktivet om urimelig handelspraksis og kringkastingsloven § 3–1 annet ledd

I St.prp. nr. 9 (2006–2007) om samtykke til innlemmelse av direktivet om urimelig handelspraksis i EØS-avtalen skrev Barne- og likestillingsdepartementet at det var usikkert hvilken betydning direktivet om urimelig handelspraksis ville få for det norske forbudet mot TV-reklame til barn. Direktivet totalharmoniserer bestemmelser om urimelig reklame og er basert på at urimelighet skal vurderes i det enkelte tilfelle. Å opprettholde generelle restriksjoner mot visse reklameformer eller reklamekanaler er i utgangspunktet problematisk. Direktivet harmoniserer imidlertid ikke nasjonale regler som har bakgrunn i «smaks- og anstendighetshensyn» (se nærmere om dette i punkt 2.2). I tillegg går spesialdirektiver foran direktivet i tilfelle motstrid. Det var usikkert i hvilken grad det norske forbudet ble berørt av direktivet. Departementet mente man uansett ville kunne påberope direktivets overgangsordning dersom det norske forbudet ble berørt.

Stortingets familie- og kulturkomité bad om en nærmere redegjørelse på dette punktet. Barne- og likestillingsdepartementet gikk i brev av 29. januar 2007 nærmere inn på hva usikkerheten besto i og

viste også til at TV-direktivet som blant annet regulerer kringkastingsreklame var under revisjon. Revisjonsprosessen kunne bidra til en nærmere avklaring av spørsmålet. Det nye direktivet ble vedtatt 11. desember 2007 (direktiv 2007/65/EC). Det er ikke gjort endringer med avgjørende betydning for det foreliggende spørsmålet.

Departementet har vurdert forbudet i kringkastingsloven opp mot direktivet om urimelig handelspraksis og har i samråd med Kultur- og kirke departementet kommet til at forbudet bør videreføres slik det står. Direktivet om urimelig handelspraksis skal beskytte forbrukernes økonomiske interesser, og berører ikke nasjonalt regelverk som er begrunnet i hensyn som i direktivet er betegnet som «smak og anstendighet». At barn skal beskyttes mot kommersielt press er et syn som står sterkt i befolkningen i Norge. Bakgrunnen for forbudet er ikke å ivareta barnas økonomiske interesser ved å forhindre at de lokkes til å bruke penger, men et ønske om at barndommen preges av andre verdier enn forbruk og materielle goder.

Dette gjør seg særlig sterkt gjeldende for TV-mediet av flere grunner. Barn ser TV fra svært ung alder, i motsetning til eksempelvis Internett og tegneserieblader der aktiv bruk i større grad forutsetter leseferdigheter på et visst nivå. Dersom TV-apparatet først er slått på, ser og hører man reklamen uten at man aktivt oppsøker den, mens det er lettere å velge å se bort fra eller unnlate å oppsøke reklame i andre medier. Et særlig betydningsfullt moment er den sterke virkningen av kombinasjonen av lyd og bilde. Barn, og særlig de minste barna, har dårligere forutsetninger enn voksne for å skille reklamen fra andre programmer, og dermed blir også påvirkningen sterkere.

Kringkastingslovens forbud er todelt. For det første forbys reklame som er særlig rettet til barn. For det andre forbys reklame i tilknytning til barneprogram. Begge forbudene ivaretar etter departementets vurdering hensynet til barn på et «smak og anstendighets»-grunnlag, slik at direktivet om urimelig handelspraksis ikke er til hinder for å videreføre forbudet. Den svenske regjeringen har i proposisjonen om ny marknadsføringslag lagt til grunn at det svenske forbudet mot TV-reklame til barn under 12 år ikke berøres av direktivet om urimelig handelspraksis, jf. Prop. 2007/08:115 kapittel 6.13.3.

Særlig når det gjelder forbudet mot reklame i tilknytning til barneprogram mener departementet dette også vil kunne videreføres på bakgrunn av at det nylig reviderte TV-direktivet inneholder en minimumsklausul og i tillegg er et spesialdirektiv.

Personopplysningsloven

Personopplysningsloven (lov 14. april 2000 nr. 31) har blant annet regler om krav til samtykke til utlevering av personopplysninger. Forbrukerombudet ga i samarbeid med Datatilsynet i 2004 ut en veileder om innsamling og bruk av barn og unges personopplysninger. Hovedregelen er at barn over 15 år kan samtykke til bruk av personopplysninger om seg selv. For barn som er yngre enn 15 år, må foreldrene samtykke. Det er oppstilt unntak for sensitive personopplysninger, hvor aldersgrensen for samtykke er satt til 18 år.

Lovregulering av reklame i skolen

I Ot.prp. nr. 41 (2006–2007) om lov om endringer i opplæringslova og friskolelova foreslo Kunnskapsdepartementet å regulere reklame i skolen. Forslaget ble vedtatt av Stortinget 12. juni 2007. Etter bestemmelsene skal skolen sørge for at elevene ikke blir utsatt for reklame som er egnet til å skape kommersielt press eller som i stor grad kan påvirke holdninger, atferd og verdier bl.a. på skolens område, i lærebøker og læremidler ellers. Lovbestemmelsen overlater til skolen å utøve skjønn i det enkelte tilfelle. For at skjønn ikke skal bli vilkårlig, skal det utarbeides en veileder med retningslinjer om reklame, sponing og andre salgsfremmende tiltak i skolen. Veilederen vil bli utarbeidet i samarbeid med brukerne, Forbrukerombudet og næringslivet, og skal etter planen foreligge 1. juli 2008.

8.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

8.2.1 Regler om beskyttelse av barn og unge i direktivet

Direktivet har i svartelisten punkt 28 et forbud mot å direkte påvirke barn til å kjøpe ting eller mase på foreldrene eller andre voksne om å kjøpe ting til dem. Bestemmelsen lyder slik:

«Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem. Denne bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynssending.»

Det er noe uklart hvor sterke kjøpsoppfordringer som kreves. I fortalens punkt 18 fremgår det at hvorvidt en handelspraksis skal anses urimelig vurderes ut fra den gjennomsnittlige forbruker.

EF-domstolen har tolket dette til å være en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet forbruker, og dette er også gjengitt i fortalens punkt 18. Det står her bl.a. at:

«Dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, for eksempel barn, er det ønskelig at virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsmedlem av denne gruppen. Det bør derfor på listen over former for praksis som under alle omstendigheter er urimelige, tas med en bestemmelse som, uten at det pålegges et regelrett forbud mot reklame rettet mot barn, beskytter dem mot direkte kjøpepress.»

Det fremgår dessuten av direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b at dersom handelspraksisen er særskilt rettet mot en spesiell gruppe, er det den gjennomsnittlige forbruker i denne gruppen som skal være gjenstand for vurderingen. Se for øvrig punkt 4.4.3.3 ovenfor om særlig sårbare grupper mv.

Men også for tilfeller hvor markedsføringen ikke er rettet mot en spesiell gruppe, åpnes det i artikkel 5 nr. 3 for at forholdet til særlige sårbare grupper kan tas i betraktning. Dette utdypes i fortalens punkt 19. Alder og godtroenhet nevnes her som eksempler på forhold som gjør en gruppe særlig påvirkelig for en spesiell handelspraksis. Dersom den næringsdrivende med rimelighet må forutse dette, skal handelspraksisen vurderes med utgangspunkt i det gjennomsnittlige medlemmet av denne gruppen. Det åpnes med andre ord for at tolkningen av direktivets urimelighetsstandard vil avhenge av om markedsføringen eller det markedsførte produktet er egnet til å påvirke denne gruppen i særlig grad.

Medlemsstatene vil vanskelig kunne videreføre eller innføre andre regler enn det som er nedfelt i direktivet så lenge man er innenfor området som harmoniseres av direktivet. Dette innebærer at den del av dagens praksis som faller innenfor direktivets virkeområde må integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivets artikkel 5 nr. 2, 5 nr. 3, og «svartelistens» punkt 28. Utenfor direktivets virkeområde står landene imidlertid friere til å gi den nasjonale regulering en måtte ønske. Derfor er det viktig å definere dette området nærmere.

8.2.2 Virkeområdet for direktivet

Når det gjelder direktivets virkeområde generelt, herunder begrensningen til å regulere handelspraksis som berører forbrukernes økonomiske interesser, samt avgrensningen mot smaks- og

anstendighetshensyn og helse- og sikkerhetshensyn, vises det til punkt 2.2.2 ovenfor.

Det vil etter departementets syn være mulig å lovfeste dagens praksis etter markedsføringsloven når den ivaretar hensyn av ikke-økonomisk karakter, jf. punkt 2.2.2 ovenfor. Videre vil det være mulig å slå ned på reklame som anses som urimelig etter mer allmenne samfunnsmessige betraktninger. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt handelspraksisen samtidig kan sies å påvirke forbrukernes økonomiske disposisjoner.

8.3 Nordisk rett

8.3.1 Danmark

Den danske markedsføringsloven inneholder en bestemmelse om markedsføring rettet mot barn og unge, som lyder slik:

«Markedsføring rettet mod børn og unge

§ 8

Markedsføring rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børn og unges naturlige godtroenhed og manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og nemme at præge.

Markedsføring rettet mod børn og unge må ikke direkte eller indirekte opfordre til vold, anvendelse af rusmidler, herunder alkohol, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler.»

Bestemmelsen er i forarbeidene beskrevet som en «liten generalklausul» om reklame til barn, med enkelte mer spesifikke forbud. Danmark har gitt uttrykk for at de spesifikke forbudene i annet ledd faller utenfor direktivets virkeområde, da de er begrunnet i smaks- og anstendighetshensyn. Den generelle bestemmelsen i første ledd anses som en beskrivelse av hva som kjennetegner «gjennomsnittsførbrukeren» i en barnegruppe.

8.3.2 Sverige

Den svenske markedsføringsloven inneholder ikke særlige bestemmelser om markedsføring til barn og det er heller ikke foreslått slike i den nye loven. Utgangspunktet er at markedsføring rettet til barn bedømmes etter samme materielle regler som reklame rettet til voksne. Det stilles imidlertid

spesielt høye krav til sannferdighet og hederlighet når reklamen retter seg til en målgruppe som kan antas å være mindre kritisk og mer mottakelig for reklamepåvirkning og overdrevne produktløfter.

ICCs grunnregler for reklame påberopes ofte ved bedømmelsen av barnereklame og har betydning ved rettsanvendelsen. Tolkningen av normene påvirkes av hvilket medium som er reklamebærer. Ulike medier har ulik karakter og egenskaper, og det er ikke gitt at et reklametiltak som aksepteres i ett medium vil bli godtatt i et annet.

I henhold til Marknadsdomstolens praksis er direkteadressert reklame til barn under 16 år i strid med den svenske markedsføringsloven. Sverige har også forbud mot TV-reklame rettet mot barn under 12 år i Radio- og TV-loven.

8.3.3 Finland

Den finske konsumentskyddslagen har ikke særlige regler om markedsføring til barn. I henhold til kapittel 2 i loven er markedsføring som strider mot «god sed» eller som for øvrig er utilbørlig overfor forbrukerne ulovlig. Markedsføring som retter seg til barn bedømmes strengere enn annen markedsføring. Den finske Konsumentombudsmannen har laget retningslinjer for markedsføring til barn basert på loven, forarbeidene, Marknadsdomstolens avgjørelser og Konsumentombudsmannens praksis.

I forslaget til nytt markedsføringsregelverk er det tatt inn en bestemmelse om markedsføring som retter seg mot mindreårige.

8.3.4 Island

I lov om tilsyn med urettmessig markedsføring og markedets gjennomsiktighet (lov av 20. mai 2005 nr. 57) er det inntatt en bestemmelse om beskyttelse av barn i § 8. Tredje og fjerde ledd lyder slik (i dansk oversettelse):

«Stk. 3. Reklamer skal være udformet med hensyntagen til at børn og unge vil se og høre dem. De må ikke være egnede til at disse føler sig krænket.

Stk. 4. Såfremt børn og unge deltager i reklamer bør det tilgodeses at de hverken beskriver eller udviser farlig eller hensynsløs adfærd der kan føre til at andre børn og unge kan bringes i en faresituation eller at de foretager sig noget som de ikke må.»

8.4 Spørsmål om særskilte regler knyttet til markedsføring mot barn

8.4.1 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo departementet å innføre særregler i markedsføringsloven om beskyttelse av barn og unge. Forslaget var ment å stadfeste fortolkning og praksis etter gjeldende regelverk og lød slik:

«Kapittel IV. Beskyttelse av barn

§ 4–1. Alminnelig bestemmelse

Når markedspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn, skal det vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Ved vurderingen av om markedspraksis er i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov, skal det tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

§ 4–2. Påvirkning av kjøpsbeslutninger

Ved urimelighetsvurderingen etter § 2–1 flg. legges det vekt på om markedspraksisen er særskilt rettet mot barn. Selv om markedspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, legges det vekt på om den, på grunn av art eller produkt, appellerer til barn, og den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

En markedspraksis er alltid urimelig dersom den direkte oppfordrer barn til å kjøpe eller til å overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe et produkt.

§ 4–3. Annen urimelig markedspraksis overfor barn

Ved urimelighetsvurderingen etter § 3–1 kan det blant annet legges vekt på om markedspraksisen:

- oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer;
- spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit;
- bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst; eller
- bruker aggressive virkemidler som vold, sex eller rus.»

Det er bred enighet blant høringsinstansene om at barn og unge er en spesielt sårbar gruppe som har behov for særskilt beskyttelse mot markedsføring. Ingen instanser mener at dagens praksis etter markedsføringsloven er for streng, og det har ikke fremkommet prinsipielle motforestillinger til at dagens praksis videreføres. Det er imid-

lertid delte meninger om dagens praksis bør lovfestes.

Følgende høringsinstanser stiller seg positive til å lovfeste særregler om markedsføring overfor barn:

Norges Kvinne- og Familieforbund, Samferdselsdepartementet, PRESS – Redd Barna Ungdom, BarneVakten, COOP Norge AS, NORDMA, Barneombudet, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Medietilsynet, Nærings- og handelsdepartementet, Forbrukerombudet, Norges Bygdekvinnelag, Framtiden i våre hender, Forbrukerrådet, TV 2 og Advokatforeningen.

Flere av disse høringsinstansene fremhever at det er ønskelig å motvirke det kommersielle presset mot barn. En lovfesting vil synliggjøre reglene og dermed gjøre situasjonen mer forutsigbar for de næringsrivende. Noen påpeker at egne regler kan øke bevisstheten rundt behovet for å beskytte barn. Dermed kan man også oppnå en sterkere effekt av loven enn tidligere.

Følgende høringsinstanser er negative til særregulering:

Kreativt Forum, ANFO, Abelia, Eniro Norge AS, Næringsmiddelbedriftenes Landsforening (NBL), Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), NetCom AS, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Dagligvareleverandørenes Forening (DLF) og Egmont.

Det som går igjen i disse høringsuttalelsene er at dagens praktisering av de generelle reglene fungerer tilfredsstillende når man skal vurdere markedsføring som er rettet mot barn. Flere påpeker at barn også vil være tilstrekkelig beskyttet ved gjennomføring av direktivets bestemmelser og at egne bestemmelser om barn kan komme i konflikt med direktivet. Videre gis det uttrykk for at selvjustis og selvregulering er å foretrekke fremfor lovregulering. Norge bør ikke ha en lovtekst som avviker vesentlig fra løsningene i andre land, særlig de andre nordiske landene. Særregler kan gjøre loven mindre generell og fleksibel, noe som kan være et skritt i gal retning når det gjelder regelforenkling. Noen advarer også mot å la regler bli begrunnet ut i fra et politisk markeringsbehov fremfor et reelt behov. Enkelte ser det også slik at egne regler i praksis kan bety en skjerpelse. Eksempelvis er *Egmont* opptatt av at man innenfor direktivets virkeområde ikke kan heve forbrukerbeskyttelsen til et høyere nivå enn det som følger av direktivet. De mener at de foreslåtte bestemmelsene vil virke som en skjerpning av dagens praksis, og at lovforslaget dermed ikke er i samsvar med direktivet.

Enkelte høringsinstanser uttaler seg mer forbeholdent. *Norsk Postordreforening* uttaler at de er

usikre på om det er hensiktsmessig med egne regler som beskytter barn. *Justisdepartementet* uttrykker tvil om det er hensiktsmessig ut fra et lovteknisk synspunkt. *Telenor* stiller spørsmål om en særregulering er nødvendig. TV2 anbefaler at man innfører parallelle reguleringer til det man i dag har i kringkastingsregelverket.

8.4.2 Departementets vurderinger

Generelt ser departementet det som viktig å ivareta hensynet til barn og unge som forbrukere.

Departementet har merket seg argumentet om at en særregulering i markedsføringsloven om beskyttelse av mindreårige vil gjøre loven mindre generell og fleksibel, og at det kan medføre tolknings- og avgrensingsproblemer. Videre har departementet merket seg at det kan hevdes at egne barnebestemmelser i markedsføringsloven kan være i strid med målsetningen om regelforenklighet, og hensynet til å unngå dobbeltregulering. Det kan også virke ulogisk at man har særregler om beskyttelse av én sårbar gruppe, mens handelspraksis som kan skade andre sårbare grupper skal vurderes etter de generelle reglene i loven.

På den annen side ser departementet en rekke argumenter for å innføre særregler om reklame som er rettet mot barn. Mindreårige må for det første betraktes som en spesielt sårbar gruppe. De er spesielt mottakelige for påvirkning, fordi de ikke har den nødvendige erfaring eller kritiske sans til å foreta objektive vurderinger i tilknytning til reklame. Dette gjør at de blir lette å lede når det for eksempel lokkes med løfter om gaver eller deltakelse i konkurranser.

I rapporten TemaNord 2005:567 «Kommersiell press mot barn og unge i Norden» drøftes spørsmålet om barnet er sårbart og trenger beskyttelse eller om det kan betraktes som en selvstendig aktør med egne ønsker og behov. Undersøkelsen viser at det er den førstnevnte oppfatningen som råder. Norske foreldre oppfatter barn og unge som sårbare, stilt overfor kommersielle krefter.

Et annet moment er at mindreårige er en meget attraktiv målgruppe for kommersielle aktører. Barn og unge opptre selv som forbrukere i stadig lavere alder. De mindreårige har dessuten stor påvirkningskraft på familiens innkjøp og prioriteringer for øvrig. Videre representerer barn og unge fremtidens forbrukere. Det blir derfor viktig for de næringsdrivende å forsøke å påvirke barna i ung alder, både for å sikre seg størst mulig andel av familiens «husholdningspenger» og for å få barnas merkevarelojalitet og produktpreferanser.

En dansk undersøkelse fra 2003 viser at 5- og 7-åringer behersker ca. 1000 ord, hvorav ca. 200 er merkevarenavn. Jo tidligere man kommer inn i barnas liv, desto sterkere preferanser skapes. Begrepet «tweens» har vokst frem som en karakteristikk på aldersgruppen 8–12 år, markedssegmentet mellom barn og tenåringer.

Barn og unge er dermed i økende grad gjenstand for oppmerksomhet fra de kommersielle aktørene. Samtidig har det funnet sted en stadig mer kreativ bruk av virkemidler, herunder ved bruk av mobiltelefon og internett for å nå denne gruppen. Barn og ungdom er meget aktive mediebrukere og medieutviklingen gjør det enklere å integrere reklame i annet stoff, slik at grensen mellom reklame, informasjon og underholdning ofte blir utydelig. Økt bruk av levende bilder, lyd og interaktivitet fører også til en mer intens og direkte påvirkning på barn og unge.

Den ovennevnte argumentasjonen for egne barnebestemmelser knytter seg tilsynelatende til økonomiske hensyn, i den forstand at det fokuseres på at barns sårbarhet gjør dem mer mottagelige for tiltak som er egnet til å påvirke etterspørselen av et produkt. Det er imidlertid andre hensyn som er vel så viktige i vurderingen av om egne barnebestemmelser er hensiktsmessige, herunder etiske og moralske hensyn. Det faktum at barna er en viktig målgruppe for annonsørene, medfører at det tas i bruk sterke, og ofte støtende, virkemidler for å fange denne gruppens oppmerksomhet. Reklamen kan spille på barnets sosiale usikkerhet og dårlige selvtillit, jf. punkt 8.1.8 ovenfor. Iblant benyttes vold, seksualitet og rusmiddelbruk som oppmerksomhetsvekkere, eller det spilles på frykt, angst eller redsel. Det vises i den anledning til Nyborg-utvalgets utredning, NOU 2001:6, der det uttales:

«Et utviklingstrekk de siste årene har vært såkalt grensesprengende reklame. Markedsførerne søker oppmerksomhet ved å sjokkere. Eksempelvis har det vært en trend å la reklamen spille på pornografiske effekter og å bryte tabuer. Forbrukerombudet og Barneombudet har registrert en økt tendens til bruk av slike virkemidler. Reklamen rettet mot barn og unge er i økende grad blitt kroppsfixert. Selv for produkter som ikke har med kropp å gjøre, spilles det på kropp, sensualitet og sex. Fotomodellene blir stadig yngre, også de som opptre i reklame rettet mot voksne. Det er grunn til å tro at denne type reklame påvirker barn og unges verdi- og menneskesyn, selvbilde og spesielt kropps- og skjønnhetsidealer.»

Videre vises det til TemaNord-rapporten «Kommersielt press mot barn og unge i Norden», der det uttales:

«Dette ser ut til å være en annen måte det kommersielle presset oppleves på, og som er mer forankret i kulturelle forhold. Foreldrene føler at barna er manipulerte og ofre for reklamens glansede bilder og uvirkelige verden, og at dette gjør at de blir misfornøyd med seg selv. De føler at reklamen eller det kommersielle presser seg inn i familien, inn i barnas egen verden og utfordrer grunnleggende verdier.»

Her vektlegges altså kulturelle og verdimesige aspekter i tillegg til de rent økonomiske. Rapporten viser dessuten massiv oppslutning fra foreldrene i samtlige nordiske land rundt utsagnet «Reklamen gjør at stadig flere unge er misfornøyd med utseendet.»

I en rapport fra Statens filmtilsyn som ble publisert i 2004, kommer det frem at foreldrene anså reklame, banning og vold som det mest uønskede innholdet i nær sagt alle medier. Reklame på TV, kino, Internett, i tegneserier og blader ble regnet som mest problematisk. Videre viser undersøkelsen at foreldre opplever at reklame i tillegg til å legge et stort kjøpepress på barna, også sender ut livsstilssignaler foreldrene er lite fornøyde med.

Etter departementets vurdering er det ønskelig å opprettholde dagens beskyttelse av barn og unge etter markedsføringsloven. En måte å oppnå dette på er å lovfeste de prinsipper som i dag følger av forvaltningspraksis. I tillegg til å stadfeste og synliggjøre dagens praktisering av loven på dette området, vil det sikre større forutsigbarhet for de næringsdrivende. Trolig vil det også øke bevisstheten rundt behovet for å beskytte barn og unge mot økt omfang av markedsføring i ulike medier. Departementet er derfor av den oppfatning at slike lovbestemmelser vil ha en forsterket normerende effekt i forhold til dagens regulering.

Som det fremgår i punkt 8.2.2 er det etter departementets vurdering mulig å opprettholde nasjonale regler som beskytter de mindreåriges ikke-økonomiske interesser. Det vil derfor være mulig å lovfeste dagens praksis etter markedsføringsloven som knytter seg til beskyttelse av mindreårige mot reklame som benytter farlig produkt, oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på sikkerhetsnormer, reklame som spiller på sosial usikkerhet mv., reklame som spiller på frykt, angst og redsel, samt reklame som benytter aggressive virkemidler som vold, seksualitet og rus. Det vil også være mulig å lovfeste dagens praksis knyttet til særlig påtrengende reklame mot barn og unge,

samt til innhenting og bruk av barns personopplysninger.

Den del av dagens praksis som faller innenfor området som harmoniseres av direktivet, må imidlertid integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivet. Det vil antagelig ikke være mulig å ha egne, nasjonale bestemmelser som utdyper fortolkningen av disse reglene.

Selv om man må forholde seg til reglene i direktivet, antar departementet at dagens praksis i hovedsak kan videreføres og videreutvikles etter de nye bestemmelsene, særlig sett hen til at reglene kan tolkes strengere enn ellers når handelspraksisen retter seg mot eller kan påvirke sårbare grupper, jf. punkt 8.2.1.

På denne bakgrunn opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet om å innføre et eget kapittel med særbestemmelser om beskyttelse av barn.

8.5 Markedsføring av usunn mat og drikke overfor barn og unge

Et tema som har fått økt oppmerksomhet både på norsk og internasjonalt plan de siste årene, er markedsføring av usunn mat og drikke overfor barn og unge. Enkelte ønsker et forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge for næringsfattige og energitette produkter, dvs. mat og drikke med høyt innhold av fett, sukker eller salt, og som samtidig har et lavt innhold av andre næringsstoffer.

I *høringsnotatet* gav departementets uttrykk for at det for tiden ikke er hensiktsmessig å foreslå et nasjonalt forbud mot eller innstramming av slik markedsføring og at problemstillingen eventuelt må utredes nærmere. I en slik utredning bør det bl.a. tas stilling til om det er behov for en lovregulering, hvilken lov en eventuell regulering bør hjemles i, hvordan bestemmelsen skal utformes og hvem som skal ha ansvar for håndheving og tilsyn. Spørsmålet må også vurderes opp mot resultatet av selvregulering i bransjen. Videre ble det vist til Helse- og omsorgsdepartementets handlingsplan for bedre kosthold i befolkningen (2007–2011) og spesielt tiltak 2.11.

Forslaget til særregulering av handelspraksis overfor barn vil lovfeste gjeldende praksis, mens et forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn vil være av ny karakter. Et eventuelt forbud vil imidlertid etter departementets syn gå klar av direktivet om urimelig handelspraksis, da dette vil være tuftet på hensynet til helse og sikkerhet.

Høringsinstansenes syn

Nasjonalt råd for ernæring og Sosial- og helsedirektoratet uttaler at det bør innføres et forbud mot reklame for usunn mat og drikke som begrunnes ut fra hensynet til helse. *Barneombudet* synes det er interessant å se om det kan finnes grunnlag for eventuelt å forby reklame mot «skrapmat» ut fra hensynet til helse og sikkerhet. *Helse- og omsorgsdepartementet* uttaler at det er viktig å fortsette arbeidet med å utrede om det bør fastsettes særlige regler for markedsføring av usunn mat til barn og unge. *Forbrukerombudet* mener at en lovregulering er riktig vei å gå, men er enig med departementet i at denne problemstillingen først må utredes nærmere. Ombudet peker på at et slikt forbud ikke nødvendigvis hører hjemme i markedsføringsloven.

Forbrukerrådet uttaler følgende:

«Det er grunn til å tro at mange barn i dag spiser usunt. En markedsføring som fremmer en slik uheldig utvikling er derfor ikke ønskelig. Et forbud mot markedsføring av usunn mat vil imidlertid ha et klart helseaspekt, og problemet med usunn mat bør fortrinnsvis angripes på annen måte enn via et markedsføringsforbud.

Til orientering kan nevnes at *Forbrukerrådet* har tatt initiativ til et samarbeid med handel og industri med siktemål å få bransjen til å utarbeide frivillige restriksjoner på markedsføring av søte, salte og fete produkter rettet mot barn. En slik fremgangsmåte vil kunne være mer effektiv og er å foretrekke fremfor et forbud.

Forbrukerrådet er på dette grunnlag enig med departementet i at et slikt forbud ikke bør lovfestet på det nåværende tidspunkt.»

Departementets vurderinger

I et samarbeid mellom handels- og næringslivet og *Forbrukerrådet* er det utarbeidet retningslinjer for markedsføring av mat og drikke overfor barn og unge. Retningslinjene ble vedtatt 21. september 2007 og gjelder frem til 1. januar 2009. Departementet ser positivt på at det er utarbeidet slike retningslinjer, og mener man bør avvente og se hvordan retningslinjene fungerer i praksis før eventuell lovregulering vurderes. I likhet med *Forbrukerombudet* mener departementet at det ikke er sikkert at en eventuell regulering bør inntas i markedsføringsloven.

Det pågår også internasjonalt arbeid på dette området. Under Verdens helseorganisasjons (WHO) generalforsamling i mai 2007 ble WHO's generaldirektør bedt om å utvikle anbefalinger for

markedsføring av mat og drikke til barn. Som en oppfølging har Norge påtatt seg å lede et europeisk nettverk om markedsføring av mat og drikke til barn. Dette vil skje i nært samarbeid med WHO's Europakontor. Ti land i WHO's Europaregion har så langt vist interesse for å delta i nettverket. Sosial- og helsedirektoratet er nettverkets sekretariat.

8.6 Forbud mot direkte markedsføring til barn under 16 år

I *høringsnotatet* gav departementet uttrykk for at innenfor direktivets virkeområde vil generelle restriksjoner på markedsføring rettet mot barn (eksempelvis forbud mot direkte adressert reklame til barn under 16 år) neppe være forenelig med direktivet, jf. punkt 8.2 ovenfor. Det ble vist til den nordiske rapporten om implementeringen av direktivet (omtalt i punkt 2.4.1 ovenfor), som viser til at uttrykket «uten at det pålegges et regelrett forbud mot reklame rettet mot barn» i fortalens punkt 18 er tatt med nettopp for å understreke at generelle forbud ikke er i samsvar med direktivet.

Forbrukerombudet uttaler at direkte markedsføring til barn er en spesielt aggressiv markedsføringsform og at det bør innføres et uttrykkelig forbud mot direkte reklame til barn og unge under 16 år. Ombudet er uenig i departementets vurdering av at et forbud mot direkte reklame til barn under 16 år ikke vil være forenlig med direktivet. Han uttaler at hensynene bak et slikt forbud ikke er tuffet på økonomiske hensyn, men på moralske og etiske hensyn, personvern hensyn og delvis også sikkerhetshensyn. *Forbrukerrådet* og *Framtiden i våre hender* mener også at det bør innføres forbud mot direkte reklame mot barn. *BarneVakten* anbefaler at norsk rettspraksis følger svensk praksis som forbyr direkte adressert reklame til barn under 16 år.

Etter *departementets* oppfatning gir direktivet ikke rom for å innføre i loven et direkte og generelt forbud mot markedsføring som er direkte rettet mot barn, fordi et slikt forbud i alle fall delvis synes å falle innenfor direktivets virkeområde ved at det beskytter forbrukernes økonomiske interesser. Dersom det er tale om økonomiske interesser, må direkte adressert reklame til barn vurderes konkret opp mot direktivets urimelighetsstandard. Man vil kunne stille strengere krav enn ellers når barn er målgruppen eller om barn må antas å være særlig sårbare for en reklame som sendes til alle, jf. punkt 4.4.3.3 om sårbare grupper. Direkte kjøpsoppordringer rammes også av forsla-

get til § 20 annet ledd. Dersom det er moralske-, etiske-, personvern- eller sikkerhetshensyn som er relevante, vil slike saker kunne vurderes konkret etter lovforslaget § 21 jf. § 2 om god markedsføringskikk mv. Som nevnt i punkt 8.1.3 ovenfor, har Markedsrådet etter en konkret vurdering nedlagt forbud mot direkte adressert reklame for slankeprodukter til personer under 18 år. Det vil etter dette være opp til håndhevingsmyndighetene å foreta de konkrete vurderingene. Det foreslås etter dette ikke et uttrykkelig forbud mot direkte (adressert) markedsføring til barn.

8.7 SMS-tjenester på TV

Medietilsynet viser til at det har vært en utvikling i de senere år der sms-tjenester blir brukt aktivt som del av innhold i ulike TV-program. Det kan være som tilbakemeldingskanal for publikum der de kan komme med reaksjoner i debattprogram og lignende, konkurranser, avstemninger mv. I denne sammenhengen er det mest relevant å se på sms som blir brukt i TV-program rettet mot barn og unge, for eksempel chat-TV. *Medietilsynet* mener at den høye prisen er hovedproblemet med disse tjenestene. SMS-tjenester er særlig utbredt i typiske ungdomsprogram, og derfor mener tilsynet at det kan være behov for prisregulering som kan dempe det kommersielle presset. *Medietilsynet* mener at det bør vurderes å ha et maksimalprissystem nedfelt i markedsføringsloven eller at dette søkes oppnådd ved overenskomster med aktørene, dvs. teleselskaper, innholdsleverandører og kringkastere (selvregulering). En slik regulering bør gjelde generelt for sms-tjenester rettet mot barn og unge.

Etter *departementets* syn passer prisregulering dårlig inn i markedsføringsloven. Det vises til punkt 12.3 og forslag til § 22 tredje ledd, der det fremgår at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke skal drive med alminnelig priskontroll.

I forbindelse med revisjon av ekomlov og -forskrift er det gitt nye regler om fellesfakturerte tjenester, jf. ekomforskriften kapittel 5 a. Endringene vil tre i kraft fra 1. juli 2008. I ekomforskriften § 5a-2 er det gitt regler om kostnadskontroll. Tilbyder skal etter denne bestemmelsen bl.a. tilby en beløpsgrense for bruk av fellesfakturerte tjenester. Nederste beløpsgrense skal ikke være høyere enn 250 kr. SMS-tjenester vil normalt være fellesfakturerte tjenester og vil således være omfattet av denne beløpsgrensen.

På denne bakgrunn ser departementet ikke grunn til å gå videre med forslaget i denne omgang.

8.8 TV- og kinoreklame

Barneombudet mener at reklame på TV, kino (og skole) bør kunne anses som særlig påtrengende reklame. Ombudet mener at det er svært viktig å opprettholde et forbud mot reklame rettet mot barn i TV og radio. Videre ønsker *Barneombudet* å få et generelt forbud mot reklame på kino for den yngste målgruppen, dvs. barn som er 7 år og yngre. Ombudet mener at kinoreklame kan ses på som en særlig påtrengende reklame når man tar i betraktning bildeformat, lyd og omgivelser.

BarneVakten ber departementet om å vurdere forbud mot TV-reklame rettet mot barn under 12 år, og viser til et tilsvarende forbud i Sverige.

Departementet vil vise til at TV-reklame er spesielt regulert i kringkastingsregelverket, og at disse reglene vil gå foran reglene i markedsføringsloven. Det vises til punkt 8.1.11 om forholdet mellom direktivet om urimelig handelspraksis og kringkastingsloven § 3–1 annet ledd.

Spørsmålet om forbud mot kinoreklame på barneforestillinger ble vurdert av Kultur- og kirkedepartementet i Ot.prp. nr. 72 (2005–06) punkt 8.4. Departementet valgte å ikke foreslå et reklameforbud, og viste bl.a. til hensynet til ytringsfriheten, negative økonomiske konsekvenser for kinoene og at forslaget kunne føre til færre barneforestillinger. Det ble også vist til gjeldende praksis fra Forbrukerombudet. Under stortingebehandlingen fremkom følgende merknader i Innst. O. nr. 15 (2006–2007) side 7:

«Fleirtalet i komiteen, alle unnateke medlemene frå Fremskrittspartiet og Høgre, legg til grunn at eit forbod mot reklame før framсыning av barnefilm på kino kan bidra til å redusere det kommersielle presset mot barn. Kino er eit sterkt medium som kan ha stor påverknad på barn.

Eit anna fleirtal, alle unnateke medlemene frå Fremskrittspartiet, Høgre, Kristeleg Folkeparti og Venstre, viser til at kulturministeren i svar til komiteen (vedlegg) seier Regjeringa fortløpande vil følgje med på utviklinga når det gjeld reklame på barneframсыningar. Vidare skal det gjerast undersøkingar på dei økonomiske konsekvensane for kinoane ved eit eventuelt framtidig forbod.

Fleirtalet er oppmerksame på at digitaliseringa av kinoane vil innverke på denne problematikken.

Dette fleirtalet ber Regjeringa kome tilbake til Stortinget i egna form.

Komiteens medlemmer fra Framskrittspartiet og Høyre har merket seg at reklameforbud for filmer som vises for barn som er 7 år eller yngre, vanskelig kan la seg gjennomføre. Dette fordi både kommuner og kinoer kjøper reklamepakker for visning i tilknytning til alle filmer. Kinoene er avhengige av en slik visning for å kunne tilby alle aldersgrenser et godt og variert kinotilbud. En innskrenking av retten til å vise reklame rettet mot voksne, før visning av filmer for barn, vil redusere det økonomiske fundament for barnefilmvisning.

Komiteens medlem fra Kristelig Folkeparti viser til at kringkastingsloven beskytter barn mot reklame i norske tv- og radiostasjoner som har sine sendinger fra Norge. Dette medlem mener det bør være reklamefrie soner spesielt for de yngste barna. Dette medlem vil understreke at kino er et sterkere medium enn fjernsyn. Det faktum at barn og unge daglig utsettes for et stadig økende kommersielt press tilsier at det bør være noen reklamefrie soner.

Komiteens medlemmer fra Kristelig Folkeparti og Venstre mener at et reklameforbud på barneforestillinger vil redusere det kommersielle presset på barn og familier. Disse medlemmer viser til at et slikt reklameforbud er i tråd med høringsuttalelsene til Barneombudet, Forbrukerombudet og «Familie og Medier». Disse medlemmer ønsker derfor å fremme følgende forslag:

«Stortinget ber Regjeringen om å innføre et forbud mot visning av reklame i forbindelse med filmer for barn fra 7 år og nedover.»«

Under henvisning til at det vil bli foretatt nærmere undersøkelser i tråd med komiteens merknader, er det etter departementets syn for tidlig å ta stilling til forslaget. Videre kan det være naturlig å innpasse et eventuelt forbud i sektorlovgivning under Kultur- og kirke departementet fremfor i markedsføringsloven. For øvrig vil dagens praksis etter markedsføringsloven kunne videreføres. Som nevnt i punkt 8.1.3 ovenfor stilles det i Forbrukerombudets praksis krav om at reklameinnslag i tilknytning til barneforestilling på kino bør følge aldersgrensen på hovedfilmen. Videre vil det kunne være i strid med forslaget § 21, jf. § 2, å sende innslag som kan virke skremmende eller være egnet til å skape angst samt eventuelt spille på vold eller seksualitet i tilknytning til barneforestilling. Departementet er blitt stående ved at kino-reklame rettet mot barn bør vurderes konkret opp mot den generelle urimelighetsstandard (§ 6 jf.

§ 20), eventuelt etter § 2 jf. § 21 i den nye loven. Det stilles strengere krav enn ellers når barn er målgruppen, jf. forslag til § 19 og punkt 4.4.3.3 om spesielt sårbare grupper mv.

8.9 Andre forslag fra høringsinstansene

8.9.1 Begrepet barn

NORDMA ber om at begrepet «barn» defineres nærmere og uttaler følgende:

«Det har ellers kommet mange spørsmål om hvem som regnes som barn. Hovedregel etter norsk vergemålslov er jo at man regnes som barn inntil man er fylt 18 år. Praksis har imidlertid i mange tilfeller skissert opp en noe mer fleksibel grense basert på barnas modenhet og hva forbud/reguleringen omhandler.»

Medietilsynet uttaler følgende om begrepet barn:

««Barn» defineres som mindreårige personer under 18 år. Denne gruppa utgjør et stort spenn i alder og består av personer med ulike erfaringer og på ulike utviklingstrinn. Det er på denne bakgrunnen viktig å sørge for at de særskilte bestemmelsene i markedsføringsloven om beskyttelse av barn ivaretar behovet for å kunne nyansere barn som gruppe.»

Departementets vurdering

I dagens lov er begrepet «barn» ikke brukt i lovteksten. Etter gjeldende rett omfatter begrepet generelt mindreårige under 18 år, men i den konkrete urimelighetsvurdering vil målgruppens alder og utvikling, herunder om reklamen retter seg mot små barn eller ungdommer, tillegges vekt. Barnebegrepet er fleksibelt, og i lovforslaget knyttes det ingen konkrete rettsvirkninger til en klar aldersgrense. Etter departementets syn vil en definisjon av barn i loven ikke gi noen merverdi. Departementet ser det som hensiktsmessig at dagens praksis videreføres på dette punkt.

8.9.2 Til høringsforslaget § 4–1

Høringsforslaget § 4–1 lød slik:

«§ 4–1. Alminnelig bestemmelse

Når markedspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn, skal det vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Ved vurderingen av om markedspraksis er i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov, skal det tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.»

En rekke høringsinstanser, *Kreativt Forum*, *ANFO*, *Abelia*, *Eniro Norge AS*, *NORDMA*, *Telenor*, *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*, *Nærings- og handelsdepartementet* og *Egmont*, mener at ordlyden i den foreslåtte § 4–1 er for vid når den sier at: «Når markedspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn». De mener at det uthevede passusen i prinsippet vil kunne fange opp all markedsføring. Justisdepartementet påpeker også at den danske bestemmelsen på dette punkt har en snevrere ordlyd.

Departementet vil understreke at høringsforslaget § 4–1 ikke er et forbud, men en generell aktsomhetsregel. Det følger også av dagens praksis at de næringsdrivende må ta hensyn til at barn kan eksponeres for reklamen, selv om reklamen ikke er særskilt rettet til barn.

Et tilsvarende prinsipp er også nedfelt i kringkastingsforskriften § 3–6 første ledd, som lyder:

«Det må tas hensyn til at all reklame kan bli sett eller hørt av barn, og det må vises særlig aktsomhet overfor barn og unges påvirkelighet og manglende erfaring.»

Et eksempel fra praksis er Markedsrådets sak 1999–1 (Wasa knekkebrød). Her ble det nedlagt forbud mot å sende et reklameinnslag før kl. 21 om kvelden ut fra betraktninger om at reklamen kunne bli sett eller hørt av barn, selv om den ikke var særlig rettet mot barn. I denne TV-reklamen ble det bl.a. helt ekstreme mengder tennvæske på en grill og brukt hårføner ute i regnvær. Markedsrådet fant at disse situasjonene kunne medføre så alvorlige konsekvenser dersom barn skulle finne på å gjøre etter det som ble vist, at filmen var urimelig og i strid med god markedsføringsskikk dersom den ble vist på et tidspunkt hvor mange barn ser på TV.

Etter departementets syn er den foreslåtte aktsomhetsnormen uttrykk for et generelt prinsipp som følger av gjeldende rett, og som det er ønskelig å synliggjøre i loven. Departementet har også merket seg at man på Island har lovfestet prinsippet om at man må ta hensyn til at barn og unge kan se eller høre reklamen, jf. punkt 8.3.4 ovenfor. Så vidt departementet kjenner til fungerer praktiseringen av prinsippet godt i dag. Som eksemplet ovenfor viser, kan reklame anses urimelig nettopp fordi den ikke er beregnet på barn, men likevel kan

ses eller høres av barn. Man kan også f.eks. tenke seg skremmende eller på annen måte upassende reklame for barn i det offentlige rom som på «superboards». På denne bakgrunn opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet.

Advokatforeningen gir sin tilslutning til utkastet § 4–1, men uttaler at utkastet til § 4–1 første og annet ledd bør slås sammen, da vurderingskriteriene etter første ledd (påvirkelighet, manglende erfaring og naturlig godtroenhet) faller inn under begrepet «andre forhold som gjør barn særlig sårbare» i annet ledd.

Departementet ser at mange av vurderingskriteriene vil være sammenfallende. Poenget er imidlertid at selve aktsomhetsnormen følger av første ledd, og er rettet til de næringsdrivende som utfører markedsføringstiltak. Annet ledd er på den annen side ment å gi en anvisning til håndhevingsmyndigheten. Departementet anser at dette skillet er hensiktsmessig, og opprettholder forslaget fra høringsnotatet.

8.9.3 Til høringsforslaget § 4–2

Høringsforslaget § 4–2 lød som følger:

«§ 4–2. Påvirkning av kjøpsbeslutninger

Ved urimelighetsvurderingen etter § 2–1 flg. legges det vekt på om markedspraksisen er særskilt rettet mot barn. Selv om markedspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, legges det vekt på om den, på grunn av art eller produkt, appellerer til barn, og den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

En markedspraksis er alltid urimelig dersom den direkte oppfordrer barn til å kjøpe eller til å overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe et produkt «

Advokatforeningen mener at § 4–2 fra og med første ledd, annet punktum kan utelates eller reguleres i forskrift.

ANFO uttaler at grensdragningen for hva som vil kunne appellere til barn vil være vanskelig å trekke, og skape stor grad av uforutberegnelighet. I realiteten vil ethvert produkt kunne rammes. *ANFO* mener at bestemmelsen på dette punkt synes å være i strid med direktivet. *Telenor* mener at passusen i § 4–2 første ledd annet punktum bør utgå, da det må antas at mer eller mindre all reklame kan appellere til barn, og stiller spørsmål ved om det er nødvendig med en slik utvidelse. *NORDMA* uttaler at høringsforslaget § 4–2 går alt for langt, og ber departementet om å nærmere vurdere rekkevidden av bestemmelsen.

Framtiden i våre hender foreslår at ordet «kanal» føyes til delsetningen «på grunn av art eller produkt».

PRESS – Redd Barna Ungdom foreslår følgende tilføyelse «... barns særlige sårbarhet for praksisen. Videre kan særlig påtrengende reklame samt skjult reklame tillegges vekt i urimelighetsvurderingen.»

Begrunnelsen for forslaget er som følger:

«PRESS mener at særlig påtrengende reklame samt skjult reklame er sentrale elementer i påvirkning av kjøpsbeslutninger hos barn. I høringsnotatet pkt. 7.3.3 om særlig påtrengende reklame refereres det til Forbrukerombudets praksis, som åpenbart ivaretar denne problemstillingen, men PRESS – Redd Barna Ungdom mener at punktet om særlig påtrengende reklame samt skjult reklame bør hjemles i loven. Begrepene er allerede foreslått inn under henholdsvis kapittel III og kapittel I, men PRESS mener at de også bør nevnes særskilt under kapittel IV om beskyttelse av barn.»

Videre foreslår PRESS at ordet «direkte» i annet ledd strykes, fordi det kan åpne for indirekte kjøpsoppfordring overfor barn. *NORDMA* kritiserer på sin side at ordlyden i setningen «direkte oppfordrer» mv. avviker fra ordlyden i direktivets svarteliste punkt 28, og uttaler at de vanskelig kan trekke noen annen konklusjon enn at «å oppfordre» må innebære at det skal dreie seg om svært direkte henvendelse med kjøpsanmodning før reklamen kan rammes.

Justisdepartementet kommenterer at «svartelisten» punkt 28 synes å sikte til at reklamen er formulert slik at den direkte henvender seg til barna. Men at ordlyden i høringsforslaget § 4–2 annet ledd kan forstås som om den omfatter all markedsføring som er myntet på barn. Justisdepartementet mener at bestemmelsen i så fall kan bli vanskelig å praktisere. *Forbrukerrådet* uttaler også at bestemmelsen kan forstås som om praktisk talt enhver direkte markedsføring mot barn og ungdom kan anses som «direkte oppfordring» og at praktiseringen av bestemmelsen vil bli problematisk. *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjonen (HSH)* mener også at høringsforslaget § 4–2 kan tolkes dit hen at det alltid vil være urimelig å markedsføre et produkt eller en tjeneste som kan oppfordre barn til å kjøpe.

Departementets vurderinger

Til merknaden fra Advokatforeningen om at store deler av forslaget til § 4–2 kan utelates eller reguleres i forskrift, vil departementet bemerke at det

anses hensiktsmessig å synliggjøre reglene om barn i loven. Det vises til begrunnelsen for dette i punkt 8.4.2.

Bestemmelsen er ment å gi uttrykk for direktivets sentrale regler om barn og unge, som det er redegjort for i punkt 8.2 ovenfor. Når det gjelder høringsforslaget § 4–2 første ledd annet punktum, viser departementet også til redegjørelsen i punkt 4. 4.3.3 om gjennomsnittsfbrukeren og til spesialmerknadene til § 6 om kravet «vesentlig egnet til å endre forbrukernes økonomiske atferd». Det følger særlig av artikkel 5 nr. 3 og fortalen punkt 19, at forholdet til sårbare grupper som barn kan tas i betraktning, selv om handelspraksisen ikke er spesielt rettet mot dem. Flere høringsinstanser mener at kriteriet «appellerer til barn» kan være vidtrekkende og vanskelig å praktisere. Departementet har revurdert forslaget, og vil foreslå ordlyden «er egnet til å påvirke», som antas å være mer dekkende for det som følger av direktivet. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse er det et tilleggsvilkår at den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

Merknaden til *Framtiden i våre hender* synes å hense på TV-reklame. Til dette vil departementet påpeke at TV-reklame reguleres spesielt i kringkastingsregelverket, og at det dermed ikke er naturlig å vise til «kanal» i markedsføringsloven.

PRESS – Redd Barna Ungdom ønsker at bestemmelsen også viser til påtrengende og skjult reklame. Departementet anser at disse reglene er av så generell art at det ikke er naturlig å inkorporere dem spesielt i en bestemmelse om barn. Loven vil ha generelle regler om påtrengende og skjult reklame, og som ellers vil reglene tolkes strengere når reklamen er rettet mot barn.

Flere høringsinstanser kommenterer forslaget til § 4–2 annet ledd om «direkte» oppfordringer til barn om å overtale foreldrene mv. For å unngå uklarheter og eventuell motstrid med direktivet, foreslår departementet å ta inn «svartelistens» punkt 28 ordrett inn i forslaget til § 20 annet ledd.

8.9.4 Til høringsforslaget § 4–3

Høringsforslaget § 4–3 hadde følgende ordlyd:

«§ 4–3. *Annen* urimelig markedspraksis overfor barn

Ved urimelighetsvurderingen etter § 3–1 kan det blant annet legges vekt på om markedspraksisen:

- a) oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer;
- b) spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit;

- c) bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst; eller
- d) bruker aggressive virkemidler som vold, sex eller rus.»

Advokatforeningen mener at høringsforslaget § 4–3 kan utelates eller reguleres i forskrift.

ANFO uttaler at formålet med bestemmelsen er aktverdig. Imidlertid er eksemplene bestemmelsen lister opp hensyntatt i nødvendig utstrekning i høringsforslagets bestemmelse om urimelig handelspraksis som har betydning for annet enn forbrukernes økonomiske interesser, «restgeneral-klausulen». Alternativt kan høringsforslaget § 4–1 omarbeides noe og innarbeides i denne bestemmelsen.

Helse- og omsorgsdepartementet ber departementet vurdere om det skal tilføyes i bokstav b at barns selvbilde skal være med i vurderingen. Begrunnelsen er at markedsføring av kosmetiske inngrep nettopp spiller på personers dårlige selvbilde, og overfor barn er dette spesielt bekymringsfullt.

PRESS – Redd Barna Ungdom foreslår at det tilføyes en ny bokstav e: «*fremmer usunne og urealistiske idealer eller bidrar til å skape /opprettholde kjønnsstereotyper.*»

Dette begrunnes på følgende måte:

«*PRESS* ser økende seksualisering gå hånd i hånd med økende kommersialisering i samfunnet. Det ligger mye profitt i dagens utseendefikserte samfunn, og kommersielle aktører finner også et marked på dette området hos barn og unge. *PRESS* kan ikke vise til konkrete reklameeksempler eller saker hos Forbrukerombudet, men man kan vise til for eksempel unormalt undervektige modeller som brukes for å markedsføre klær og sminke for barn og unge, som følgelig kan fremme usunne og urealistiske idealer med farlige konsekvenser. Videre ser *PRESS* også med uro på reklamens makt til å skape eller opprettholde et stramt og definert kjønnsrollemønster. Det er bekymringsfullt at barn på et tidlig stadium i livet blir møtt med kjønnsbaserte forventninger og krav gjennom medieskapt idealer. Herav forslag om tillegg.»

Framtiden i våre hender mener at skjult eller delvis skjult markedsføring må innlemmes i lovteksten. Som eksempel nevnes produktplassering i ulike sammenhenger.

Forbrukerombudet kommenterer også påtrengende og skjult reklame overfor barn og unge i forbindelse med høringsutkastet § 4–3, og uttaler følgende:

«Opplistingen i § 4–3 er ikke uttømmende, og hver enkelt sak må vurderes konkret. Ved denne konkrete vurderingen vil flere andre momenter kunne komme i betraktning, alt etter omstendighetene, herunder hvorvidt markedsføringen fremstår som særlig påtrengende eller fremstår som skjult. Dette fremstår etter min vurdering ikke tilstrekkelig klart i departementets gjennomgang av dagens praksis, og jeg vil oppfordre til at dette klargjøres i forarbeidene.»

Justisdepartementet uttaler at de ut fra overskriften legger til grunn at paragrafen bare skal gjelde markedsføring rettet mot barn, og at dette i så fall må komme til uttrykk i lovteksten.

Departementets vurderinger

Som i foregående punkt, vurderer departementet det slik at reglene om barn bør synliggjøres i loven, og at det ikke er naturlig at særbestemmelsene om barn eksplisitt nevner skjult og påtrengende reklame. Som Forbrukerombudet påpeker, kan det imidlertid i en konkret vurdering legges vekt på om handelspraksisen er særlig påtrengende eller skjult, da opplistingen er eksemplifiserende og ikke uttømmende. Generelle regler om skjult og påtrengende reklame finnes i lovforslaget § 3 første ledd og § 2 tredje ledd.

Helse- og omsorgsdepartementet tar opp spørsmål om barns selvbilde bør med i bokstav b. Til dette vil departementet bemerke at det kun er nyanseforskjeller mellom «dårlig selvbilde» og høringsforslagets «dårlig selvtilitt», evt. «sosial usikkerhet». Uansett vil reklame som spiller på dårlig selvbilde kunne fanges opp av lovforslaget § 2 første ledd. Departementet ser etter dette ikke grunn til å tilføye «dårlig selvbilde» i lovteksten.

PRESS – Redd Barna Ungdom foreslår en tilføyelse om usunne og urealistiske idealer og kjønnsstereotyper. Til dette vil departementet vise til proposisjonens kapittel 6, der det fremgår at reglene om kjønnsdiskriminerende reklame ikke endres nå. Videre mener departementet at reklame som spiller på usunne/urealistiske idealer vil kunne fanges opp av høringsforslagets bokstav b: «*spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtilitt.*» Etter departementets syn er det ikke noe særlig behov for å nevne reklame som fremmer usunne og urealistiske idealer eksplisitt. Forbrukerombudet har i samarbeid med bransjen utarbeidet etiske retningslinjer for motebransjens markedsføring mot barn og unge. Her gis det for eksempel føringer på at modeller bør avspeile et differensiert kroppsbilde, og at virkemidlene bør

oppfordre til et sunt kroppsideal. Dagens praksis og retningslinjer på dette punkt vil kunne videreføres etter den nye loven.

Til Justisdepartementets merknad om at det må synliggjøres at bestemmelsen bare skal gjelde markedsføring rettet mot barn, vil departementet påpeke at forslag til § 21 må ses i sammenheng med den alminnelige bestemmelsen i § 19. Det betyr at § 21 ikke bare er ment å gjelde reklame som er rettet mot barn i snever forstand (i betydningen er beregnet på barn), men også når den for øvrig kan ses eller høres av barn. Eksemplene som er opplistet i den foreslåtte bestemmelsen er typisk forhold som gjør at reklamen ikke passer for eller er beregnet til barn. At det likevel skal tas hensyn til at slik reklame kan ses eller høres av barn følger av gjeldende rett når det gjelder praktiseringen av dagens generalklausul, jf. punkt 8.9.2 ovenfor. Det følger også av Forbrukerombudets retningslinjer for markedsføring og vilkår overfor barn og unge at praksis vedrørende virkemiddelbruk knytter seg både til reklame hvor barn og unge er målgruppen, og markedsføring generelt hvor det er vektlagt at reklamen i stor grad kan ses av barn eller unge. For øvrig vises det til de spesielle merknadene til forslag til § 21.

8.10 Oppsummering og konklusjon

Departementet foreslår et nytt kapittel om beskyttelse av barn. Kapitlet deles opp i tre bestemmelser, nærmere bestemt en alminnelig bestemmelse,

en bestemmelse om urimelig handelspraksis overfor barn og en bestemmelse om etiske og moralske aspekter (god markedsføringsskikk) ved markedsføring overfor barn.

Departementet foreslår i § 19 en generell akt-somhetsregel som inneholder en beskrivelse av hva som kjennetegner «gjennomsnittsforbrukeren» i en barnegruppe. Slike kjennetegn vil kunne være påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet. Denne bestemmelsen retter seg mot næringsdrivende som utformer markedsføringstiltak. Departementet foreslår videre at det i den alminnelige bestemmelsen slås fast at det ved vurderingen av om handelspraksis er i strid med lovens bestemmelser, skal tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare. Denne bestemmelsen retter seg mot håndhevsmyndigheten.

Den andre bestemmelsen, § 20, er en utdyping/presisering av § 6. Her slås det fast hvilke forhold det skal legges vekt på ved urimelighetsvurderingen etter § 6 om urimelig handelspraksis. Bestemmelsen gjengir vurderingstemaene i artikkel 5 nr. 2 og 3 for tilfeller der handelspraksisen skal vurderes ut fra hvordan den er egnet til å påvirke barns økonomiske atferd. I tillegg gjengis punkt 28 i direktivets «svarteliste».

Departementet foreslår at den tredje bestemmelsen, § 21, angir relevante momenter som skal vektlegges når markedsføring overfor barn skal vurderes etter § 2 om god markedsføringsskikk mv.

9 Beskyttelse mot uønsket markedsføring

9.1 Telefonmarkedsføring og adressert reklame

9.1.1 Gjeldende rett og praksis

Ved telefonmarkedsføring og adressert reklame i posten utøves en form for direkte markedsføring. Med direkte markedsføring menes vanligvis direkte henvendelser til enkeltpersoner for å selge eller markedsføre varer, tjenester eller andre ytelser. Direkte henvendelser via e-post, telefaks og sms er andre former for direkte markedsføring.

Reglene for direkte markedsføring finnes i ulike regelverk, og tilsyns- og kontrollmyndigheten er i praksis delt mellom Forbrukerombudet og Datatilsynet.

Etter personopplysningsloven (lov 14. april 2000 nr. 31) § 26 annet ledd har enkeltpersoner rett til å reservere seg mot direkte markedsføring i Det sentrale reservasjonsregister (Reservasjonsregisteret), som administreres av Brønnøysundregistrene. Nærmere regler for Reservasjonsregisteret er fastsatt i personopplysningsforskriften (forskrift 15. desember 2000 nr. 1265). Datatilsynet håndhever bestemmelsen.

Reservasjonsordningen gjelder uavhengig av medium. Markedsføringsloven § 2 b stiller imidlertid krav om forhåndssamtykke for direkte markedsføring bl.a. ved e-post, telefaks, sms og automatiserte oppringninger. I bestemmelsens annet ledd er det gjort unntak fra kravet om forhåndssamtykke for muntlige markedsføringshenvendelser per telefon. Markedsføringsloven § 2 b foreslås videreført i lovforslaget § 15, se for øvrig merkna-dene til bestemmelsen i kapittel 19.

Reservasjonsordningen får etter dette i praksis kun anvendelse på markedsføring ved hjelp av telefon og adressert reklame i posten.

Den enkelte kan velge om reservasjonen skal omfatte markedsføringshenvendelser fra ideelle og humanitære organisasjoner. Datatilsynet har i praksis etter personopplysningsloven lagt til grunn at man også kan reservere seg mot henvendelser om innsamlingsaksjoner fra slike organisasjoner.

Man kan ikke reservere seg mot opinions- eller markedsundersøkelser da dette ikke ansees som direkte markedsføring, jf. Datatilsynets tolkning av

personopplysningsloven § 26 (2003). Det er imidlertid mulig å henvende seg direkte til virksomheten og med bakgrunn i personopplysningsloven § 8 anmode om å bli sperret i det lokale adresseregisteret. Man har imidlertid ikke automatisk krav på å bli reservert da samfunnets interesse i å gjennomføre slike undersøkelser kan være stor, avhengig av formålet med kartleggingen.

Den enkelte kan registrere seg i Reservasjonsregisteret ved å benytte tilbudet om elektronisk selvregistrering på www.brreg.no, eventuelt ved å sende et utfylt registreringsskjema eller et brev. Man kan også reservere seg ved å ringe til Brønnøysundregistrenes automatiske telefontjeneste, «Datafonen», eller til registrenes sentralbord.

Tall fra Brønnøysundregistrene 9. april 2008 viste at 1 662 484 personer hadde reservert seg mot direkte markedsføring. 99 prosent av disse hadde reservert seg mot telefonmarkedsføring. 88 prosent av de registrerte har valgt å også reservere seg mot henvendelser fra humanitære og ideelle organisasjoner. 55 prosent var reservert mot direkte adressert reklame i posten.

Markedsføreren plikter etter personopplysningslovens § 26 tredje ledd å kontrollere sitt adresseregister mot Reservasjonsregisteret før første gangs utsendelse og deretter minst fire ganger i året. Reservasjonen gjelder ikke dersom markedsføringen er rettet mot en som den behandlingsansvarlige har et løpende kundeforhold til og markedsføringen gjelder den behandlingsansvarliges egne produkter.

Reservasjonen er personlig, og skjer i praksis ved at man registrerer sitt ellevesifrede fødselsnummer i Reservasjonsregisteret. Reservasjonsregisteret er knyttet opp mot opplysninger i folkeregisteret. Etersom reservasjonen ikke er knyttet til telefonnummer, må alle i samme husstand registrere seg for å være reservert. Det er ikke nødvendig å fornye reservasjonen ved flytting, navneendring, og lignende, men den enkelte plikter å oppdatere Folkeregisteret om slike endringer.

Brønnøysundregistrene foretar ikke selv «asking» av lister, men leverer ut opplysninger basert på det som er registrert i folkeregisteret. Listen som den næringsdrivende mottar, inneholder navn, offisiell (folkeregistrert) adresse og fødsels-

dato. Fødselsnummer (elleve siffer) gis bare ut dersom den næringsdrivende ber om dette, og adresselisten som skal «vaskes» inneholder fødselsnumre fra før. For å få tilfredsstillende kontroll mot Reservasjonsregisteret er markedsførerne avhengige av at deres egne opplysninger stemmer overens med det som står registrert i folkeregisteret. I motsatt fall er det sannsynlig at markedsføreren får beskjed om at vedkommende ikke er registrert i Reservasjonsregisteret og at markedsføring derfor kan foretas.

I en undersøkelse fra Statens institutt for forbruksforskning (SIFO) fra 2007 oppga 84 % av de spurte at de hadde blitt oppringt av telefonselgere til tross for at de hadde reservert seg. 92 % av de spurte i denne undersøkelsen var for øvrig negative til telefonsalg.

At folk blir oppringt når de har reservert seg skyldes ikke alltid regelbrudd fra markedsførerne. Flere forhold kan føre til at markedsførernes egne opplysninger ikke stemmer overens med de registrerte. Alle i husstanden er for eksempel ikke reservert eller den enkelte har ikke oppdatert folkeregisteret om endringer i navn og adresse. Variasjoner i navn og adresse kan også forekomme som følge av ulike skrivemåter mv. I praksis kan det videre gå opptil tre til fire måneder fra man har registrert seg til markedsførerne har oppdatert listene sine. En del tror for øvrig at de kan reservere seg i Reservasjonsregisteret mot markeds- og opinionsundersøkelser, uadressert reklame, og henvendelser foretatt i løpende kundeforhold.

Avtaler inngått over telefon er en form for fjernsalg (dvs. der partene ikke møtes). Det følger da av angrerettloven (lov 21. desember 2000 nr. 105 om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted) at selgeren har en omfattende opplysningsplikt og forbrukeren 14 dagers angrerett. Formålet med disse bestemmelsene er å ivareta forbrukerens spesielle behov ved denne type kjøp. Forbrukeren har f.eks. ikke samme mulighet som ved kjøp i butikk til å undersøke varen på forhånd, og avtaler inngås ofte mer impulsivt.

På enkelte områder gjelder for øvrig særskilte regler om skriftlig fullmakt og skriftlig avtaleinngåelse.

På området for elektronisk kommunikasjon følger det av ekomforskriften (forskrift nr. 401 av 16. februar 2004) § 1–10 at tilbydere av elektronisk kommunikasjon må innhente skriftlig fullmakt ved videresalg av abonnement og ved annen avtaleinngåelse om levering av telefontjeneste eller internettilgang. Videre kreves skriftlig fullmakt ved etablering av fast forvalg og gjennomføring av tilbyder-

portabilitet. Fullmakt skal innhentes før endringene gjennomføres.

Ved skifte av strømleverandør skal det foreligge skriftlig kraftleveringskontrakt før endring kan iverksettes, jf. forskrift om måling, avregning og samordnet opptreden ved kraftomsetning og fakturering av nett-tjenester (forskrift nr. 301 av 3. november 1999 til energiloven) kapittel 2.

Finansavtaleloven stiller for øvrig krav om skriftlighet ved inngåelse eller endring av visse låneavtaler (finansavtaleloven §§ 48 og 49).

9.1.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

Dagens reservasjonsordning og krav om forhåndssamtykke har bakgrunn i en rekke EU-direktiver, herunder direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med elektronisk behandling av personopplysninger, direktiv 97/66/EF om beskyttelse av privatlivets fred innenfor telesektoren, direktiv 97/7/EF om fjernsalg og direktiv 2002/58/EF om personvern og elektronisk kommunikasjon.

Ifølge disse direktivene er medlemsstatene pålagt å stille krav om forhåndssamtykke for markedsføring ved hjelp av elektroniske kommunikasjonskanaler som e-post, telefaks, sms og automatiske telefonoppringninger i sin lovgivning. For muntlig telefonmarkedsføring og adressert reklame i posten har medlemsstatene valgt ulike løsninger.

Direktivet om urimelig handelspraksis endrer ikke disse reglene.

9.1.3 Andre nordiske land.

Både *svensk*, *finsk* og *islandsk* rett har en reservasjonsordning for telefonmarkedsføring og adressert reklame i posten.

I *Sverige* er reservasjonsordningen bransjedrevet. Privatpersoner kan reservere seg mot telefonmarkedsføring gjennom den såkalte NIX-telefonen og mot adressert reklame i posten i det såkalte NIX-adresserat. Det eksisterer også en egen DM-nämnd som er bransjens eget organ for selvregulering. Nemnden er et rent bransjeorgan og kommer kun med uttalelser i konkrete klagesaker om hvorvidt direktemarkedsføring er i strid med god markedsføringsskikk etter bransjens retningslinjer. Nemndens uttalelser er ikke bindende, men publiseres på DM-nämndens hjemmesider. DM-nämnden forestår ikke noen autorisasjonsordning.

Danmark har et forbud mot uanmodet personlig (dørsalg) og telefonisk henvendelse til forbrukeren på dennes bopel mv., uten forutgående

anmodning om dette, i *forbrugeraftaleloven* § 6 (lov nr. 451 af 9. juni 2004 om visse forbrugeraftaler). Når en næringsdrivende har henvendt seg i strid med bestemmelsen vil forbrukerens løfte ikke være bindende.

Reglene gjelder likevel ikke telefoniske henvendelser om bestilling av bøker, tegning av abonnement på aviser, ukeblader og tidsskrifter, formidling av forsikringsavtaler og tegning av abonnement på visse typer redningstjenester og syketransport. I forarbeidene til loven fremgår det at de to førstnevnte unntakene særlig er begrunnet ut fra hensynet til disse produktenes betydning for det alminnelige informasjonsnivå og deltakelsen i samfunnsdebatten. De to sistnevnte unntakene er begrunnet med det samfunnsmessige behovet for at flest mulig får tilgang til denne typen tjenester, som til dels kan karakteriseres som «lavinteresseprodukter». Den enkelte kan imidlertid reservere seg mot slike henvendelser og andre uanmodede direkte reklamehenvendelser i den såkalte Robinsonlisten i det sentrale personregister (CPR-registeret).

9.1.4 Høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for problemer knyttet til telefonmarkedsføring. Mange forbrukere opplever dette som en særlig påtrengende og forstyrrende salgsform. Et særskilt problem er saker om «negativt salg» dvs. der forbrukeren får tilsendt varer med krav om betaling uten at avtale har vært inngått. Et annet problem er manglende respekt for registreringer i Reservasjonsregisteret. I 2005 mottok Datatilsynet 900 klager, både skriftlige og muntlige, som gjaldt manglende respekt for reservasjoner. De fleste klagene gjaldt markedsføring per telefon. Forbrukerombudet mottok 750 klager relatert til telefonmarkedsføring i en eller annen form, deriblant mange om «negativt salg».

Det ble videre redegjort for tidligere forslag om å innføre krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring jf. høringsnotat 16. juni 2000 som ble sendt ut i etterkant av Ot.prp. nr. 62 (1999–2000). Den gang ble det besluttet å ikke gå videre med forslaget, men lagt til grunn at spørsmålet ville bli vurdert på nytt dersom reservasjonene ikke ble respektert.

I høringsnotatet (fra 2006) så departementet på fire ulike alternativer for å effektivisere dagens reservasjonsordning med tanke på telefonmarkedsføring, og redegjorde for fordeler og ulemper ved de ulike alternativene.

1. Det første alternativet var krav om forhåndssamtykke til telefonmarkedsføring med unntak for eksisterende kundeforhold. Kravet kunne innføres ved å oppheve dagens unntak for telefonmarkedsføring i markedsføringsloven § 2 b annet ledd.

2. Et krav om forhåndssamtykke kunne eventuelt kombineres med unntak for visse virksomheter som er ekstra avhengige av inntektene fra telefonmarkedsføring eller som av andre grunner tilbyr produkter som bør være mest mulig tilgjengelige, i likhet med ordningen i Danmark.

3. Et tredje alternativ var å effektivisere Reservasjonsregisteret. Departementet redegjorde for flere aktuelle tiltak; bl.a. å knytte registrering til telefonnummer i tillegg til fødselsnummer (11 siffer) og å gi mulighet for å registrere andre adresser enn den folkeregistrerte for øke reservasjonenes treffsikkerhet. Andre tiltak var å gi markedsførerne tilgang til fødselsnumre registrert hos folkeregisteret. Krav til markedsførerne om å benytte spesialnummer som er lett gjenkjennelige på mottakerens telefondisplay ble også foreslått som en mulighet.

4. Et fjerde alternativ var å innføre krav om at avtaler som inngås over telefon måtte bekreftes skriftlig for å være bindende. Man kunne tenke seg ulike måter å oppfylle kravet til skriftlighet på, og disse burde omfatte avtaleinngåelse ved elektronisk kommunikasjon.

Departementet redegjorde dernest for ulike argumenter for og imot å innføre forhåndssamtykke for adressert reklame i posten. På den ene siden opplever mange også slik reklame som plagsom og unødig bruk av papir er uheldig sett fra et miljøperspektiv. På den andre siden er ikke adressert reklame i posten en inngripende markedsføringsform og et krav om forhåndssamtykke ville ramme næringsliv og arbeidsplasser. Innspill fra ulike bransjeorganisasjoner mv. ble inntatt i høringsnotatet. Etter en avveining av kryssende hensyn, foreslo departementet å videreføre dagens reservasjonsordning for adressert reklame.

9.1.5 Telefonmarkedsføring

9.1.5.1 Høringsinstansenes syn

47 høringsinstanser har hatt synspunkter på de fire reguleringsalternativene for telefonmarkedsføring som ble foreslått i høringsnotatet. I tillegg har 3 instanser hatt faglige innspill, uten å ta stilling til hvilken løsning som burde velges.

Nedenfor redegjøres nærmere for høringsinstansers syn på de ulike alternativene.

1. Forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring

Krav om forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring, med unntak for eksisterende kundeforhold, blir imøtegått av et klart flertall av høringsinstansene, som i hovedsak representerer næringslivet. De viser til konsekvenser for arbeidsplasser, distrikter, konkurransen, utsatte bransjer og frivillig arbeid. Mange påpeker at telefonmarkedsføring er en kostnadseffektiv måte å komme i kontakt med kunder på, og mener et samtykkekrav i praksis vil være et forbud mot denne salgsformen.

Et mindretall, herunder representanter for forbrukerne og miljøorganisasjoner, støtter krav om forhåndssamtykke. De viser bl.a. til privatlivets fred og at dette er en påtrengende og overraskende salgsform. Avtaler som forplikter i lang tid, eller som er kompliserte bør ikke inngås i en situasjon der forbrukeren ikke er forberedt. Reservasjonsordningen virker heller ikke godt nok for alle grupper, herunder eldre. Flere høringsinstanser viser også til at virksomheter som er avhengige av telefonmarkedsføring vil finne alternative markedsføringskanaler dersom det innføres et krav om forhåndssamtykke.

Følgende forhold trekkes frem av høringsinstansene:

Hensynet til forbrukerne/privatlivets fred

Både *Datatilsynet*, *Forbrukerombudet* og *Forbrukerrådet* mener det bør innføres krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring. En slik regel beskytter privatlivets fred best. Telefonmarkedsføring er påtrengende og mange forbrukere er negative til denne markedsføringsformen. Alle mener det bør være et unntak for eksisterende kundeforhold. Det er allerede i dag krav om forhåndssamtykke for mindre inngripende markedsføringsformer, blant annet for markedsføring ved hjelp av e-post og sms.

I følge *Forbrukerombudet* er telefonmarkedsføring en av de salgsformer han får flest klager på og som vekker mest misnøye blant forbrukere. Ca. 10 % av klagen til ombudet gjelder telefonmarkedsføring, og de fleste av disse gjelder negativt salg. Ombudet peker på at forbrukerne forstyrres og at de ofte på stående fot må ta stilling til et tilbud de ikke har bedt om, eller oppsøkt. Selgerne er gjerne pågående og inntar en fortrolig tone som forbrukerne reagerer på. Ombudets erfaring er at mange telefonselgere tilslører eller unnlater å informere om viktige avtalevilkår. Det kan også være vanskelig for forbrukeren å få med seg alt som blir sagt under salgssamtalen. Mange eldre

finder det vanskelig å si nei til pågående telefonselgere og er i mindre grad tilbøyelige til å reservere seg i Reservasjonsregisteret. Samtidig er eldre og andre hjemmeværende særlig eksponert for telefonmarkedsføring ettersom mange henvendelser skjer på dagtid. Også stumme oppringninger og skjult nummer skaper bekymring og irritasjon. Ombudet har for øvrig hatt en omfattende dialog med bransjeorganisasjonen Norsk direktemarkedsførings forening (NORDMA), som har satt i gang tiltak for å bedre kvaliteten på virksomheten deres medlemmer driver. Ombudet får imidlertid fortsatt klager på selskaper som er medlemmer av NORDMA.

Også *Forbrukerrådet* mottar en rekke henvendelser om telefonmarkedsføring, og refererer til undersøkelser som viser at 90 % av forbrukerne irriterer seg over telefonmarkedsføring. *Datatilsynet* opplyser at antallet henvendelser vedrørende Reservasjonsregisteret fortsatt er høyt, selv om tallet har gått ned.

Mediebedriftenes Landsforening og *Landslaget for Lokalaviser*, som går mot et krav om forhåndssamtykke, mener det er sannsynlig at forbrukerne har forskjellig syn på telefonsalg alt etter hvilke varer som selges. De viser til at aviser er et produkt de fleste har et positivt forhold til, og det er få klager på avisenes telefonsalg.

Arbeidsplasser/distriktshensyn

En rekke høringsinstanser, bl.a. *Samferdselsdepartementet*, *Nærings- og handelsdepartementet*, *Annonserforeningen (ANFO)*, *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*, *Norsk Postordreforening*, *Advokatforeningen*, *Eniro Norge AS (Eniro Norge)*, *Tele2*, *Telenor Telecom Solutions AS (Telenor)*, *NORDMA*, *NORDMA's TM-nettverk*, *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)* og *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* begrunner sin motstand mot strengere regulering med hensynet til arbeidsplasser, særlig i distrikts-Norge. Et krav om forhåndssamtykke vil være en så stor innstramning at det er fare for at telefonmarkedsføringsvirksomhet ikke lenger vil kunne drives.

NORDMA viser til at TM-bransjen i stor grad har etablert seg utenfor de store byene fordi de finner mer stabil arbeidskraft der. Virksomhetene er ofte hjørnesteinsbedrifter. De sysselsetter ungdommer, innvandrere og kvinner og grupper som ellers ikke har så mange jobbtillbud på mindre steder. For mange arbeidstakere er telefonmarkedsføring en inngangsport til arbeidslivet. I tillegg er det en viktig biinntekt for mange studenter. Callsenter-

virksomhet er derfor med på å trekke til seg studenter til regionale sentra.

Forbrukerombudet, som er for et krav om forhåndssamtykke, påpeker imidlertid at det ikke er sikkert at det vil bli tap av arbeidsplasser. Flere callsentre driver med mer enn bare telefonmarkedsføring, for eksempel rådgiving og kundepleie. Tendensen er at flere selskaper setter ut deler av kundeservicen til callsentre, og flere av disse har høyere antall innkomne enn utgående samtaler.

Konkurransmessige konsekvenser

Flere høringsinstanser, blant andre *Konkurransetilsynet*, *Samferdselsdepartementet*, *NetCom AS (Netcom)*, *Abelia*, *Sparebankforeningen*, *Finansnæringens Hovedorganisasjon*, *HSH*, *NORDMA*, *NHO*, *Annonserforeningen*, *Den norske Forleggerforening* og *De norske Bokklubbene AS (Bokklubben)* viser til at et krav om forhåndssamtykke med unntak for eksisterende kundeforhold vil ha konkurransemessige konsekvenser og derfor ikke bør innføres. Telefonmarkedsføring er en kostnadseffektiv kanal som er avgjørende for å nå inn på nye markeder for en rekke virksomheter. Stenges denne kanalen, vil små og mellomstore virksomheter kunne utkonkurreres av de store med økonomi til å benytte andre kanaler. Når det gjøres unntak fra kravet om forhåndssamtykke i eksisterende kundeforhold, vil de store etablerte aktørene favoriseres. I bransjer hvor det tradisjonelt har vært få og store dominerende aktører, for eksempel telekommunikasjonsbransjen, har telefonmarkedsføring vært avgjørende for små aktørers markedstilgang.

Forbrukerrådet, som støtter en forhåndssamtykkeregulering, viser til at svekket konkurranse ikke kan veie tyngre enn hensynet til forbrukerne.

Forbrukerombudet mener hensynet til fri konkurranse vil kunne ivaretas selv om man strammer inn reglene for telefonmarkedsføring. Ombudet viser til at forbrukernes mulighet til å orientere seg i markedet har endret seg vesentlig de senere årene. Mange forbrukere blir stadig flinkere til å lete etter gode tilbud på egenhånd, blant annet på Internett.

Konsekvenser for frivillige organisasjoner

Flere høringsinstanser, bl.a. *HSH*, *NORDMA*, *Fylkesrådet i Troms*, *Norges Blindeforebund*, *Landsforeningen for Hjerte- og Lungesyke* og *Frivillighet Norge* uttaler at frivillig sektor er avhengig av telefonmarkedsføring, og at et krav om forhåndssamtykkekrav vil ramme sektoren hardt. Flere viser til at

ulike statlige initiativ, herunder forbudet mot spilleautomater, gir dårligere rammevilkår for frivillig virksomhet. De viser også til at markedsføringsloven ikke regulerer innsamlingsaksjoner fordi dette ikke anses som næringsvirksomhet i lovens forstand, og de ønsker at skillet opprettholdes. Frivillige organisasjoner bruker telefonen aktivt i sin dialog med medlemmer og støttespillere, for eksempel med givere om hvordan gaven er brukt. Denne kontakten bør ikke likestilles med en tradisjonell selger/kunderelasjon. Dersom det innføres et krav om forhåndssamtykke, ønsker de unntak for frivillige organisasjoner.

Forbrukerombudet opplyser imidlertid at han mottar mange klager også på frivillig virksomhet. Slike henvendelser kan være særlig påtrengende fordi det spilles på dårlig samvittighet. Når 88 % av de som reserverer seg mot telefonmarkedsføring velger å reservere seg også mot henvendelser fra ideelle/humanitære organisasjoner viser det at formålet med henvendelsen ikke har så stor betydning for forbrukerne. Det er salgformen de reagerer på. Frivillig sektor vil kunne finne andre måter å komme i kontakt med forbrukere som ønsker å bidra, for eksempel via en internettportal. For øvrig påpeker ombudet at innsamlinger ikke er regulert i markedsføringsloven da det ikke ansees som næringsvirksomhet. Ved et krav om forhåndssamtykke vil derfor innsamlinger falle utenfor. Dette skillet kan være vanskelig å forstå for forbrukerne.

Forbrukerrådet mener det bør være forhåndssamtykke for frivillige organisasjoners salg av produkter, men at innsamlingsaksjoner bør unntas fra kravet om forhåndssamtykke på grunn av konsekvensene for frivillig virksomhet. Forbrukerrådet påpeker likevel at slike henvendelser kan oppleves like påtrengende som annen markedsføring og mener forbrukerne bør kunne reservere seg mot innsamlinger fra slike organisasjoner.

Særlig om aviser og andre trykte medier

Representanter for aviser, bokbransje, og magasin- og ukepresse er alle negative til et krav om forhåndssamtykke og mener det vil få negative konsekvenser for virksomhetene. De viser til at det er få klager på deres virksomhet, og at de representerer seriøse virksomheter som følger lover og regler. Forbrukerne har et positivt forhold til deres produkter og er allerede beskyttet av angrerettloven ved telefonmarkedsføring.

Mediebedriftenes Landsforening, *Egmont Serieforlaget AS (Egmont)*, *Redaktørforeningen*, *Landslaget for Lokalaviser og Edda Media* viser til at krav

om forhåndssamtykke vil ramme avisene i særlig grad og at det kan få konsekvenser for avisenes samfunnsrolle. Dersom det blir innført et krav om forhåndssamtykke med unntak for eksisterende kundeforhold, tar flere til orde for at det bør være unntak for aviser, som i Danmark. *Mediebedriftenes Landsforening* anslår at opplagstallene vil synke med 5–10 % første året, for så å fortsette å falle de neste årene. Nedgang i abonnenter vil igjen føre til nedgang i annonseinntekter. Dette vil særlig gå ut over nr. 2-avisene og de riksspredte meningsbærende avisene. *Medietilsynet* slutter seg til dette og påpeker at reduserte annonseinntekter vil medføre at pressestøtten må økes dersom regjeringens mål for medie- og pressepolitikk skal innfris. *Landslaget for Lokalaviser* viser til at deres medlemmer er særlig avhengige av telefonmarkedsføring fordi abonnentene bor spredt og man har ikke mulighet til å komme i kontakt på annen måte.

Når det gjelder bøker, opplyser *Den norske Forleggerforening* og *Bokklubben* at norske bokklubber i stor grad benytter seg av telefonmarkedsføring fordi dette er den mest effektive markedsføringskanalen. Ledende skjønnlitterære bokklubber inngår i dag opp mot 50 % av alle medlemskap pr. telefon. En innskrenking vil være til stor ulempe for det norske bokklubbsystemet og forlagsøkonomien, og dermed for bredden i norsk litteratur og forfatternes inntekt.

I følge *Magasin- og Ukepresseforeningen* vil forhåndssamtykke også ramme magasin- og ukepressens telefonmarkedsføring. De viser til at ukepresse og magasiner bidrar til samfunnsdebatten og at grensen mot aviser er flytende. Etter deres syn er det naturlig å betrakte mediene som en felles enhet i forhold til regelverket rundt telefonmarkedsføring.

For øvrig

Noen høringsinstanser er negative til et krav om forhåndssamtykke for muntlig telefonmarkedsføring fordi de mener det vil gi problemer med å avgrense personkretsen som er beskyttet av kravet i markedsføringsloven § 2 b.

Eniro Norge viser bl.a. til at ved dagens krav om forhåndssamtykke for e-post i markedsføringsloven § 2 b, vil en fysisk person være en man sender melding til på personlig jobbadresse uavhengig av om det er i jobbsammenheng, og uttaler:

«Hva vil en «fysisk person» være når det gjelder telefonsalg? Mener departementet at telefonmarkedsføring næringsdrivende imellom må gå fra selger via sentralbord til kontaktperson?»

Dette vil være en stor begrensning for vår type virksomhet og er verken nødvendig eller ønskelig. Vi ønsker at dagens ordning opprettholdes, hvor telefonmarkedsføring er tillatt til de som ikke har reservert seg, og i hvert fall næringsdrivende imellom.»

Annonsørforeningen (ANFO) viser til at en problemstilling i forhold til kravet om forhåndssamtykke for markedsføring pr. sms, er om mottaker må ansees som en fysisk person selv om mobiltelefonabonnementet er betalt av og/eller er i arbeidsgivers navn. Et tilsvarende avgrensingsproblem vil kunne oppstå ved innføring av et krav om forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring, og kunne ramme «business to business» markedsføring via telefon.

2. Forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring med unntak

Alternativet om forhåndssamtykke kombinert med unntak for visse bransjer får i utgangspunktet liten støtte. Dersom forhåndssamtykke likevel innføres, støtter en del, blant annet frivillige organisasjoner og mediene, unntak for egen virksomhet/bransje.

Datatilsynet, Nærings- og handelsdepartementet, NORDMA/NORDMAs TM-nettverk, Get AS (Get), Advokatforeningen og Brønnøysundregistrene er alle svært skeptiske til forhåndssamtykke kombinert med unntak. De fleste viser til at selv om de økonomiske konsekvensene reduseres for de som får unntak, vil slike ordninger gjøre regelverket uoversiktlig og gi opphav til vanskelige grensespørsmål. Det er vanskelig å avgjøre om en bransje eller et produkt er mer avhengig av, eller passer bedre for telefonmarkedsføring enn en annen. Også for forbrukerne vil det være vanskelig å forholde seg til en slik regel, selv om det totale antall telefonmarkedsføringshenvendelser reduseres.

Forbrukerombudet ønsker i utgangspunktet et krav om forhåndssamtykke uten unntak. Unntak bør bare innføres dersom de ivaretar hensyn som veier tyngre enn hensynet til forbrukerne. En mulighet er å unnta ideelle og humanitære organisasjoner, som har et samfunnsnyttig formål. Ombudet støtter ikke unntak for telefoni-, strøm- og låneavtaler fordi avtalene ofte er for kompliserte til at forbrukeren får et riktig inntrykk av hva som tilbys. Den danske modellen der det er gjort unntak for visse bransjer anbefales heller ikke. Den typen virksomheter som der gis unntak, vil kunne nå frem til forbrukerne gjennom andre kanaler. Hovedregelen blir også lett illusorisk dersom man åpner for unntak i stor grad.

Forbrukerrådet tar opp det samme som ombudet, men mener at frivillige organisasjoners salg ved hjelp av telefon ikke under noen omstendighet bør unntas.

Frivillighet Norge, Landsforeningen for Hjerte- og Lungesyke, Forleggerforeningen, Bokklubben, Magasin- og Ukepresseforeningen, Mediebedriftenes Landsforbund og Landslaget for Lokalaviser går i utgangspunktet mot unntaksordninger, men ønsker unntak for egen virksomhet dersom det innføres forhåndssamtykke. *Bokklubben og Forleggerforeningen* viser til den danske modellen, og *Bokklubben* påpeker at et eventuelt unntak bør begrenses til egne produkter og tjenester.

Edda Media mener på sin side at pressepolitiske hensyn taler for en liberalisering og at aviser og tilsvarende medier bør få unntak fra *dagens reservasjonsordning*.

3. Effektivisering av dagens reservasjonsordning

Effektivisering av dagens reservasjonsordning får størst støtte blant høringsinstansene, selv om mange mener det ikke er tilstrekkelig for å stanse de useriøse virksomhetene. Høringsinstanser som er negative til forhåndssamtykke er generelt positive til å effektivisere reservasjonsordningen, selv om enkelte heller ikke ser behov for dette. Flere høringsinstanser tar også til orde for bedre klageordninger og mer effektiv håndheving og noen foreslår en bransjedrevet autorisasjonsordning.

HSH, Frivillighet Norge og Landsforeningen for hjerte- og lungesyke går inn for at gjeldende reservasjonsordning videreføres, men ønsker en evaluering av ordningen. *HSH* uttaler at de gjerne går i en dialog med departementet og Brønnøysundregistrene for å drøfte konkrete forbedringstiltak av Reservasjonsregisteret. *NORDMA og NORDMAs TM-nettverk* er også positive til endringer i Reservasjonsregisteret. De mener det er avgjørende for bransjens omdømme at ordningen fungerer godt og at en bred arbeidsgruppe bør gå nærmere gjennom ordningen.

Flere instanser har synspunkter på mulige forbedringstiltak ved dagens registreringsordning.

Noen ser fordeler ved bruk av fødselsnummer (11 siffer) som identifikator, slik at registrerte fødselsnummer utleveres til de som skal kontrollere sine lister mot Reservasjonsregisteret. *Telenor* viser til at identifisering ved bruk av fødselsnummer langt på vei vil bidra til at en reservasjon ikke «faller bort» ved for eksempel flytting. Også *Annonsørforeningen* nevner dette som eksempel.

Flere er positive til adgang til å registrere telefonnummer i tillegg til fødselsnummer i Reservasjonsregisteret.

Datatilsynet mener noen feilkilder vil lukes ut ved å knytte registrering til telefonnummer. Det er trolig færre som skifter telefonnummer i dag enn da denne løsningen ble vurdert forut for vedtaket av personopplysningsloven. Ulempen ved en slik løsning er likevel at den enkelte må huske å oppdatere Reservasjonsregisteret dersom telefonnummer endres.

Flere høringsinstanser mener det også bør gis adgang til å registrere flere telefonnummer og alternativ postadresse på samme adressat. *Mediebedriftenes Landsforening* mener på sin side at dette er tiltak som kan bety litt for noen forbrukere, men neppe vil avskrekke useriøse aktører.

Andre tar opp at rutinene for kontroll, eller «vasking» mot Reservasjonsregisteret kan bedres. *Kreativt Forum* viser til at tiden det tar fra reservasjonen er meddelt til den er effektivt er for lang, hele fire måneder. Også *Magasin- og ukepresseforeningen* tar opp dette, og mener kontrollen bør skje hyppigere. *Den norske Forleggerforening* viser til at det i dag kan det være komplisert å vaske egne adresser mot adressene i reservasjonsregisteret, og etterlyser enklere rutiner for å vaske data.

NHO mener et forbedringstiltak ved Reservasjonsregisteret kan være å lage en enkel og kostnadsfri klageordning, for eksempel slik at klage kan inngis pr. e-post på samme sted som man registrerer sin reservasjon. *NetCom* antyder at bedre informasjon om registeret kan være et tiltak som vil øke antallet registreringer.

Advokatforeningen uttaler at i den utstrekning årsaken til at Reservasjonsregisteret ikke fungerer tilfredsstillende er at markedsførerne ikke oppdaterer sine adresseregistre mot reservasjonsregisteret, bør det vurderes om det skal innføres mer effektive eller strengere sanksjoner mot overtredelser.

Organisasjonen Forbrukerkontakten mener gjeldende regelverk er godt nok, men at forbrukere som ønsker å reservere seg burde få snakke med en person.

Spesialnummer, nummervisning etc.

I høringsnotatet tok departementet opp spørsmålet om det kan være en løsning å pålegge telefonmarkedsførerne å benytte visse spesialnumre som er lette å kjenne igjen for mottakeren.

Bokklubben og LO støtter et slikt krav. *Forbrukerombudet* viser for øvrig til at det er et problem at

callsentre bruker *skjult* nummer slik at forbrukere ikke kan finne ut hvem som ringte.

Post- og teletilsynet opplyser imidlertid at det er en omfattende prosess å reservere nummerserier. Det er ikke enkelt å innarbeide nummerserier i folks bevissthet, og det er tvilsomt hvor effektivt et slikt tiltak vil være. En slik serie kan skape mer forvirring enn oppklaring og må etter tilsynets oppfatning vurderes nøye. Heller ikke *Datatilsynet* synes dette er et godt forslag.

Get viser til at en slik ordning forutsetter nummervisning hos sluttbrukerne, og at vedkommende oppfatter hvor det ringes fra. Ordningen kan videre bli unødig fordyrende.

Mediebedriftenes Landsforening mener at egne spesialnummer vil bli forbundet med de useriøse aktørene og at folk flest vil la være å svare på slike henvendelser. Forslaget vil ramme seriøse virksomheter hardt, og særlig de som ikke har alternative markedsføringskanaler. *Landslaget for Lokaltidiser* støtter dette. Også *Magasin- og Ukepresseforeningen* går mot egne spesialnumre bl.a. fordi de mener små blader ved en slik ordning fratras muligheter til selv å ringe eksisterende eller potensielle abonnenter, noe flere av disse anser å være mer effektivt enn å bruke eksterne telefonselgere. Det vil også kunne oppstå en vanskelig grensedragning mellom oppfølgings- og servicesamtaler og rene salgssamtaler.

Effektiv klageordning – autorisasjonsordning

Flere høringsinstanser tar opp at det er de useriøse virksomhetene som skaper problemer, og at tiltak må settes inn for å stoppe dem.

Mediebedriftenes Landsforening mener det bør fokuseres på å gjøre det vanskeligere for useriøse aktører, fremfor å ramme de seriøse aktørenes telefonmarkedsføring. Et eget klageorgan drevet enten av bransjen eller av forbrukermyndighetene kunne bidra til økt etterlevelse av regelverket, og en autorisasjonsordning til å fjerne useriøse aktører. *Telenor* støtter ideen om å pålegge aktørene en autorisasjonsordning.

NORDMA viser til at de i samarbeid med bransjen og *HSH* har utarbeidet forslag til en frivillig autorisasjonsordning basert på egenerklæring fra den næringsdrivende om å følge lovgivning og bransjenormer. Autorisasjonsordningen skal i utgangspunktet håndteres av bransjen selv med bistand fra *HSH* og *NORDMA*. Det foreslås nedsett en «godkjenningsnemnd» som vil gjennomgå søknader og autorisere virksomhetene. I tillegg skal nemnden fastsette innholdet i en opplæringsordning for virksomhetene. Nemnden vil ha repre-

sentanter fra *HSH* og *NORDMA*, en kjøper av tjenester og en utenforstående, gjerne med dommerkompetanse. Initiativtagerne mener det vil være en fordel hvis Forbrukerombudet og eventuelt *Datatilsynet* deltok i nemnden og ser det også som en fordel om autorisasjonskravet gjøres til et myndighetskrav.

Forbrukerombudet tviler på at en formell autorisasjonsordning vil hindre selskaper i å opptre useriøst, og stiller spørsmål ved hvilke vilkår som skulle bli stilt for å få en slik autorisasjon og hvem som skulle ha tildelt autorisasjonen og ført tilsyn med at vilkårene ble fulgt. Etter ombudets mening ville det på ingen måte være tilfredsstillende om en autorisasjonsordning bare ble drevet på privat basis.

4. Skriftlig bekreftelse i kombinasjon med effektivisering av reservasjonsordningen

Krav om at avtaler inngått over telefon må bekreftes skriftlig for å være bindende får noe støtte, men flertallet av høringsinstansene er negative. De viser bl.a. til de administrative konsekvensene dette vil få for næringslivet og at forbrukerne allerede i dag har krav på mye skriftlig informasjon og angrerett etter angrerettloven.

Justisdepartementet, *Advokatforeningen*, *Den norske Forleggerforening*, *Norsk Postordreforening*, *Datatilsynet*, *NORDMA*, *HSH*, *Get AS*, *Magasin- og Ukepresseforeningen* og *Mediebedriftenes Landsforening* er alle skeptiske til et krav om etterfølgende skriftlig bekreftelse.

Justisdepartementet viser til at norsk rett bygger på et utgangspunkt om formfrihet ved avtaler. Dersom det skulle bli tvist om hvorvidt avtale er inngått, vil det uansett legges vekt på om avtalen er bekreftet skriftlig eller selgeren eller tjenestetilbyderen på annen måte kan dokumentere at avtale er inngått.

Advokatforeningen, *NORDMA*, *HSH*, *Magasin- og Ukepresseforeningen* og *Norsk Postordreforening* viser til at forbrukerne er tilstrekkelig ivaretatt etter dagens regelverk og at en slik ordning er unødig tungvint sett på bakgrunn av bl.a. angrerettloven som gir forbrukerne mulighet til å gå fra avtalen uten nærmere begrunnelse. Et krav om etterfølgende skriftlig bekreftelse vil øke kostnadene både for de næringsdrivende og for forbrukerne.

Magasin- og Ukepresseforeningen uttaler at en ordning med etterfølgende skriftlig bekreftelse vil bety forsinket leveranse til abonnentene pga. økt administrasjon og større utgifter. Kundene kan oppleve det som at de må bestille varen to ganger. *Mediebedriftenes Landsforening* er av samme opp-

fatning og påpeker at kunder vil glemme å returnere avtalen, slik at avisene må lage systemer for å minne dem på dette. Skriftlig bekreftelse vil heller ikke bidra til å beskytte folk mot useriøse aktører fordi disse sannsynligvis ikke vil rette seg etter et slikt påbud. Seriøse virksomheter vil derimot rammes hardt, ved lavere abonnementsalg og lavere opplagstall. Særlig de riksspredte meningsbærende avisene og nummer 2-avisene har ingen annen mulighet enn telefon for å komme i kontakt med kunder. *Landslaget for Lokalaviser* slutter seg til dette.

NORDMA viser for øvrig til at avtaler inngått over telefon i de aller fleste tilfeller bekreftes i ettertid og *Get* mener det bør være opp til den enkelte næringsdrivende å vurdere behovet for krav til skriftlig bekreftelse, blant annet ut fra hvilke tjenester det gjelder.

Andre høringsinstanser utelukker ikke krav om etterfølgende skriftlig bekreftelse som et aktuelt tiltak i kombinasjon med effektivisering av reservasjonsordningen.

Samferdselsdepartementet og *Tele2* uttaler at dersom negativt salg er det sentrale problemet, bør krav om skriftlig bekreftelse vurderes kombinert med en effektivisering av registeret. *Samferdselsdepartementet* viser til hvordan reglene om skriftlig fullmakt i ekomforskriften fungerer. *Tele2* opplyser at alle avtaler inngått over telefon om fasttelefoni, mobiltelefoni, bredbånd og bredbåndstelefon, bekreftes skriftlig. SMS har vist seg som den mest håndterbare form for skriftlig bekreftelse, det medfører ikke store økte kostnader og administrasjon.

Konkurransetilsynet uttaler at krav om skriftlig bekreftelse kan bidra til å effektivisere Reservasjonsregisteret og ivareta hensynet til forbrukerne og privatlivets fred.

Forbrukerombudet og *Forbrukerrådet* uttaler at krav om etterfølgende skriftlig bekreftelse kan bidra til at enkelte av de privatrettslige tvistene som oppstår i etterkant av en telefonmarkedsføringssamtale unngås. Et slikt krav vil imidlertid ikke gi noen beskyttelse mot den inntrengningen i privatlivets fred som telefonmarkedsføring representerer. De støtter derfor ikke et krav om skriftlig bekreftelse som et alternativ til forhåndssamtykke. *Forbrukerrådet* mener for øvrig at mange forbrukere uansett vil føle seg forpliktet til å holde avtalen. Når avtalen er komplisert velger mange å forholde seg til det telefonselgeren opplyser under samtalen.

9.1.5.2 Departementets vurdering

Valg av ordning

Departementet foreslo i høringsnotatet fire alternative effektiviseringsforslag; For det første et krav om forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring med unntak for eksisterende kundeforhold, for det annet et krav om forhåndssamtykke kombinert med unntak for visse bransjer, for det tredje krav om at avtaler over telefon må bekreftes skriftlig for å være bindende og for det fjerde ulike tiltak for å effektivisere Reservasjonsregisteret mv.

Hensynet til forbrukerne har blitt tillagt stor vekt i departementets vurdering og kan isolert sett tale for å innføre forhåndssamtykke.

De høringsinstanser som går inn for et krav om forhåndssamtykke, blant annet Forbrukerombudet og Forbrukerrådet, viser til at mange forbrukere opplever telefonmarkedsføring som en særlig påtrengende salgform og en inntrengning i privatlivet. Telefonmarkedsføring kommer som regel overrumpende og selgerne er ofte pågående. Ikke alle greier å si nei til tilbud de ikke ønsker og heller ikke alle er i stand til å reservere seg, f.eks. en del eldre.

Om lag 10 % av alle henvendelser til Forbrukerombudet gjelder ulike sider ved telefonsalg. Telefonsalg fører også til uklarheter knyttet til avtaleinngåelsen og problemer med useriøse virksomheter som bryter forbudet mot negativt salg, ved at forbrukeren får tilsendt varer med krav om betaling uten at avtale er inngått. Også Datatilsynet har rapportert om et relativt sett høyt antall klager.

Over 1,6 millioner personer, dvs. over 1/3 del av befolkningen, har til nå reservert seg i Reservasjonsregisteret. Av disse har hele 99 % reservert seg mot telefonmarkedsføring.

Et krav om forhåndssamtykke vil imidlertid få store konsekvenser for andre interesser. Et slikt krav vil representere en vesentlig innstramning for telefonmarkedsføring som salgform og berøre mange arbeidsplasser. Callsentrene er ofte lokalisert i distriktene og sysselsetter i stor grad kvinner, innvandrere og ungdom/studenter. Telefonmarkedsføring er også en kostnadseffektiv kanal for små annonsører og næringsdrivende, og et krav om forhåndssamtykke kan få konkurransemessige virkninger og favorisere store aktører med større ressurser til å benytte andre kanaler. Flere bransjer og sektorer vil kunne bli rammet av et krav om forhåndssamtykke, herunder mediebransjen og frivillig virksomhet.

Et flertall av høringsinstansene går på bakgrunn av nevnte forhold sterkt imot et krav om for-

håndssamtykke, og mener det vil være et uforholdsmessig inngripende tiltak. Det samme gjelder et krav om forhåndssamtykke med unntak for visse bransjer, som får liten støtte av de fleste høringsinstansene.

Departementet har etter en avveining av de ulike interesser funnet det formålstjenlig å gå inn for en kombinasjon av ulike tiltak for å forbedre dagens reservasjonsordning.

Departementet foreslår å effektivisere Reservasjonsregisteret bl.a. ved å åpne for å registrere telefonnummer i tillegg til fødselsnummer. Det foreslås også å pålegge de næringsdrivende hyppigere kontroll mot registeret, og å informere om reservasjonsmuligheten når de ringer de som ikke har reservert seg. Reservasjonsreglene foreslås overført til markedsføringsloven, slik at Forbrukerombudet blir håndhevingsorgan. I tillegg foreslår departementet å lovregulere et forbud mot telefonmarkedsføring til forbrukerne i helgene, og mellom kl. 21.00 og 09.00 på virkedager.

Departementet foreslår for øvrig å innføre et krav om skriftlig aksept ved telefonsalg til forbruker i angrenerettloven. Det foreslås også skriftlig opplysningsplikt før avtaleinngåelse om utvalgte forhold. Ved telefonsalg av avisabonnement og ved frivillige organisasjoners telefonsalg foreslås unntak fra kravene om skriftlig aksept og skriftlig opplysningsplikt.

Departementet antar at forbrukerne vil bli tilstrekkelig ivaretatt gjennom disse tiltakene, men går likevel inn for at ordningen for telefonmarkedsføring evalueres etter fem år.

Departementet har lagt vekt på at dagens ordning har et forbedringspotensial som bør utnyttes for sterkere virkemidler tas i bruk. Effektivisering av reservasjonsordningen og pålegg til bransjen kan gi bedre beskyttelse mot salgformens overrumplende karakter. Krav om skriftlig aksept ved avtaleinngåelse og skriftlig opplysningsplikt før avtaleinngåelse kan videre bidra til å redusere problemene med negativt salg og uenighet om avtalers innhold. Slik kan flere av de privatrettslige tvistene som oppstår som følge av telefonsalg unngås.

Etter departementets vurdering vil en effektivisering av reservasjonsordningen, i kombinasjon med de øvrige tiltakene som foreslås, ivareta forbrukerhensynene tilstrekkelig. Også for de næringsdrivende vil det være en fordel med en mer effektiv og forutsigbar reservasjonsordning og færre tvister. Økonomiske og administrative konsekvenser for de næringsdrivende er omtalt i kapittel 18.

I det følgende redegjøres nærmere for de foreslåtte tiltakene. De er til dels utarbeidet i samråd

med berørte fagdepartement og underliggende fagorganer. Det redegjøres også for departementets vurdering av bransjens forslag til selvregulering i form av autorisasjonsordning og nemnd.

Nærmere om departementets forslag:

Effektivisering av Reservasjonsregisteret mv.

For å øke Reservasjonsregisterets treffsikkerhet foreslår departementet adgang til å registrere telefonnummer i tillegg til fødselsnummer (elleve siffer).

Et telefonnummer er entydig i motsetning til navn og adresseopplysninger som det kontrolleres mot i dag. Den enkelte må imidlertid selv sørge for å oppdatere Reservasjonsregisteret ved skifte av telefonnummer og plikter i tillegg å oppdatere folkerregisteret ved endringer i navn og adresse. I følge Datatilsynet er det trolig færre som skifter telefonnummer i dag enn da denne løsningen ble vurdert forut for vedtakelsen av personopplysningsloven.

Reservasjonen vil som hovedregel fortsatt være personlig. Når man har registrert sitt fødselsnummer vil det være adgang til å registrere egne telefonnummer. Det er ikke satt noen øvre grense for hvor mange telefonnummer som kan legges inn da behovet kan variere i praksis.

Det vil være anledning til å registrere husstandens fasttelefonnummer i Reservasjonsregisteret på vegne av de andre husstandsmedlemmene uten å oppgi sistnevntes fødselsnummer. Om fasttelefonen skal registreres, vil være opp til den enkelte husstand å avgjøre. For forbrukerne vil dette være en forenkling ettersom det ikke lenger er nødvendig at alle i husstanden reserverer seg for å unngå telefonmarkedsføring. Fra de næringsdrivendes ståsted kan dette sees som en innstramning. På den annen side er det en fordel også for dem at det blir færre feilkilder.

Det er for øvrig ikke noe til hinder for å reservere telefonnummer på vegne av andre, men da må fødselsnummer til den som reserveres også registreres. Det kan være aktuelt for eksempel for å hjelpe eldre slektninger og barn med egen mobiltelefon. Eventuelt misbruk, for eksempel ved at noen urettmessig legger inn andres telefonnummer, vil kunne spores tilbake til det registrerte fødselsnummer.

Det vil bli lagt til rette for at den enkelte kan få oversikt over tidligere registrerte telefonnummer i Reservasjonsregisteret ved å logge seg inn via «Min Side» på www.minside.no. Denne nettsiden gir den enkelte en felles inngang til elektroniske tjenester fra det offentlige, herunder oversikt over

informasjon som er registrert om vedkommende i ulike offentlige registre. Via «Min Side» vil det også være anledning til å registrere tilleggsadresser i Reservasjonsregisteret, for eksempel ferie- og pendleradresser.

I høringsnotatet var utgivelse av fødselsnummer (elleve siffer) nevnt som et tiltak for å øke Reservasjonsregisterets treffsikkerhet. Slik utgivelse kan imidlertid øke faren for misbruk av personopplysninger og departementet går ikke videre med dette. Næringsdrivende som allerede har fødselsnummer i sine lister vil som i dag få dette utlevert fra Reservasjonsregisteret.

Et annet tiltak som ble omtalt i høringsnotatet, men som departementet ikke går videre med, er krav til de næringsdrivende om å benytte egne spesialnumre. Flere høringsinstanser er skeptiske til dette. Departementet legger til grunn at innføring av krav om spesialnummer vil være en omfattende prosess. Samtidig er det tvilsomt hvor stor effekt tiltaket vil ha bl.a. fordi det i følge Post- og Teletilsynet erfaringsvis ikke er enkelt å innarbeide slike nummerserier i folks bevissthet.

I dag skal de næringsdrivende «vaske» egne opplysninger mot registerets opplysninger før første gangs henvendelse og deretter minst 4 ganger hvert år, jf. personopplysningsloven § 26 tredje ledd. I praksis kan det gå tre til fire måneder før markedsførerne har fanget opp nye reservasjoner i sine registre. Departementet ser behov for å redusere tiden det tar fra reservasjon er registrert til den får reell virkning, og foreslår at de næringsdrivende skal oppdatere egne opplysninger mot Reservasjonsregisteret hver måned direkte markedsføring gjennomføres. Krav til hyppigere kontroll kan også bidra til å øke bevisstheten om «vaskeplikten» hos den enkelte næringsdrivende.

Departementet foreslår for øvrig at de næringsdrivende skal opplyse om reservasjonsmuligheten når vedkommende ringer forbrukere som ikke har reservert seg. Opplysningen skal gis innledningsvis i samtalen, før salg fremstøt iverksettes.

Departementet foreslår også å videreføre plikten i personopplysningsloven § 26 fjerde ledd til å opplyse den som mottar direkte markedsføring hvem som har gitt personopplysningene som ligger til grunn for henvendelsen. Plikten overføres til markedsføringsloven i forbindelse med overføring av reservasjonsreglene, se nedenfor.

Opplysningspliktene foreslås samlet i en egen bestemmelse, se lovforslaget § 16. I denne bestemmelsen videreføres også regulering av plikten til å presentere seg og opplyse om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt ved telefonmarkedsføring (jf. nåværende markedsføringslov § 1 fjerde

ledd annet punktum). Plikten til å opplyse om markedsføringshensikt vil for øvrig fortsatt gjelde for andre muntlige markedsføringshenvendelser, som for eksempel dørsalg, jf. lovforslagets § 3 om presentasjon og dokumentasjon av markedsføring. Se generell omtale i punkt 4.2.

Overføring av reservasjonsreglene fra personopplysningsloven til markedsføringsloven

Reglene for direkte markedsføring finnes i dag i ulike regelverk, og tilsyns- og kontrollmyndigheten er i praksis delt mellom Forbrukerombudet og Datatilsynet, se punkt 9.1.1. Ordningen er uoversiktlig, og ifølge Datatilsynet bruker håndhevingsorganene mye tid og ressurser på å oversende feilsendte henvendelser.

For å få en mer forutsigbar og effektiv ordning, foreslår departementet å overføre reservasjonsreglene i personopplysningsloven § 26 til den nye markedsføringsloven, se lovforslaget §§ 12 og 13. Dagens utfyllende bestemmelser i personopplysningsforskriften kapittel 5 vil som følge av dette bli opphevet og overført til forskrift som skal gis i medhold av ny markedsføringslov.

Reglene for direkte markedsføring vil da bli samlet og håndhevet av Forbrukerombudet. Dette kan bidra til et enklere regelverk og ensartet forvaltningspraksis. I lovforslaget er det også foreslått at Forbrukerombudet skal få styrkede sanksjonsmuligheter. Både Brønnøysundregistrene og Datatilsynet støtter en slik overføring, og Forbrukerombudet har også stilt seg positiv.

For å samordne og forenkle reglene best mulig, foreslår departementet at det foretas enkelte innholdsmessige endringer i reservasjonsreglene ved overføring til markedsføringsloven. Det redegjøres i det følgende for disse.

Reservasjonsrett for «fysiske personer»

Departementet ser behov for å foreta en endring i angivelsen av personkretsen som gis reservasjonsrett.

Etter personopplysningsregelverket har «enkelt personer» rett til å reservere seg mot direkte markedsføring i Reservasjonsregisteret. Alle privatpersoner er omfattet ifølge Datatilsynets praksis. Henvendelser rettet til personen som arbeidstaker eller næringsdrivende omfattes ikke av reservasjonsretten. Ifølge Datatilsynet må det foretas en konkret vurdering av den enkelte henvendelsens innhold for å bringe dette på det rene. Grensen er uklar i praksis.

Departementet foreslår å erstatte begrepet «enkeltpersoner» med «fysiske personer» se lovforslaget §§ 12 og 13. Begrepet «fysiske personer» benyttes allerede i markedsføringsloven § 2 b for å angi hvem samtykkekravet for e-postmarkedsføring mv. gjelder for. Bestemmelsen videreføres i lovforslaget § 15. I forarbeidene til markedsføringsloven § 2 b, Ot.prp. nr. 92 (2003–2004), går det på side 39 frem at:

«Alle levende mennesker regnes som fysiske personer. En e-post blir regnet som sendt til en fysisk person når den elektroniske adressen lyder på et bestemt personnavn. Det gjelder uansett om mottakeren er forbruker, næringsdrivende eller arbeidstaker.»

Ved å benytte «fysiske personer» vil personkretsen som gis reservasjonsrett dermed bli noe utvidet. Samtidig unngår man å måtte foreta en konkret vurdering av henvendelsens innhold for å bringe på det rene om den er rettet til vedkommende som privatperson. Når en person har reservert seg, vil det være forbudt å ringe direkte til vedkommende på arbeidsplassen og privat, uavhengig av om innholdet i henvendelsen er relatert til vedkommendes arbeid eller ikke. Se for øvrig merkningene til lovforslaget § 13.

Unntak for «eksisterende kundeforhold»

Departementet foreslår at unntaket fra reservasjonsretten i «løpende kundeforhold», jf. personopplysningsloven § 26 femte ledd, i stedet knyttes til «eksisterende kundeforhold» se lovforslaget § 13. Begrepet «eksisterende kundeforhold» benyttes i unntaket fra samtykkekravet for e-postmarkedsføring mv. i gjeldende markedsføringslov § 2 b tredje ledd som videreføres i lovforslaget § 15. Unntaksbestemmelsen i lovforslaget § 13 foreslås for øvrig gitt likelydende utforming som unntaket i lovforslaget § 15.

Begrepene «løpende kundeforhold» og «eksisterende kundeforhold» korresponderer til en viss grad, og Forbrukerombudet og Datatilsynet har opplyst at det ikke er store forskjeller i praksis. Forskjellene synes først og fremst å skyldes at begrepene ikke er formet over samme «lest», de ble innført i lovverket på forskjellig tidspunkt, de er i ulik grad forklart i de respektive forarbeider og to separate myndigheter forvalter dem.

Begrepet «løpende kundeforhold» er ikke definert nærmere i personopplysningslov eller forarbeider, selv om sistnevnte gir noen retningslinjer. Den nærmere grensen for anvendelsen av unntaket er trukket i praksis. Slik Datatilsynet har tolket

bestemmelsen kreves det i utgangspunktet at kundeforholdet er ment å vare over en viss tid. Typiske eksempler er langvarige avtaler som kontoavtale, forsikringsavtale, abonnementsavtaler, serviceavtaler og lignende. Et engangskjøp kan i utgangspunktet vanskelig karakteriseres som løpende kundeforhold. Det må imidlertid vurderes konkret hva kunden forventer av kontinuitet og kontakt i avtaleforholdet. Ved kjøp av større gjenstander, typisk kapitalvarer, følger det for eksempel ofte med serviceavtaler der gjennomføring forutsetter en videre kontakt. Da kan det etter omstendighetene foreligge et løpende kundeforhold. Også andre enkeltkjøp eller engangsforbindelser kan etter forholdene etablere et løpende kundeforhold, for eksempel kjøp av lodd eller ytelse av et støttebeløp til en ideell organisasjon der forbrukeren har ytret ønske om å bli kontaktet igjen.

Unntaket er for øvrig begrenset til den behandlingsansvarliges markedsføring av «egne produkter». Dette er ifølge Datatilsynet tolket snevert i praksis. En bank som er del av et stort finanskonsern kan for eksempel ikke markedsføre forsikringsprodukter overfor sin bankkunde uten å kontrollere mot Reservasjonsregisteret.

Heller ikke unntaket for «eksisterende kundeforhold» i gjeldende markedsføringslov § 2 b tredje ledd omfatter ethvert engangskjøp, jf. Ot. prp. nr. 92 (2003–2004). Det må bl.a. vurderes om handelen gjør det naturlig med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden, i tillegg til at markedsføringsfremstøtet må skje innen rimelig tid etter salget for at ikke kundeforholdet skal regnes som avsluttet. Ved kjøp av en enkelt billig forbruksartikkel foreligger det for eksempel sjelden et «eksisterende kundeforhold», mens det ved kjøp av en kapitalvare kan være mer naturlig med kundeoppfølging.

Det er en forutsetning for å komme inn under unntaket i markedsføringsloven § 2 b at kunden selv har gitt fra seg sin elektroniske adresse til den næringsdrivende. I tillegg skal mottakeren, før markedsføringshenvendelsen sendes ut, ha fått opplyst at den næringsdrivende vil sende ut markedsføring ved hjelp av e-post, sms o.l., ha hatt mulighet for å si «nei takk» til slike henvendelser, og ha enkel og gebyrfri adgang til å si «nei takk» ved hver eneste etterfølgende utsendt markedsføring.

Reservasjon mot henvendelser om innsamlingsaksjoner fra frivillige organisasjoner

Departementet foreslår en uttrykkelig regulering av at reservasjonsreglene får tilsvarende anven-

delse ved henvendelser om innsamlingsaksjoner fra frivillige organisasjoner, se lovforslaget § 13.

Datatilsynet har lagt til grunn at reservasjonsretten etter personopplysningsloven omfatter henvendelser fra frivillige organisasjoner om innsamlingsaksjoner. Departementet ønsker ikke å endre dette og går inn for at prinsippet lovfestes. Slike henvendelser kan oppleves like påtrengende for forbrukerne, ikke minst fordi det kan spilles på dårlig samvittighet.

Øvrige tilpasninger ved overføring til markedsføringsloven

Departementet foreslår til slutt enkelte andre tilpasninger.

Plikten til å kontrollere mot Reservasjonsregisteret etter personopplysningsloven § 26 påligger den «behandlingsansvarlige». Dette er som hovedregel den virksomhet som initierer markedsføringen. Begrepet «behandlingsansvarlige» foreslås erstattet med «næringsdrivende», i tråd med terminologien i markedsføringsloven.

Etter markedsføringsloven vil kontrollplikten som hovedregel påligge den næringsdrivende. Der en næringsdrivende oppdragsgiver benytter seg av callsenter eller lignende «underleverandører», vil callsenteret etter omstendighetene kunne omfattes. Det samme gjelder for enkeltpersoner ansatt hos den næringsdrivende eller callsenteret. I lovforslaget § 5 bokstav b går det frem at også den som handler i en næringsdrivendes navn, eller på dennes vegne ansees som «næringsdrivende». Se for øvrig generell omtale av «næringsdrivende» i punkt 4.4.2 og i merknadene til lovforslaget § 5 bokstav b.

Personopplysningslov og personopplysningsforskrift dobbeltregulerer for øvrig enkelte forhold. Departementet har i slike tilfeller valgt å opprettholde reguleringen i loven.

Forbud mot telefonmarkedsføring til forbrukerne i helger

Det følger i dag av bransjens egne retningslinjer at det ikke skal foretas oppringninger til forbrukerne på søndager og helligdager, senere enn kl. 18.00 på lørdager, og på hverdager før kl. 09.00 og senere enn kl. 21.00. Bransjenormene er relevante ved vurderingen av om en handling er urimelig overfor forbrukerne etter gjeldende markedsføringslov § 1.

For å synliggjøre og styrke disse restriksjonene, foreslår departementet å lovfeste uttrykkelig at det ikke skal foretas oppringninger mellom

kl. 21.00 fredag og kl. 09.00 mandag. Det innebærer en innstramning i forhold til dagens praksis ettersom det ikke lenger vil være tillatt å ringe forbrukerne på lørdager. Se for øvrig lovforslaget § 14.

Bransjens selvregulering – autorisasjonsordning og nemnd

NORDMA og HSH har i samarbeid med bransjen utarbeidet en skisse til en frivillig autorisasjonsordning kombinert med en godkjenningnemnd, se punkt 9.1.5.1.

Etter departementets syn må bransjens initiativ basere seg på selvregulering uten offentlig deltakelse eller regulering, i likhet med den svenske ordningen, se punkt 9.1.3. En autorisasjonsordning og nemnd bør kun være et supplement til annen håndheving. Hvorvidt bransjen lykkes kan være av betydning når ordningen for telefonmarkedsføring skal evalueres etter fem år.

Det er positivt at bransjen selv ønsker å rydde opp i egne rekker. En frivillig autorisasjonsordning kombinert med en nemnd vil kunne sørge for bedre etterlevelse av regelverket i den seriøse delen av bransjen. Dersom nemnden som i Sverige også skal avgi uttalelser i konkrete klagesaker om markedsføringen er i strid med bransjenormer, kan det bidra til å trekke opp linjene for etablert bransjepraksis.

Utover dette er det tvilsomt om en frivillig autorisasjonsordning kombinert med en nemnd uten sanksjoner vil være effektiv og tilføre forbrukerne vesentlig økt beskyttelse. Alle aktører skal i dag følge gjeldende regelverk. En autorisasjon basert på egenerklæring og forhåndsgodkjenning er i ikke seg selv en kvalitetsgaranti, og så lenge ordningen er frivillig vil virksomheter uten autorisasjon fortsatt kunne drive telefonsalg. Forbrukerne har ikke noen innflytelse på om den som ringer er autorisert.

Det er også vanskelig å se at en nemnd med utvidet myndighet, f.eks. med kompetanse til å avgi bindende uttalelser og med sanksjoner ved overtredelse av regelverk, ville være mer effektivt enn dagens håndhevingsapparat.

Forbrukerne og de næringsdrivende vil også måtte forholde seg til to ulike instanser. Uklarhet vil kunne oppstå der nemnd og offentlige håndhevingsorganer er uenige om hvorvidt regelverket er brutt. Slike parallelle ordninger gir også en fare for dobbeltbehandling av saker og kan øke behandlingstiden.

En lovregulert autorisasjonsplikt kan muligens motvirke noen av ulempene nevnt ovenfor. En slik

plikt vil imidlertid medføre at det må innhentes tilatelse til å drive virksomhet, og forutsetter et apparat som vurderer søknader om autorisasjon og om autorisasjonen skal fratas ved regelbrudd. Slik myndighet ligger normalt hos tilsynsmyndigheten og vil kreve store administrative ressurser. Et slikt system vil ikke innebære noen effektiviseringsgevinst sammenlignet med dagens håndhevingsssystem.

Krav om skriftlig aksept og skriftlig opplysningsplikt ved telefonsalg til forbruker

Forbrukerombudets praksis viser at det ofte er uklarheter i etterkant av telefonsamtalen om en avtale er inngått eller hva avtalen går ut på.

Et særskilt problem har vært såkalt «negativt salg», dvs. der forbrukere får tilsendt varer med krav om betaling uten at avtale har vært inngått jf. markedsføringsloven § 2 a. Mange forbrukere har også opplevd å motta inkassovarsel. Det er da forbrukerne selv som må foreta seg noe for å unngå at prosessen ruller videre. Siden det ofte dreier seg om småkrav velger en del å betale for å unngå flere problemer. Angreretten gir ikke alltid tilstrekkelig beskyttelse og er heller ikke ment å skulle avhjelpe problemer med «negativt salg». Forbrukerne påføres dessuten bryderi med å returnere varen, fraktkostnader osv.

For å redusere disse problemene, foreslår departementet å innføre et krav om skriftlig aksept ved telefonsalg til forbrukere. Kravet foreslås innført i angrerettloven, se forslag til ny § 10 a i angrerettloven jf. lovforslaget § 51.

Uenighet om avtalers innhold er ifølge Forbrukerombudet i praksis et like stort problem som negativt salg. Departementet ønsker derfor også å bedre sikkerheten for at forbrukerne mottar relevant informasjon, og foreslår å supplere angrerettlovens bestemmelser om opplysningsplikt før avtaleinngåelse med en skriftlig opplysningsplikt om enkelte sentrale forhold, se forslag til endringer i angrerettloven §§ 7 og 7a jf. lovforslagets § 51.

På områder der forbrukerhensynene allerede er ivaretatt gjennom særlige regler om skriftlig fullmakt og skriftlig avtaleinngåelse, se omtale i punkt 9.1.1, vil det ikke være nødvendig i tillegg å oppfylle kravene til skriftlig aksept og skriftlig opplysningsplikt i angrerettloven.

For øvrig vil ehandelsloven som i dag komme supplerende til anvendelse så langt denne rekker. Her kan nevnes kravene i ehandelsloven § 8 om selgers opplysningsplikt om navn, adresse, e-post mv., og kravene i § 11 om opplysningsplikt før elektronisk bestilling. I ehandelsloven § 11 annet ledd

oppstilles krav om at avtalevilkår, standardvilkår og generelle vilkår må gjøres tilgjengelig på en måte som gjøre det mulig å lagre og gjengi dem. Angrerettloven er i motsetning til ehandelsloven ikke begrenset til å gjelde «elektronisk» kommunikasjon og regulerer også kommunikasjon som faller utenfor ehandelsloven. I noen tilfeller vil det kunne forekomme situasjoner som reguleres av begge lover. Selgere og tjenestetilbydere må da, som etter gjeldende rett, forholde seg til to regelverk.

Nærmere om kravet til skriftlig aksept

Kravet til skriftlig aksept innebærer at forbrukeren ikke er avtalerettslig forpliktet før vedkommende har akseptert et tilbud fra selgeren skriftlig.

En forbruker som i telefonsamtale har takket ja som følge av press eller som i ettertid angrer, trenger ikke å foreta seg noe, men kan la være å sende inn skriftlig aksept. Det er i så fall ikke inngått noen avtale det er nødvendig å trekke seg fra. Dette stiller forbrukeren noe bedre enn etter dagens angrerett som forutsetter at vedkommende gjør noe aktivt for å komme ut av avtalen. Foreligger en skriftlig aksept, vil spørsmålet om det er inngått en bindende avtale bero på alminnelige avtalerettslige vedtakelsesregler.

De næringsdrivende må dokumentere at skriftlig aksept er mottatt. Elektronisk aksept pr. sms, e-post eller telefaks godtas også som skriftlig aksept.

Nærmere om skriftlig opplysningsplikt før avtaleinngåelse

For å kunne vurdere et tilbud har forbrukeren behov for relevant og nødvendig informasjon, bl.a. om varens eller tjenestens egenskaper, pris og andre sentrale avtalevilkår.

Forbrukeren har i dag krav på å få opplyst alle vesentlige avtalevilkår før avtaleinngåelsen, jf. angrerettloven § 7 første ledd. Bestemmelsen stiller ikke krav om at opplysningene skal gis skriftlig. Når opplysningene kun gis muntlig er det en fare for at forbrukeren ikke får med seg viktig informasjon. Det er mange opplysninger å forholde seg til i telefonsamtalen og lett å bli overrumplet når man blir ringt opp uten forvarsel.

Departementet går på denne bakgrunn inn for at telefonselgeren skal sende forbrukeren en kort skriftlig angivelse av produkt, totalpris og eventuell bindingstid før avtaleinngåelse. I tillegg skal det opplyses om at forbrukeren ikke forpliktes før et eventuelt tilbud er akseptert skriftlig.

En slik skriftlig, kortfattet «oppsummering» etter telefonsamtalen men før avtaleinngåelse, vil gi forbrukeren bedre anledning til å sette seg inn i innholdet før eventuell kjøpsbeslutning fattes.

Bransjen har generelt vært opptatt av at man ved skriftlighetskrav ikke utelukker bruk av sms, og departementet har lagt vekt på å begrense opplysningsplikten slik at den i de fleste sammenhenger vil kunne oppfylles ved bruk av sms. Ved enkelte, mer kompliserte produkter og tjenester vil det uansett ikke være mulig å oppfylle opplysningsplikten på denne måten. Da må plikten oppfylles på annen måte, for eksempel ved bruk av e-post.

Den foreslåtte opplysningsplikten vil komme i tillegg til eksisterende opplysningsplikter i angre-rettloven.

Unntak ved telefonsalg av avisabonnement og ved frivillige organisasjoners telefonsalg

Departementet foreslår unntak fra kravet om skriftlig aksept og kravet om skriftlig opplysningsplikt ved telefonsalg av avisabonnement og ved frivillige organisasjoners telefonsalg.

Departementet har lagt vekt på konsekvenser for de frivillige aktørenes samfunnsnyttige virksomhet og for avisenes samfunnsrolle. Både frivillige organisasjoner og avisene baserer inntektsgrunnlaget på telefonsalg. Kravet om skriftlig aksept og opplysningsplikt ville få økonomiske konsekvenser for deres virksomhet.

Unntaket for «frivillige organisasjoner» foreslås knyttet til organisasjoner som vil ha registreringsrett i det planlagte frivillighetsregisteret, jf. lov 19. juni 2007 nr. 88. Det åpnes også for å stille krav om faktisk registrering i forskrift. Bakgrunnen for at kravet om faktisk registrering ikke tas inn i loven med en gang, er at etablering av frivillighetsregisteret, og registrering av enheter i dette, ventelig vil være på plass først etter at lovendringene i angrerettloven er trådt i kraft. Se for øvrig nærmere omtale i merknaden til ny § 10 a i angre-rettloven jf. lovforslaget § 51.

Unntaket for telefonsalg av avisabonnement foreslås knyttet til avisdefinisjonen i merverdiavgiftsloven § 16. Dette er en godt innarbeidet avisdefinisjon der man har lang forvaltningspraksis om forståelsen av begrepet. Det innebærer samtidig at unntaket ikke vil gjelde ved telefonsalg fra fag- og ukepresse. Magasin- og ukepresseforeningen har uttalt at bruken av telefonsalg varierer i ukepressen og at noen er avhengige av telefonsalg for å opprettholde abonnementsmassen. Departementet har lagt vekt på at hensynet til forbrukerne til-

sier at unntaket ikke blir for omfattende, og derfor avgrenset unntaket til avisene, som antas å drive allmenn formidling av nyheter av et visst omfang.

For øvrig vises til St.meld. nr. 57 (2000–2001) (I ytringsfrihetens tjeneste – Mål og virkemidler i mediepolitikken) der bl.a. følgende uttales om et eventuelt momsfritak for ukepresse og andre medier:

«Viktigere enn å spørre om ukebladene konkurrerer med avisene på annonsemarkedet eller lesermarkedet, er det derfor å spørre hva slags funksjon og betydning ukepressen eller andre medier har i forhold til ytringsfrihet og samfunnsdebatt.

Dagspresseutvalget uttaler følgende om dette spørsmålet:

«Avisenes demokratifunksjon vil ikke i samme grad kunne gjøres gjeldende for ukepressen, selv om ukepressen kan ha betydning for å stimulere til lesning og ellers inneholde verdifullt stoff.»

Og videre:

«Det at noen aviser er i delvis konkurranse med ukepressen, som er pålagt moms, kan i alminnelighet ikke i seg selv være nok til å berettigede innføring av moms for å korrigere for en slik konkurransevridning.»

Regjeringen viser til drøftelsen i kap. 2, som viser at det i første rekke er avisene som er bærerene av den offentlige debatten i samfunnet. Regjeringen legger derfor til grunn at avisene fremdeles skiller seg såvidt klart fra ukepresse og lokalkringkasting når det gjelder både innhold og funksjon at det kan forsvares å behandle avisene avgiftsmessig forskjellig fra andre medier. Regjeringen vil derfor ikke foreslå å utvide momsfritaket til å gjelde andre medier.»

9.1.6 Adressert reklame i posten

9.1.6.1 Høringsinstansenes syn

I alt 24 instanser har hatt merknader til forslaget om å videreføre ordningen for direktemarkedsføring pr. post i Reservasjonsregisteret.

Selv om det ikke ble foreslått et krav om forhåndssamtykke for adressert reklame i posten, tar *Miljøverndepartementet, Forbrukerombudet, Naturvernforbundet, Grønn Hverdag, Framtiden i våre hender, Norges kvinne og familieforbund* og *Norges Bygdekvinnelag* til orde for en generell speilvenning av dagens reservasjonsordninger, herunder en samtykkeregulering for adressert reklame i posten. De viser til at det kan redusere mengden reklame og avfall.

Også *Forbrukerombudet* viser til miljøhensynet, og er i likhet med *Datatilsynet* generelt positiv til en samtykkeordning for adressert reklame i posten. Ombudets inntrykk er imidlertid at uadressert reklame utgjør hovedtyngden av postreklamen, og opplyser at han ikke mottar mange klager på adressert reklame i posten. Klagene på denne markedsføringsformen knytter seg i større grad til hva som markedsføres, som for eksempel slankemidler og usikret kreditt. Flere forbrukere reagerer på at slik markedsføring, som kan være av sensitiv karakter, adresseres direkte til dem i en personlig tone. I slike tilfeller kan det oppleves som en inntrengning i den personlige sfære.

For øvrig uttaler både *Forbrukerombudet* og *Datatilsynet* at adressert reklame i posten er mindre påtrengende og enklere å håndtere for forbrukeren enn telefonmarkedsføring. Beskyttelsesbehovet er ikke like stort, selv om en del finner slik reklame plagsom og noen kan ha problemer med å takke nei også til slike tilbud. *Datatilsynet* uttaler for øvrig at det er fordel med like regler for all bruk av direktemarkedsføring.

I alt 16 instanser støtter uttrykkelig en videreføring av dagens reservasjonsordning for direkteaadressert reklame.

Sparebankforeningen, Finansnæringens Hovedorganisasjon, Eniro Norge, Samferdselsdepartementet, Coop Norge AS (Coop Norge), Telenor, Bokklubben, NHO, Næringsmiddelbedriftenes landsforening, Norsk Postordreforening, HSH, Annonserforeningen, NORDMA/NORDMAs nettverk for uadressert reklame, Posten Norge AS (Posten), Egmont Serieforlaget og Advokatforeningen går alle inn for dette. *Forbrukerrådet* har ikke merknader til at dagens reservasjonsordning for adressert reklame i posten videreføres.

Posten er enig i departementets vurderinger i høringsnotatet, og viser til at reservasjonsordningen for adressert reklame har fungert etter sin hensikt. Gjeldende ordning balanserer hensynene til forbrukerne, reklamekjøperne og distributørene. *Posten* viser videre til at kun et lite antall av klagene som *Datatilsynet* og *Forbrukerombudet* mottar over manglende respekt for reservasjoner, dreier seg om direktemarkedsføring pr. post.

Også *NHO* viser til at adressert reklame i posten er mindre problematisk enn telefonmarkedsføring. Når det gjelder hensynet til miljøet viser *NHO* til at brosjyrer og kundeaviser med mer trykkes på papir som er basert på skogvirke som må felles for å sikre ny tilvekst, og at papir er en av de mest fornybare ressursene vi har. Et krav om forhåndssamtykke ville for øvrig stoppe en viktig markedsføringskanal for bedriftene.

NORDMA og *HSH* viser til at det for næringslivet er vesentlig å ha mulighet til å kunne benytte ulike markedsføringskanaler, og at lovverket bør legge til rette for et mangfoldig kanalvalg.

9.1.6.2 Departementets vurdering

Departementet ser at adressert reklame i posten kan være plagsomt og irriterende, og at den i noen sammenhenger også kan oppleves som påtrengende. På den annen side vil slik markedsføring for de fleste ikke være like inngripende som telefonmarkedsføring. Dette gjenspeiles ved at bare litt over halvparten av de som har registrert seg i Reservasjonsregisteret har reservert seg mot adressert reklame i posten. Tallet har vært stabilt i lang tid.

Salgsformen har en mindre overrumpende karakter, forbrukerne utsettes ikke for press til å foreta impulsive kjøpsbeslutninger, og det er mindre fare for tilfeller av «negativt salg». Det må også tas i betraktning at en del ønsker å motta denne formen for reklame, bl.a. for å orientere seg om tilbud.

Unødig bruk av papir er ikke ønskelig, og departementet er enig med høringsinstanser fra forbruker- og miljøsidene i at miljøhensynet er viktig. Det er imidlertid sannsynlig at papirreklamen i stedet kanaliseres til avisinnstikk og til ordinære annonser. *Forbrukerombudet*'s inntrykk er for øvrig at det er uadressert reklame som utgjør hovedtyngden av reklamen pr. post.

Et krav om forhåndssamtykke kan i praksis fortone seg som et forbud, og vil kunne få konsekvenser for næringslivet og arbeidsplasser. Næringslivet er avhengig av å ha alternative markedsføringskanaler. Et flertall av høringsinstansene mener også en reservasjonsordning er tilstrekkelig.

Etter departementets syn er en reservasjonsordning et rimelig kompromiss mellom ulike hensyn, som ivaretar forbrukerne i tilstrekkelig grad. Departementet har derfor kommet til at det ikke bør innføres krav om forhåndssamtykke for adressert reklame i posten.

9.2 Uadressert reklame, gratisaviser og innstikk

9.2.1 Uadressert reklame

9.2.1.1 Gjeldende rett og praksis

Etter markedsføringsloven § 2 c er det forbudt å levere uadressert reklame til forbrukere som på en klar og tydelig måte har tilkjennegitt at de ikke

ønsker dette. Slik tilkjennegivelse kan for eksempel gis ved å merke postkassen og/eller inngangsdøren. Det er ingen formkrav, og man må for eksempel ikke benytte merker fra Posten. Det er ikke anledning til å reservere seg mot alminnelig informasjon jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) side 26. Det er heller ikke anledning til å reservere seg mot gratisaviser der andelen redaksjonelt stoff ikke er ubetydelig i forhold til andelen reklame, se for øvrig punkt 9.2.2.

I praksis har det vært uenighet mellom forbrukere og distributører om hvorvidt forbrukeren har reservert seg på en tilstrekkelig klar måte. Dette gjelder særlig dørmattereklame.

9.2.1.2 Forslag i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for de problemer uadressert reklame skaper for forbrukerne. En undersøkelse fra Statens institutt for forbruksforskning (SIFO) fra 2006 «Reklame – en kilde til stadig ergrelse» viser at ca. 21 prosent av de spurte har reservert seg mot uadressert reklame. I 2007 mottok Forbrukerombudet i alt 371 klager på levering av uadressert reklame til forbrukere som klart har markert at de ikke ønsker slik reklame.

Departementet gikk i høringsnotatet inn for å videreføre dagens reservasjonsordning for uadressert reklame, men reiste spørsmål om reservasjonsordningen kan gjøres bedre, særlig med tanke på reklame plassert ved inngangsdøren. Det ble stilt spørsmål ved om det burde innføres krav til forhåndssamtykke for slik dørmattereklame, eller om det burde inntas i lovteksten at tydelig merking av postkassen alltid ville være tilstrekkelig som reservasjon mot slik reklame. Det var da forutsatt at den enkeltes inngangsdør var tydelig merket med navn.

9.2.1.3 Høringsinstansenes syn

Bør dagens reservasjonsordning videreføres?

Selv om det ikke ble foreslått krav om forhåndssamtykke for uadressert reklame og gratisaviser i høringsnotatet, tar *Miljøverndepartementet, Forbrukerrådet, Forbrukerombudet, Naturvernforbundet, Grønn Hverdag, www.hvamenerpartiene.com, Framtiden i våre hender* og *Norges kvinne- og familieforbund* til orde for at dagens ordning speilvendes, slik at de som ønsker reklame merker postkassen med «ja takk». De viser til at en samtykkeordning ville kunne redusere mengden reklame og avfall.

Norges Naturvernforbund og Grønn Hverdag ser det som viktig at forbrukerne gis effektiv mulighet til å velge bort uønsket reklame, og viser til at det kan dempe kjøpepresset, i tillegg til å redusere avfallsmengdene. De påpeker at uadressert reklame er lite treffsikkert, har liten nytteverdi for de fleste, og undersøkelser viser at 75 % av reklamen kastes uten å bli lest.

Forbrukerombudet opplyser at han får henvendelser fra forbrukere som mottar uadressert reklame til tross for at de har reservert seg, og mener en samtykkeordning vil være mer effektiv enn dagens ordning.

I alt 25 instanser mener at en reservasjonsordning er tilstrekkelig. *Sparebankforeningen, Abelia, Eniro Norge, Samferdselsdepartementet, Coop Norge, Telenor, Bokklubben, NHO, Nærings- og handelsdepartementet, Kreativt Forum, Norsk Postordreforening, HSH, Annonserforeningen (ANFO), NORDMA/NORDMAs nettverk for uadressert reklame, Posten, Norpost AS (Norpost), LO, Mediebedriftenes Landsforening, Egmont Serieforlaget, Landslaget for Lokalaviser og Advokatforeningen* går alle inn for en slik løsning og flere av disse påpeker at uadressert reklame er en effektiv og rimelig kanal og at næringslivet er avhengig av et mangfoldig kanalvalg. En innstramning vil ramme næringsliv, særlig lokalt, og arbeidsplasser. Når det gjelder avfallsproblematikken, viser flere til at de største reklamemengdene kommer gjennom annonser og reklameinnstikk i aviser.

NORDMA/NORDMAs nettverk for uadressert reklame og *HSH* viser til at mange forbrukere foretrekker å få reklame på denne måten og benytter tilbudene de får. De viser også til at papiret produseres av skog som må felles for å sikre ny tilvekst, og at papirfiber gjenvinnes gjennomsnittlig fire ganger før det går ut av produksjon. *NHO* slutter seg til dette.

Posten og *LO* påpeker at miljøgevinsten av et forhåndssamtykke vil være relativt begrenset ettersom de største reklamemengdene kommer utenom reservasjonsordningene. *Posten* gir følgende eksempel:

«Eksempelvis mottar en person over 12 år bosatt i Oslo/Akershus 50 kg innstikk i aviser, ytterligere 50 kg annonser, og 30 kg uadressert postreklame pr. år' (kilde: Postens beregninger basert på egen statistikk og statistikk fra AC Nielsen). Miljøgevinsten og en eventuell gevinst for forbrukerne ved et krav om forhåndssamtykke, vil dermed på ingen måte stå i forhold til de alvorlige konsekvensene av å kreve forhåndssamtykke, dvs. i realiteten å stenge kanalen.»

Posten peker for øvrig på at uadressert reklame er en viktig inntektskilde som bidrar til å opprettholde en fulldekkende posttjeneste. Ifølge *Posten* refererer klager på manglende respekt for reserverasjoner seg først og fremst til levering på dørmatte, og ikke til postdistribusjon av uadressert reklame.

Samferdselsdepartementet uttaler at dersom det skulle bli aktuelt å innføre en samtykkeordning for uadressert reklame, må denne gjøres konkurranseøytral, dvs. uavhengig av hvilken distribusjonskanal som benyttes. Det innebærer at en samtykkeordning også må innføres for avisinnstikk og adressert reklame.

Forbedringer av reserverasjonsordningen

Samferdselsdepartementet, Telenor, Bokklubben, NHO, Norsk Postordreforening, HSH, Annonseforeringen, NORDMA/NORDMAs nettverk for uadressert reklame, Kreativt forum, Norpost og Egmont Serieforlaget går alle inn for å videreføre dagens ordning og begrunner dette bl.a. med at den ivaretar både forbrukerne og de næringsdrivendes behov. Flere peker på at de alternative endringsforslagene ikke vil fungere i praksis og kan virke konkurransevridende.

Dersom det ikke innføres et krav om generelt forhåndssamtykke, får et krav om forhåndssamtykke ved dørmattereklame støtte fra *Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Miljøverndepartementet og Norges Bygdekvinnelag*,

Forbrukerombudet viser til at problemet med uønsket dørmattereklame har vært spesielt stort i oppganger i bygårder, der forbrukerne har fått reklame ved inngangsdøren til tross for at de har reservert seg mot uadressert reklame på postkassen. Mange henvendelser går på at store mengder reklame på dørmatten forsøpler området utenfor inngangsdøren, og øker innbruddsfare ved fravær. Ved forhåndssamtykke vil også de som ikke har merket inngangsdøren med «nei takk» skjermes.

Alternativet om å la tydelig merking av postkassen være tilstrekkelig tilkjenning av reserverasjon mot dørmattereklame, får støtte av *Konkurransetilsynet, Nærings- og handelsdepartementet, LO, Landslaget for Lokalaviser, Eniro Norge, Abelia, Norges Bygdekvinnelag, Coop, Norge og Posten*, hovedsaklig fordi dette er en enkel ordning for forbrukerne.

Annonseforeringen (ANFO), HSH, NORDMA, Norsk Postordreforening og Norpost går sterkt imot både alternativet om å la tydelig merking av postkasse være tilstrekkelig tilkjenning av reserverasjon mot dørmattereklame, og alternativet om

krav til forhåndssamtykke ved dørmattereklame. Flere peker på at alternativene vil være konkurransevridende og vanskelige å gjennomføre i praksis.

Norpost forklarer det slik:

«1. *Posten* er eneste aktør som i dag har nøkkel til postkasser i blokker. Dette betyr at andre postaktører ikke har tilgang til postkassen og derfor må foreta utdeling foran inngangsdører i blokker. Denne ordningen fremstår også i dag som konkurransevridende, ved at det er mer kostbart å distribuere når man må løpe opp i etasjene i blokker og levere foran inngangsdører.

2. Forslaget om at tilkjenning ved postkassen er tilstrekkelig, vil favorisere *Posten* og samtidig bli meget vanskelig og ressurskrevende for andre distributører å gjennomføre. Det kan nærmest bli en umulig oppgave for våre distributører å holde rede på hvilke inngangsdører i blokker som har reservert seg mot reklame. Dette begrunner vi med hvor praktisk vanskelig det vil være å identifisere navneskilt på postkasser med identiske navneskilt på inngangsdører. *Norpost* mener dette forslaget også er meget konkurransevridende tatt i betraktning de økte kostnader en slik reserverasjonsordning medfører for andre distributører enn *Posten*.

3. Forslaget om krav til forhåndssamtykke ved utdeling foran inngangsdør finner vi også helt urimelig. Skulle dette forslaget bli vedtatt, betyr dette at konkurransen i markedet blir borte og at *Posten* har et de facto monopol på leveringen av uadressert reklame til husstander i blokker.»

For øvrig tar *Mediebedriftenes Landsforening og Landslaget for lokalaviser* til orde for at det bør opprettes et sentralt reserverasjonsregister, administrert av *Brønnøysundregistrene*. I likhet med dagens ordning for direktemarkedsføring, må et slikt reserverasjonsregister skille mellom ulike produkter, som uadressert reklame, gratisaviser og fulldistribusjon av abonnementsaviser. *Posten* uttaler på sin side at det er viktig at reserverasjonsordningen er enkel å forholde seg til for forbrukerne. Oblatmerking eller annen generell merking på postkassen er en enkel og hensiktsmessig ordning.

9.2.1.4 Departementets vurdering

Flere høringsinstanser har tatt til orde for et krav om forhåndssamtykke ved uadressert reklame. Et krav om forhåndssamtykke innebærer at mottakeren må gi samtykke for at uadressert reklame skal kunne distribueres, for eksempel ved et «ja takk»

merke på postkassen. Det kan bidra til å redusere mengden uønsket reklame og mengden generert avfall.

Departementet ser at uønsket uadressert reklame kan være et problem for den enkelte og er enig i at miljøhensynet er viktig. Departementet har også merket seg det økende engasjementet i tilknytning til miljøhensynet. Ved et eventuelt forhåndssamtykke for uadressert reklame er det imidlertid en fare for at papirreklamen i stedet kanaliseres til avisinnstikk og til ordinære annonser.

Det er også kryssende interesser. Næringslivet er avhengig av å ha alternative markedsføringskanaler og uadressert reklame er en rimelig og effektiv sådan. Et krav om forhåndssamtykke kan i praksis fortone seg som et forbud og vil kunne få konsekvenser for næringslivet og arbeidsplasser. Et flertall av høringsinstansene, som representerer disse interessene, mener en reservasjonsordning er tilstrekkelig for å ivareta forbrukerne.

Selv om uadressert reklame for den enkelte kan oppleves både plagsom og irriterende, er det ikke en pågående markedsføringsform og forbrukerne utsettes ikke for press til å inngå impulsive kjøpsbeslutninger. En del forbrukere ønsker også å motta slik reklame for å orientere seg om tilbud, for eksempel i lokalområdet.

For forbrukerne er det enkelt å sette opp et «nei takk» merke og mange har i dag merket postkassen. I en undersøkelse fra Statens institutt for forbruksforskning (SIFO) fra 2007 hadde for øvrig om lag 30 % av de spurte reservert seg ved å sette opp et slikt merke på postkassen. Dersom mange benytter seg av retten til å si nei takk, vil det kunne redusere mengden papiravfall og miljøproblemer knyttet til produksjon og håndtering av papiravfall.

Et mer effektivt sanksjonssystem jf. lovforslagets kapittel 7, se generell omtale i kapittel 15, gir for øvrig myndighetene anledning til å gripe inn raskere og ilegge overtredelsesgebyr ved manglende respekt for forbrukerens reservasjon. Dette kan ha oppdragende effekt på useriøse aktører.

Etter en avveining av ulike hensyn mener departementet en reservasjonsordning vil være et rimelig kompromiss som ivaretar forbrukerne i tilstrekkelig grad. Departementet fastholder standpunktet i høringsnotatet og foreslår ikke et generelt krav om forhåndssamtykke for uadressert reklame. Et slikt forslag har heller ikke vært på høring, og konsekvensene av et slikt krav måtte eventuelt utredes nærmere.

Særlig om reklame på dørmatten

Når det gjelder uønsket dørmattereklame kan forbrukerhensynene isolert sett tilsi en innstramning av reservasjonsordningen. Det ville være enklere for forbrukerne om et merke på postkassen alltid var tilstrekkelig for å unngå reklame på dørmatten, og enda enklere med et krav om forhåndssamtykke for slik reklame.

Det er imidlertid også her kryssende hensyn. Et flertall av høringsinstansene går mot forslagene om å effektivisere dagens bestemmelse. De viser bl.a. til at utelukkende merking av postkassene i urbane og tettbygde strøk vil være vanskelig å forholde seg til for alle andre distributører enn Posten. Inngangsdørene i blokker er ofte ikke merket, og det kan også være uoverensstemmelser mellom navnemerking på dør og postkasse. En ordning der et merke på postkassen også skal gjelde som reservasjon mot reklame på dørmatten, vil favorisere Posten som har tilgang til postkassene og ikke behov for å legge reklame på dørmatten. Av samme årsak vil et krav om forhåndssamtykke for dørmattereklame favorisere Posten.

Etter en avveining av de ulike interesser, går departementet ikke videre med effektiviseringsforslagene i høringsnotatet. Etter departementets syn kan forbrukerne ivaretas tilstrekkelig ved en videreføring av dagens reservasjonsordning for uadressert reklame. Ordningen er enkel å forholde seg til for forbrukerne, og effektiviseringsforslagene kan få uheldige konsekvenser for konkurransen i markedet.

Departementet ser imidlertid behov for å klargjøre at et merke på postkassen alene ikke er tilstrekkelig til å unngå dørmattereklame. For å unngå slik reklame må forbrukeren i tillegg merke inngangsdøren. Et merke på inngangsdøren skal respekteres på lik linje med et merke på postkassen. Det er for øvrig viktig å bedre husstandenes kunnskap om dagens reservasjonsmulighet, slik at flere av de som ikke ønsker uadressert reklame blir oppmerksomme på retten til å til å si nei takk og for å klargjøre at det er tilstrekkelig å sette opp et merke man har laget selv.

Departementet ser det for øvrig ikke som hensiktsmessig å etablere et sentralt reservasjonsregister for uadressert reklame og gratisaviser, slik enkelte har tatt til orde for. Ikke alle distributører kan nyttiggjøre seg et slikt register og det er uheldig å etablere en reservasjonsordning til fordel for særskilte aktører. Etter departementets syn er en merkeordning en bedre løsning fordi den er enkel, ubyråkratisk og ivaretar forbrukernes behov.

9.2.2 Gratisaviser

9.2.2.1 Gjeldende rett og praksis

Gratisaviser anses ikke som uadressert reklame etter markedsføringsloven § 2 c første ledd, dersom andelen redaksjonelt stoff ikke er ubetydelig i forhold til andelen reklame i avisen, jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) side 26. Her går det frem at vurderingen av om en gratisavis skal ansees som uadressert reklame også vil bero på om avisen er åpen for meningsyttringer (leserinlegg, debatter med mer). I en avgjørelse av 15. desember 2005 har Markedsrådet uttalt at en bydelsavis på 24 sider, der 9 sider utgjorde helsides annonser og 15 sider inneholdt en blanding av redaksjonelt stoff og reklame, ikke kunne anses som reklame. Ifølge Markedsrådet ga loven ikke grunnlag for å vektlegge klagers anførsler om at artiklene delvis var «sakset» fra andre aviser og at de fremstod som foreldede og uinteressante.

9.2.2.2 Forslag i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet å utvide retten til å si nei takk til å omfatte alle gratisaviser, uavhengig av andelen redaksjonelt stoff. Bakgrunnen var problemer i praksis med klager på utdeling av gratisaviser. Vanlig informasjon av allmenn interesse, for eksempel informasjon fra stat og kommune, menighetsblad og lignende, skulle ikke omfattes av reservasjonsretten. Hvordan reservasjonsordningen for gratisaviser skulle utformes, ble ikke kommentert nærmere.

9.2.2.3 Høringsinstansenes syn

Reservasjonsrett for gratisaviser

Forbrukerrådet, Forbrukerombudet, Grønn Hverdag og Naturvernforbundet, LO, Posten, NORDMA og Bokklubben støtter forslaget om å innføre en reservasjonsrett for alle gratisaviser, uavhengig av andelen redaksjonelt stoff.

Landslaget for Lokalaviser uttrykker en viss støtte til en ordning der forbrukerne også kan reservere seg mot gratisaviser, forutsatt at det utformes en ordning der det er mulig å reservere seg mot uadressert reklame, men samtidig beholde gratisavisen.

De som støtter forslaget fremhever forbrukernes rett til selv å velge hva de vil motta og at det i dag ikke er mulig å reservere seg mot gratisaviser. *Forbrukerombudet* påpeker at forbrukerne ikke kan avbestille gratisavisen i det denne aldri er bestilt, og de kan heller ikke reservere seg mot

levering av avisen. *LO* uttaler at mange opplever det som plagsomt å få levert gratisaviser utenfor døren og at dette kan være en invitasjon til innbrudd ved fravær over tid.

Flere tar opp at en reservasjonsrett for alle gratisaviser vil være lettere å forholde seg til, både for forbrukere og aktører. *Forbrukerombudet* opplyser at han mottar mange klager fra forbrukere som mottar gratisaviser selv om de har tilkjennegitt at de ikke ønsker uadressert reklame. Mange reagerer på at ombudet ikke kan gripe inn dersom avisen inneholder en ikke ubetydelig andel redaksjonelt stoff. *Posten* uttaler at dagens praksis er med på å uthule gjeldende reservasjonsordning og skaper forvirring for forbrukerne om hva som er innenfor reservasjonsretten. *NORDMA* viser til at dagens unntak gjør det enkelt for useriøse aktører å omgå reservasjonene og at mange ubestilte aviser kan skape støy for postkassen som kanal. *NORDMA* mener forslaget om reservasjonsrett for alle gratisaviser vil skape et mer oversiktlig bilde for forbrukeren og likere konkurransevilkår for aktørene, i tillegg til å sikre postkassen som kanal.

En del tar opp at uønskede gratisaviser genererer unødige mengder avfall. *Norges Naturvernforbund* og *Grønn Hverdag* uttaler at det er irrelevant for avfallsproduksjonen om en gratisavis er redaksjonell eller om den faller inn under «uadressert reklame». Mottagerne må gis en mulighet til å velge dem bort og gjøre en innsats for å redusere avfallsmengdene.

De som går mot forslaget er *Gratismagasinen*, *Bodø Nu*, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu*, *HSH*, *Mediebedriftenes Landsforening*, *Norsk Redaktørforening*, *Edda Media*, *Annonseforeningen (ANFO)*, *Norsk Postordreforening*, *Kreativt Forum*, *Eniro Norge*, *Telenor*, *Norpost*, *Coop Norge*, *NHO* og *TV2*.

Norsk Redaktørforening og *ANFO* setter spørsmålsteget ved behovet for å utvide dagens reservasjonsordning til å gjelde gratisaviser. *ANFO* antar at utbredelsen, og dermed distribusjonen av slike aviser er relativt begrenset.

De fleste av de som går mot forslaget, tolker det slik at en reservasjonsordning ikke skal skille mellom uadressert reklame og gratisaviser. De forutsetter at det ikke vil være mulig å takke nei til uadressert reklame og samtidig beholde gratisavisen og viser til følgende hensyn:

Konsekvenser for aviser, næringsliv og arbeidsplasser.

Flere av høringsinstansene frykter at en utvidelse av reservasjonsretten vil få negative konsekvenser

for næringslivet og føre til nedleggelse av virksomheter. En del skiller ikke mellom ordinære «gratisaviser» og løssalgs- og abonnementsaviser som distribuerer enkelte utgaver gratis til ikke-abonnenter, såkalt fulldistribusjon, se også eget punkt nedenfor om fulldistribusjon av aviser som normalt er til salgs.

Nærings- og handelsdepartementet påpeker at forslaget kan få betydning for bl.a. lokalaviser i en krevende etableringsfase og at arbeid med slike aviser gir arbeidsplasser, særlig i distriktene. *Mediebedriftenes Landsforening* og *Landslaget for Lokalaviser* viser til at det er avgjørende for lokalaviser å kunne fulldistribuerer enkelte utgaver for å gjøre produktet kjent blant lesere og annonsører. *Gratismagasinen Bodø Nu*, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu* opplyser at en reservasjonsordning for gratisaviser som ikke skiller mellom uadressert reklame og gratisaviser vil få alvorlige konsekvenser for deres virksomhet. *Gratismagasinen Bodø Nu*, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu* betyr mye i sitt distrikt og «alle» ønsker magasinene i postkassen.

Kreativt Forum uttaler at det er vesentlig for næringslivet å kunne benytte seg av ulike markedsføringskanaler.

Konsekvenser for konkurransen

Flere høringsinstanser mener forslaget om en utvidelse av reservasjonsretten vil virke konkurransevidende.

ANFO, *HSH*, *Norsk Postordreforening*, *Gratismagasinen Bodø Nu*, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu* og *Eniro Norge* viser til at abonnementsavisene og gratisavisene konkurrerer om de samme markedsførerne og leserne, og at forslaget kan ramme skjevt når abonnementsavisenes distribusjon av innstikk er unntatt fra reservasjon. *ANFO* påpeker at annonser i gratisaviser er en rimelig markedsføringskanal for mindre og lokale næringsdrivende, mens reklameinnstikk er forbeholdt større og betalingsdyktige annonsører.

Advokatforeningen uttaler at utformingen av reservasjonsretten ikke må favorisere noen distributører på bekostning av andre, avhengig av hvilken form for distribusjon de velger.

Konsekvenser for presse- og mediepolitikken

Representanter for mediebransjen og gratismagasinenene mener forslaget vil få negative konsekvenser for presse- og mediepolitikken, og viser til presens samfunnsrolle. Noen mener høringsnotatet viser manglende forståelse av hva en gratisavis er.

Edda Media og *Gratismagasinenene Bodø Nu*, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu* påpeker at mange gratisaviser er fullverdige aviser og populære lokale alternativ til abonnements- og løssalgsavisene. Gratisavisene konkurrerer med disse om annonsører og lesere, og når fram til befolkningsgrupper i områder der abonnements- og løssalgsavisene tradisjonelt står svakt. I følge gratismagasinenene vil avisnedleggelse lede til monopolaktige situasjoner i avismarkedet i deres regioner. *Edda Media* uttaler på sin side at forslag som svekker gratisavisene vil være anslag mot bærende prinsipper i norsk mediepolitikk. De viser til dagspressens særskilte rolle i samfunnet og til politiske mål om å sikre mediemangfold, på ulike nivå. Også *ANFO* tar opp at forslaget vil kunne bidra til å svekke mediemangfoldet.

Konsekvenser for ytringsfriheten

Flere høringsinstanser mener forslaget svekker ytringsfriheten.

Gratismagasinen Bodø Nu, *Vesterålingen*, *Rana No* og *Harstad Nu* påpeker at dersom det innføres en felles reservasjonsordning, får avisene ikke formidlet sine ytringer til de som ønsker gratisavisene, men som har reservert seg mot uadressert reklame. Gratisavisene utgjør et viktig talerør for lokalsamfunnet. Dårligere avisøkonomi kan føre til avisnedleggelse, med konsekvenser for den reelle ytringsfriheten.

TV2 uttaler at innføringen av «aviser» i utkastets § 6–3 reiser ytringsfrihetsspørsmål, og at man prinsipielt ikke bør utvide virkeområdet for markedsføringsloven på denne måten. *Edda Media* uttaler at en tilstrammet lovgivning vil komme i strid med ytringsfriheten og mener det i alle fall må gjøres unntak for lokale gratisaviser som jevnlig inneholder viktig samfunnsmessig informasjon.

Forbrukerrådet tar opp ytringsfriheten i en annen sammenheng idet de uttaler at en reservasjonsordning mot informasjon av allmenn interesse vil stride mot hensynet til ytringsfrihet.

Unntaket for «vanlig informasjon av allmenn interesse»

Flere instanser mener unntaket for «vanlig informasjon av allmenn interesse» vil gi opphav til vanskelige avgrensningsspørsmål og forskjellsbehandling.

Edda Media viser til at mange gratisaviser også er en kanal for nødvendig offentlig informasjon. De fleste av deres gratisaviser i Oslo har blant annet inngått avtaler med bydelsadministrasjonene om å

være deres kanal for offentlig informasjon ut til befolkningen. De opplyser videre at 10 av 57 menigheter i Oslo benytter deres aviser som kanal.

Norsk Redaktørforening finner det underlig at det skal være mindre legitimt å distribuere en reklamefinansiert gratisavis med allmenntilgjengelig informasjon enn et menighetsblad med religiøst relatert informasjon. De spør om dette også vil gjelde dersom menighetsbladet inneholder annonser. Reglene må ramme likt og det bør kun gjøres unntak for offisiell informasjon fra stat og kommune.

Landslaget for Lokalaviser mener på sin side det må være reservasjonsrett for offentlig informasjon, i alle fall når den inneholder reklame. De viser til at noen kommuner og fylkeskommuner gir ut informasjonsaviser og lignende med reklame, og ofte setter dette bort til private aktører. Det vil være urimelig forskjellsbehandling dersom denne type offentlig informasjon med reklame ikke er underlagt de samme regler som fulldistribuerte abonnementsaviser og gratisaviser. For mange små lokalaviser er kommunale annonser en viktig del av annonseinntektene.

Forbrukerombudet og *Forbrukerrådet* støtter unntaket for informasjon av allmenn interesse. *Forbrukerrådet* påpeker at slikt materiell i utgangspunktet er ment som informasjon, ikke som markedsføring. *Forbrukerombudet* mener at generell informasjon ikke bør rammes selv om skriven inneholder noe reklame. Grensen må vurderes konkret, blant annet ut fra hovedhensikten med utsendelsen og hvem som utferdiget informasjonskrivet.

For øvrig opplyser *Posten* at de ved vurderingen av hva som er uadressert reklame og hva som er alminnelig informasjon legger *Forbrukerombudet*s tolkning til grunn. I praksis fungerer dette bra.

Bransjeregulering fremfor lovregulering

Edda Media og *Norpost* uttaler at bransjen selv kan iverksette en reservasjonsordning overfor husholdninger som ikke ønsker redaksjonelle gratispublikasjoner, fremfor å utvide den lovfestede reservasjonsordningen.

Fulldistribusjon av aviser som normalt er til salgs

Forbrukerombudet anser aviser som vanligvis ikke er gratis, men som legges til ikke-abonnenter, som uadressert reklame for avisen som omfattes av reservasjonsretten i markedsføringsloven § 2 c.

Posten, deler av avisbransjen og mediebransjen er ikke enig i denne fortolkningen, og mener fulldistribusjon av løssalg og abonnementsaviser ikke omfattes av markedsføringsloven § 2 c. De viser også til at fulldistribusjon blir godt mottatt og at avisene er avhengig av fulldistribusjon for å øke lesertallene, som abonnements- og annonseinntekter er knyttet til.

Mediebedriftenes Landsforening (MBL) uttaler bl.a.:

«Det er MBLs oppfatning at fulldistribusjon av abonnementsaviser ikke kan sidestilles med uadressert reklame. Samtidig mener MBL at forbrukerne selv må ha rett til å avgjøre hva man vil ha i postkassen eller på dørmatten, og ingen aviser ønsker å levere produktet til personer som ikke ønsker å motta dette. Derfor er det avgjørende hvordan en reservasjonsadgang organiseres.»

9.2.2.4 Departementets vurdering

Fulldistribusjon av aviser som normalt er til salgs

Høringsrunden viser at det er behov for å klargjøre rettstilstanden for fulldistribusjon av salgsaviser. At en avis fulldistribueres innebærer at den leveres til alle, også de som ikke er abonnenter. Flere aviser som normalt er til salgs fulldistribuerer enkelte utgaver bl.a. for å gjøre avisen kjent blant lesere og annonsører. Et «gratis» eksemplar av en salgsavis er imidlertid ikke det samme som en «gratisavis». *Forbrukerombudet* har i sin praksis lagt til grunn at «gratis» eksemplar av salgsaviser er å anse som reklame for selve avisen og følgelig må respektere et merke med «nei-takk» til uadressert reklame. Departementet slutter seg til denne fortolkningen. Fulldistribusjon av aviser som normalt er til salgs er i dag omfattet av markedsføringsloven § 2 c.

Reservasjonsrett for alle gratisaviser

Departementet foreslår å gi forbrukerne en rett til å si «nei takk» til alle gratisaviser ved at markedsføringsloven utvides til å omfatte publikasjoner med en ikke ubetydelig andel redaksjonelt stoff. Hensynet til forbrukerne taler for innføre en rett til å takke nei også til slike «redaksjonelle» gratisaviser. Dagens ordning innebærer at forbrukerne kan bli påtvunget gratisaviser de ikke ønsker. Det bør være opp til den enkelte å avgjøre om man vil motta slike aviser. En reservasjonsrett for alle gratisaviser vil også kunne gi en enklere løsning ettersom man i større grad unngår å måtte skille etter andelen redaksjonelt stoff.

Retten til å si nei foreslås utformet som en separat ordning, og det vil være mulig å si nei takk til uadressert reklame og samtidig beholde gratisavisen. Som ved uadressert reklame, vil et merke eller lignende på forbrukerens postkasse og/eller inngangsdør være tilstrekkelig tilkjennegivelse av at vedkommende ikke ønsker gratisaviser.

Utrykket «gratisavis» kan etter ordlyden omfatte ulike publikasjoner, både reklameaviser der reklamedistribusjon er hovedformålet, og redaksjonelle publikasjoner. Gratisaviser der det redaksjonelle innholdet er ubetydelig anses etter gjeldende rett som uadressert reklame. Mange gratisaviser er imidlertid redaksjonelle produkter og viktige meningsbærere, ikke minst i lokalsamfunnet. Det som først og fremst skiller gratisavisene fra ordinære løssalg- og abonnementsaviser, er finansieringsformen. I motsetning til aviser som normalt er til salgs, baserer gratisavisene seg i all hovedsak på annonseinntekter.

En rett til å si nei takk til redaksjonelle gratisaviser gir mulighet for å avverge fulle dørmatter og postkasser ved fravær over tid. Opphopning av ubestilte aviser kan være en invitasjon til innbrudd og den enkelte bør selv kunne påvirke slike forhold. Flere forbrukere klager til Forbrukerombudet på at de får gratisaviser når de har reservert seg mot uadressert reklame, og mange finner det vanskelig å forstå at ombudet ikke kan gripe inn. En rett til å si nei takk vil i tillegg kunne redusere mengden papiravfall og miljøproblemer knyttet til produksjon og håndtering av papiravfall.

På den annen side faller regulering av redaksjonelt stoff utenfor markedsføringsloven da det ikke er markedsføring. Enkelte høringsinstanser har tatt opp at det kan tilsi varsomhet med å utvide retten til å si «nei takk», ettersom markedsføringsloven da prinsipielt utvides til å omfatte aviser. Departementet antar imidlertid at for den som ønsker å takke nei til en avis vedkommende ikke har bedt om, eller bestilt, er det av mindre betydning om innholdet i avisen er redaksjonelt eller ei.

Departementet kan heller ikke se at en rett for den enkelte til å takke nei til gratisaviser utgjør et inngrep i ytringsfriheten, slik flere høringsinstanser hevder. En reservasjonsrett innebærer ikke et generelt forbud mot å distribuere gratisaviser, kun en begrensning i adgangen til å levere til personer som aktivt har gitt uttrykk for at de ikke ønsker å motta avisene. Ytringsfriheten innebærer for øvrig neppe en rett til å påtvinge forbrukerne aviser de faktisk ikke ønsker. Gratisaviser er ikke bestilt, og utgjør ikke del av et bestilt, redaksjonelt produkt, i motsetning til for eksempel innstikk i aviser som er omfattet av redaktøransvaret. En adgang til å reser-

vere seg mot gratisaviser griper etter departementets syn ikke inn i redaktøransvaret. Når forbrukerne, etter eget valg, gis reell mulighet til å reservere seg mot aviser de ikke ønsker, ivretas forbrukernes ytringsfrihetsinteresser.

Enkelte høringsinstanser ønsker regulering i bransjens egne standarder fremfor lovgivning. Bransjen har ikke tatt konkrete initiativ til å utforme egne reservasjonsordninger, til tross for klager på uønskede gratisaviser. Det finnes i dag ikke reservasjonsordninger for redaksjonelle gratisaviser. Departementet legger til grunn at det er behov for forbrukerbeskyttelse i form av lovregulering.

Unntak for alminnelig informasjon

Departementet ønsker med forslaget ikke å innføre en rett til å si «nei takk» til alminnelig informasjon. Det må dermed trekkes en grense mellom gratisaviser og slik informasjon. Klassifiseringen av ulike typer sendinger vil bero på en konkret helhetsvurdering og den nærmere grensen for hvilke publikasjoner man kan si «nei takk» til må trekkes i praksis. Posten, som er en stordistributør av uadressert reklame, opplyser for øvrig at de har god erfaring med grensen som er trukket opp i praksis mellom uadressert reklame og alminnelig informasjon. Se for øvrig lovforslaget § 17 og merkningen til bestemmelsen.

9.2.3 Innstikk

9.2.3.1 Gjeldende rett og praksis

Innstikk, som er omfattet av redaktøransvaret, i aviser og andre trykksaker, anses ikke som uadressert reklame etter markedsføringsloven § 2 c og er derfor ikke omfattet av reservasjonsretten jf. § 2 c annet ledd. Denne presiseringen kom inn i forbindelse med stortingsbehandlingen av bestemmelsen, jf. Innst. O. nr. 19 (2000–2001) på side 8 flg.

Hvordan det såkalte redaktøransvaret nærmere skal avgrensnes er ikke nærmere utdypet i lov eller forarbeider.

9.2.3.2 Høringsnotatet

I høringsnotatet ble ulike argumenter presentert. Etter en avveining av kryssende hensyn, gikk departementet inn for å videreføre dagens regel som innebærer at det ikke er adgang til å reservere seg

9.2.3.3 Høringsinstansenes syn

Et flertall av høringsinstansene støtter departementets forslag om ikke å endre reglene. Det gjelder blant andre *Medietilsynet, Advokatforeningen, Frivillighet Norge, Landsforeningen for hjerte- og lungesyke, Landslaget for Lokalaviser, Magasin- og Ukepresseforeningen, Mediebedriftenes Landsforening, Norsk Postordreforening, Norsk Redaktørforening, NHO, Coop Norge, Bokklubben, Edda Media og Egmont Serieforlaget*. Disse høringsinstansene viser til at innstikkreklame er en viktig inntektskilde for aviser og andre og til at forbrukerne selv kan velge å si opp abonnementet dersom det er for mange innstikk. Flere, blant andre *Mediebedriftenes Landsforening, NHO* og *Norsk Redaktørforening*, viser også til at innstikk er underlagt redaktøransvaret og at en reservasjonsordning vil være betenkelig i forhold til ytringsfriheten.

Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Framtiden i våre hender, Grønn Hverdag, Norges Naturvernforbund og *Norpost* ønsker at innstikk skal følge samme regler som uadressert reklame. De viser blant annet til at forbrukerne i realiteten ikke har noe valg og at innstikkreklamen genererer store mengder unødig avfall. De viser også til ulik konkurransesituasjon for reklamedistributørene.

Forbrukerombudet uttaler at for forbrukerne kommer det ut på ett om reklamen ligger i eller utenfor avisen. At forbrukerne kan avbestille avisen har liten praktisk betydning all den tid det er snakk om en avis de ønsker å lese. Avisene kan overføre sine kostnader ved å gi forbrukerne anledning til velge bort reklameinnstikk mot å betale mer for avisen. En reservasjonsordning vil heller ikke være et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Dersom innstikk fortsatt unntas fra reservasjonsordningen, ber ombudet om at det kommenteres i forarbeidene hvilke innstikk som omfattes av redaktøransvaret.

9.2.3.4 Departementets vurdering

Etter en samlet vurdering går departementet ikke inn for en rett til å reservere seg mot reklameinnstikk.

På den ene side er det hensyn som taler for å innføre en reservasjonsrett. Forbrukerne har i dag ikke anledning til å si nei takk til uønskede reklameinnstikk i avisen og for mange er det ikke et alternativ å avbestille avisen. Flere finner det vanskelig å forstå at de ikke kan reservere seg. Innstikk generer også store mengder uønsket papirreklame og dermed unødvendig avfall.

På den andre siden er det tungtveiende mothensyn. Avisene har store inntekter fra innstikk og i 2005 utgjorde dette 540 millioner kroner brutto. Inntektene bidrar til lavere priser og dermed til å opprettholde avisen som en konkurransedyktig og viktig kanal for den allmenne samfunnsdebatten. Det er også usikkert hvor stor effekt en reservasjonsordning vil ha på den totale mengden avfall når avisene har mulighet til å ta inn reklamen i avisen.

Departementet har for øvrig merket seg at det er delte meninger om en reservasjonsrett vil være i strid med ytringsfriheten. *Mediebedriftenes Landsforening* har innhentet en juridisk betenkning som konkluderer med at en reservasjonsordning ville innebære et prinsipielt betenkelig inngrep i den redaksjonelle frihet. Det vises bl.a. til at en slik ordning vil være i strid med praksis i Europa og kan skade rammevilkårene for norsk presse. Videre fremholdes at det ikke er påvist noe konkret og tungtveiende behov for lovendring.

Departementet har forelagt spørsmålet for Justisdepartementet som har konkludert med at forbruker- og miljøhensyn vil være legitime grunner for en reservasjonsrett, og at en reservasjonsrett i utgangspunktet ikke kan sies å innebære et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Justisdepartementet mener spørsmålet likevel er tvilsomt dersom en regulering bare har en uvesentlig effekt når det gjelder å nå de målene som ligger bak, sett i forhold til de byrder avisene pålegges.

Forbrukerombudet har i sin høringsuttalelse bedt om avklaring i forarbeidene på hvilke innstikk som er omfattet av redaktøransvaret, dersom dagens regel videreføres.

Etter departementets vurdering følger det av ordlyden i gjeldende markedsføringslov § 2 c annet ledd at *alle* innstikk i en avis/trykksak omfattes av redaktøransvaret. Det må gjelde uavhengig av om innstikket har sammenheng med avisen/trykksakens øvrige innhold eller ikke, layout mv. Den eneste forutsetningen er at innstikket faktisk er en del av avisen. En publikasjon som er fysisk atskilt fra avisen, men som likevel distribueres sammen med denne, anses som del av avisen der det utrykkelig fremgår at den er et bilag til hovedproduktet. I motsatt fall vil publikasjonen kunne være å anse som uadressert reklame eller gratisavis, omfattet av retten til å si «nei takk».

For at det skal være snakk om et «innstikk» må det etter departementets syn foreligge en form for trykt skrift/publikasjon som det ellers ville være mulig å trykke som annonse i avisen. Andre typer fysiske produkter som til tider distribueres med avisen, for eksempel små flasker med shampoo

eller lignende faller utenfor. Det er ikke ønskelig med en utvikling der stadig mer reklame finner veien til forbrukernes postkasser uten at forbrukerne samtidig gis en rett til å si «nei takk».

Se for øvrig lovforslaget § 17 og merknaden til bestemmelsen.

9.3 Dørsalg

9.3.1 Gjeldende rett og praksis

Dørsalg og annet salg utenfor fast utsalgssted er ikke eksplisitt omfattet av reglene om direktemarkedsføring i personopplysningsloven og markedsføringsloven. Salgsformene omfattes imidlertid av de generelle reglene i markedsføringsloven og må i likhet med annet salg og markedsføring ikke være villedende eller urimelig mv.

Datatilsynet antar at denne type salg i noen tilfeller vil kunne omfattes av reservasjonsretten i personopplysningsloven § 26. Forutsetningen er at henvendelsen innebærer behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler, eller annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister, jf. personopplysningsloven § 3. I tillegg må henvendelsen for øvrig falle inn under denne lovens virkeområde.

9.3.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis har bestemmelser om aggressiv handelspraksis som foreslås gjennomført i et generelt forbud i den nye markedsføringsloven i lovforslaget § 9. Se omtale i punkt 7.5 og i merknadene til de enkelte bestemmelsene. I tillegg har direktivets «svarteliste» punkt 25 uttrykkelig forbud mot visse handlinger fra dørselger, herunder å ikke forlate forbrukerens bolig når forbrukeren ber om det. Svartelistens bestemmelser vil bli foreslått tatt inn i forskrift til markedsføringsloven. Se omtale i punkt 7.2.

9.3.3 Forslag i høringsnotatet

Departementet spurte i høringsnotatet om det bør innføres en reservasjonsadgang som gjelder alle former for dørsalg. Uanmodede personlige henvendelser i markedsføringsøyemed hjemme hos forbrukeren vil av mange oppleves som inngripende i privatlivet.

Departementet foreslo en ny bestemmelse i markedsføringsloven som gir forbrukerne rett til å reservere seg mot dørsalg, og viste til at det ikke bør være noen mindre rett til å reservere seg mot

dørsalg enn mot reklame i posten. Departementet forutsatte at en adgang til å si «nei takk» til dørsalg burde tilpasses dagens reservasjonsordning mot uadressert reklame.

9.3.4 Høringsinstansenes syn

I alt 21 høringsinstanser har uttalt seg. Av disse støtter 8 instanser departementets forslag, 6 instanser mener man bør innføre krav om forhåndssamtykke og 6 instanser gikk mot forslaget. *Landslaget for Lokalaviser* har synspunkter på forslaget, men tar ikke klart stilling.

NORDMA, Mediebedriftenes Landsforening, Den norske Forleggerforening, ANFO, Bertmark Norge AS (Bertmark Norge) og Landsforeningen for hjerte- og lungesyke går alle mot forslaget. Flere ser ikke behov for lovregulering og viser til at det er få klager og at bransjene har gode rutiner. *ANFO* uttaler at kostnaden ved dørsalg er relativt stor og risikoen for at denne salgsformen skal øke er derfor mindre enn forutsatt i høringsnotatet.

NORDMA mener de berørte bransjer bør oppfordres til å lage bransjenormer for dørsalg i stedet for lovregulering. Dårlig atferd fra selger vil uansett rammes av generalklausulen.

Noen høringsinstanser bl.a. *Mediebedriftenes Landsforening, Landslaget for Lokalaviser, Bertmark Norge og Landsforeningen for hjerte- og lungesyke* viser til at en reservasjonsrett vil få økonomiske konsekvenser for bransjer og virksomheter de representerer (aviser, forlag og frivillig virksomhet).

Landsforeningen for hjerte- og lungesyke uttaler at hensynet til frivillig virksomhet må veie tyngre enn hensynet til privatlivets fred, og viser til at dørsalg av medlemskap, julemerker, lodd, toalettpapir og pins mv. er en svært viktig inntektskilde for mange frivillige organisasjoner.

Advokatforeningen, NHO, Datatilsynet, Magasin- og Ukepresseforeningen, Norsk Postordreforening, Frivillighet Norge, Coop Norge og Norges kvinne- og familieforbund støtter departementets forslag om å gi forbrukerne en generell rett til å reservere seg mot dørsalg.

Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Norges Naturvernforbund, Grønn Hverdag, LO og Norges Bygdekvinnelag er positive til forslaget, men mener man bør gå lenger og innføre et krav om forhåndssamtykke.

Forbrukerrådet, Forbrukerombudet og LO uttaler at selv om dørsalg ikke er utbredt i dag, kan omfanget øke, blant annet som følge av innstramminger i andre markedsføringskanaler. De viser til

at dørsalg er en påtrengende markedsføringsform som trenger inn i privatlivets fred.

Forbrukerombudet uttaler at dørsalg sjelden er ønsket, hvis man ser bort fra loddsalg fra idrettsforeninger og lignende. Med jevne mellomrom mottar ombudet klager på dørselgere som skal ha utøvd et utilbørlig press. Det er oftest eldre og andre hjemmeværende som utsettes for dette, da dørsalg som regel skjer på dagtid. Flere av virksomhetene som ombudet ellers mottar mange klager på, har dørsalg som en viktig salgsform. Det gjelder bl.a. innenfor alarm-, telefoni- og strømbransjen. Forbrukerne klager på dårlige avtalevilkår, manglede informasjon om angrerett og villedende opplysninger om abonnementsvilkårene.

NHO uttaler at en reservasjonsrett vil likestille dørsalg med telefonsalg og postreklame, og at forslaget slik sett er rimelig, men *NHO* kan ikke se at behovet er tilstrekkelig utredet.

Datatilsynet mottar få klager på dørsalg og uttaler at det i dag er usikkerhet knyttet til regler for slik bruk av markedsføring, herunder om markedsføringen faller innenfor virkeområdet til personopplysningslovens § 3 eller ikke.

Frivillighet Norge uttaler at de støtter forslaget, men synes å forutsette at frivillige virksomheters dørsalg av ulike produkter ikke vil bli omfattet av en reservasjonsrett.

9.3.5 Departementets vurdering

Dørsalg er en påtrengende markedsføringsform som trenger inn i privatlivets fred, i visse tilfeller i enda større grad enn telefonsalg. Det er grunn til å anta at dørsalg sjelden er ønsket, hvis man ser bort fra noen frivillige virksomheters salg. Det bør være opp til den enkelte å avgjøre om man ønsker å bli oppsøkt på denne måten. Dette taler for å lovregulere en generell reservasjonsrett mot dørsalg. Det ville også gi bedre samsvar med at det er reservasjonsrett mot postreklame som er en mindre inn-gripende markedsføringsform.

På den annen side uttaler flere av de som er imot forslaget at det ikke er behov for lovregulering. De viser til få klager og at bransjene som driver med dørsalg har gode rutiner. Departementet vil likevel påpeke at Forbrukerombudet jevnlig mottar klager på dørselgere. I tillegg har flere av virksomhetene som ombudet mottar mange klager på dørsalg som en viktig salgsform. Lav klageandel på dørsalg må også sees i sammenheng med at dørsalgsformen er lite utbredt. Innstramninger i reglene for andre markedsføringskanaler kan føre til oppblomstring av dørsalg, i tillegg til gatesalg og salg fra stands mv. Det vil i så fall øke forbrukernes behov for beskyttelse.

Det er imidlertid usikkert i hvilket omfang dørsalg vil øke. Det avhenger av graden av innstramning i andre markedsføringskanaler, herunder telefonmarkedsføring, og utbredelsen av mer effektive og mindre kostnadskrevenne markedsføringsformer som markedsføring på Internett, salg fra stands mv.

Forbrukerne vil også få beskyttelse i nye regler om aggressiv handelspraksis. Pågående dørselgere vil kunne rammes av det generelle lovforbudet mot slik praksis, se punkt 7.5. Dørselgere som unnlater å etterkomme anmodninger om å forlate stedet eller om ikke å komme tilbake, vil omfattes av svartelistens forbud mot visse handlinger fra dørselger. Forbrukerne har for øvrig angrerett ved dørsalg, jf. lov 21. desember 2000 nr. 105 om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven).

Departementet går i denne omgang ikke inn for å lovfeste en generell reservasjonsrett mot dørsalg, men vil følge utviklingen nøye.

Det er ingen ting i veien for at forbrukerne selv merker dørene med «nei takk» til dørsalg. Manglende respekt for forbrukerens ønske vil etter omstendighetene kunne rammes av bestemmelsene om urimelig og aggressiv handelspraksis.

10 Tilleggsytelser – tilgift, rabattkuponger, konkurranser og utlodninger

10.1 Markedsføringslovens regler om salgsfremmede tiltak i form av tilleggsytelser – tilgift, rabattkuponger, utlodninger og konkurranser

Gjeldende markedsføringslov har i §§ 4 og 5 særlige bestemmelser om det som med en felles betegnelse kalles salgsfremmende tiltak. Etter § 4 er det forbudt å yte tilgift, en tilleggsytelse «på kjøpet» av vare eller tjeneste, til forbrukere. Hvis det er naturlig sammenheng mellom ytelsene er likevel tilleggsytelsen lovlig, for eksempel når en bil selges med vinterdekk på kjøpet. Rabattkuponger, som for eksempel er trykket på varers emballasje og som gir forbrukerne prisavslag på en bestemt vare hvis kupongen tas med i butikken, anses også som en form for tilgift og er forbudt. Det er i henhold til § 5 forbudt å bruke konkurranser, utlodninger e.l. for å fremme salget, hvis tilfældigheter avgjør hvem som vinner. Prestasjonskonkurranser, eksempelvis slagordkonkurranser, er tillatt der det kåres en vinner. For oppgaveløsning i eksempelvis aviser og ukeblader er det unntak fra loddtrekningsforbudet dersom verdien av premiene ikke overstiger nærmere bestemte beløp.

Praktiseringen av disse reglene har vært forbundet med en del problemer. I de øvrige nordiske landene har man de senere årene gått bort fra tilgiftsforbud, men beholdt regulering av bruk av utlodninger og konkurranser i markedsføring. Departementet stilte i høringsnotatet spørsmål om disse reglene burde oppheves, eller om reguleringen bør videreføres i en annen form.

10.2 Særlig om forholdet til EØS-avtalen og direktivet om urimelig handelspraksis

10.2.1 Arbeidet med en EU-forordning om salgsfremmende tiltak

EU-kommisjonen arbeidet fra slutten av 90-tallet og til høsten 2005 med et forslag til forordning om salgsfremmende tiltak. Bakgrunnen var at en

rekke land hadde restriksjoner, som også varierte betydelig mellom landene, på ulike salgsfremmende tiltak. Regelverksarbeidet var et initiativ for å harmonisere bestemmelser om salgsfremmende tiltak. Kommisjonen anså harmonisering som et mer effektivt tiltak enn å ta opp en rekke enkeltsaker med medlemsstatene.

I store trekk gikk Kommisjonens første forslag ut på at det ikke skulle være adgang til generelle forbud mot salgsfremmende tiltak. I stedet inneholdt forslaget en rekke informasjonskrav som skulle sette forbrukerne i stand til å vurdere innholdet av og fordelene som lå i tilbudet, for eksempel den reelle verdi av en tilleggsytelse (tilgift). Forslaget var imidlertid fra starten kontroversielt i medlemsstatene. Det var et blokkerende mindretall både mot Kommisjonens opprinnelige forslag og mot ulike senere formannskapsforslag til kompromisser. Begrunnelsen fra de landene som gikk mot forslaget varierte også så sterkt at det ble ansett umulig å finne kompromisser som kunne samle et tilstrekkelig flertall. Kommisjonen trakk forslaget høsten 2005.

Departementet har etter dette lagt til grunn at det ikke i overskuelig fremtid vil bli fremmet og vedtatt harmonisert regelverk på området, og tok derfor opp spørsmålet om revisjon av de norske reglene i høringsnotatet. At harmonisert EU-regelverk om salgsfremmende tiltak var skrinlagt innebar også at det måtte vurderes i hvilken grad og hvordan direktivet om urimelig handelspraksis får konsekvenser for nasjonale regler om salgsfremmende tiltak.

10.2.2 Direktivet om urimelig handelspraksis – høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Departementet viste i høringsnotatet til uttalelser fra representanter for Kommisjonen om at salgsfremmende tiltak faller utenfor området som harmoniseres av direktivet om urimelig handelspraksis, og at det er opp til de enkelte land å regulere slike tiltak. Forutsetningen er at reguleringen er i overensstemmelse med EF-traktaten/EØS-avta-

len. Departementet viste til at Danmark, som EU-land, har videreført sine forbud mot rabattkuponer og konkurranser/utlodninger i forbindelse med markedsføringen.

Flere *høringsinstanser* har kommentert spørsmålet om virkeområdet til direktivet om urimelig handelspraksis. *Sparebankforeningen* mener spørsmålet er uklart, *Annonsørforeningen (ANFO)*, *Telenor*, *Egmont*, *Advokatforeningen* og *NORDMA* mener alle at salgsfremmende tiltak er å oppfatte som handelspraksis i direktivets forstand. De mener slike tiltak derfor må omfattes av direktivet. I tillegg vil særnorske forbud lett kunne anses som handelshindrende og dermed i strid med EØS-avtalen. Det pekes i den forbindelse på at direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv med formål å fjerne handelshindre. ANFO mener det vil være i strid med direktivets intensjon om harmonisering og sterkt uheldig og konkurransehindrende om Norge på dette punkt skulle innføre strengere lovregulering enn det som følger direkte av direktivet.

10.2.3 Departementets vurderinger

Departementet har etter dette innhentet en vurdering av de ulike reguleringsalternativene i lys av direktivet om urimelig handelspraksis spesielt og EØS-avtalen generelt. Betenkningen er skrevet av førsteamanuensis dr. juris Tore Lunde ved Juridisk fakultet, Universitetet i Bergen.

I utredningen drøftes spørsmålet om regulering av salgsfremmende tiltak ligger utenfor området som harmoniseres av direktivet om urimelig handelspraksis. Konklusjonen er at direktivet neppe harmoniserer nasjonalt regelverk på dette området som gjelder andre sider ved salgsfremmende tiltak enn de som kan anses som urimelig handelspraksis. Dette begrunnes med at direktivets forhistorie viser at formålet var å harmonisere den nasjonale praksis rundt urimelig, illojal handelspraksis som har utviklet seg med bakgrunn i ulike generalklausuler. Dette fremgår også av direktivet selv. Man valgte bevisst en generell, overordnet regulering av handelspraksis, noe som tilsier varsomhet med å tolke anvendelsesområdet for vidt. Under arbeidet med direktivet var det forutsatt at det ville komme spesialregler om salgsfremmende tiltak, og mye taler derfor for at man ikke har tatt sikte på at direktivet skal regulere disse spesifikt. Dette er ikke til hinder for at direktivets generelle regler kan komme til anvendelse på villedende, aggressiv eller på annen måte urimelig bruk av salgsfremmende tiltak.

Listen over urimelig praksis i bilag 1 til direktivet («svartelisten») har eksempler som har rele-

vans for salgsfremmende tiltak. Disse har det til felles at det dreier seg om klart villedende praksis og/eller betydelig svikt når det gjelder informasjon til forbrukerne. Det er ikke noe i eksemplene eller i direktivet for øvrig som tyder på at det er ment å sette rammer for å regulere andre sider av salgsfremmende tiltak enn det som framstår som klart klanderverdig opptreden fra næringsdrivende. Sammenholdt med direktivets forhistorie og utforming tyder derfor mye på at det ikke kan antas å regulere salgsfremmende tiltak generelt.

Utrederen antar på denne bakgrunn at gjeldende norske restriksjoner som hovedregel ikke vil være i strid med EØS-avtalen, og at avtalen heller ikke er noe generelt hinder for at Norge beholder og/eller innfører restriksjoner mot salgsfremmende tiltak. Forutsetningen er at tiltakene ikke diskriminerer mellom innenlandske og importerte varer. Forholdet til tjenestereglene er ikke behandlet særskilt, men her har reglene i prinsippet vært de samme som for varer. Dette er sammenfallende med det som ble lagt til grunn i høringsnotatet, og som blant annet bygde på uttalelser fra representanter for EU-kommisjonen.

Et totalforbud mot tilleggsytelser rettet til barn anser utrederen likevel som en handelshindring som rammes av EØS-avtalen, og han anser det som nokså usikkert om et slikt forbud vil kunne opprettholdes. Usikkerheten knytter seg både til om et slikt forbud kan anses som et egnet tiltak og til om det er proporsjonalt.

Departementet legger etter dette til grunn at direktivet om urimelig handelspraksis ikke i seg selv legger begrensninger på muligheten for å regulere salgsfremmende tiltak. Samtidig vil direktivets standarder gjelde for rimelighet, villedning mv., utforming og presentasjon av et salgsfremmende tiltak.

Det bemerkes i denne forbindelse at man i det finske høringsforslaget til gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis viderefører reglene om salgsfremmende tiltak. Også i Danmark har man valgt å videreføre dagens regulering på området, og uttaler i forarbeidene til loven som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis at direktivet ikke berører adgangen til å regulere salgsfremmende tiltak. I Sverige har man foreslått å oppheve de særskilte bestemmelsene om opplysningsplikt ved bruk av slike fordeler i markedsføring, men har inkorporert opplysningsplikten i bestemmelsen om opplysningsplikt ved oppfordring til kjøp. Reguleringen av reklamelotterier er også foreslått videreført.

10.3 Tilgift

10.3.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett er det forbudt å yte tilgift til forbruker, jf. markedsføringsloven § 4 første ledd. Forbudet gjelder likevel ikke når det er naturlig kjøps- og bruksmessig sammenheng mellom tilleggsytelsen og hovedytelsen, for eksempel når en bil selges med vinterdekk og motorvarmer på kjøpet. Hvis det ikke er naturlig å kjøpe tingene sammen, vil tilleggsytelsen være ulovlig selv om tingene ofte brukes sammen, eksempelvis skrivebord og leselampe. Presentasjonsmåten kan også anses villedende etter § 2 hvis det reklamerer med at tilleggsytelsen er «gratis», men likevel er betinget av kjøp av andre varer eller tjenester. For at det skal anses som ulovlig tilgift må rett til tilleggsytelsen som hovedregel være betinget av kjøpeplikt av hovedytelsen. Utdeling av vareprøver eller reklamemateriell vil derfor ikke anses som tilgift.

En pengeytelse (rabatt) regnes som en tilgift når den mangler sammenheng med betaling av hovedytelsen. Hvis kjøp av hovedytelsen gir mulighet til å kjøpe noe annet uten slik sammenheng til særlig lav pris, vil dette være ulovlig.

Å tilby «mer av samme vare», typisk «ta tre, betal for to», anses som en type rabatt snarere enn tilleggsytelse, og vil i alle fall ha sammenheng med hovedytelsen. Slike tilbud vil derfor i utgangspunktet ikke være å anse som tilgift.

Det er presisert i § 4 tredje ledd at premier eller belønninger for deltagelse i konkurranser i aviser, blader og så videre ikke anses som tilgift. Verdien av premier som deles ut kan ikke være høyere enn de grensene departementet har satt, se punkt 10.5.1.

I forarbeidene til gjeldende § 4 er forbudet begrunnet i to forhold. Å yte tilgift er egnet til å villedende det kjøpende publikum. Selv om den næringsdrivende kalkulerer prisen på tilgiften inn i prisen på hovedytelsen, fremstilles tilgiften som gratis eller en gave, noe «store deler av det kjøpende publikum» også mener den er. I tillegg til villedningsmomentet la departementet den gangen vekt på at tilleggsytelser ved omsetningen av varer, tjenester eller andre ytelser må anses som et uvedkommende forhold eller forstyrrende fremmedelement i omsetningen og at det som sådant er egnet til å gjøre det vanskeligere for forbrukeren å orientere seg i markedet (jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 15).

10.3.2 Andre nordiske land

Island har ikke bestemmelser om tilgift. I Sverige har man en bestemmelse om opplysningsplikt i markedsføringslagen som delvis er foreslått videreført. I den finske konsumentskyddslagen er det en særlig opplysningsplikt ved pakketilbud eller tilgiftstilbud som er foreslått videreført. Forbrukere skal blant annet få opplysninger om tilbudets innhold og verdi og vilkår for å benytte tilbudet. I Danmark hadde man et forbud tilsvarende det norske, men det ble opphevet i 2005 og erstattet med en opplysningsplikt som i Finland og Sverige.

10.3.3 Høringsnotatet

I høringsnotatet pekte departementet på at praktiseringen av forbudet mot tilgift har vært forbundet med en del vanskeligheter. Gjeldende lovtekst byr på avgrensingsproblemer med hensyn til når en tilleggsytelse er ulovlig. Næringslivet har påpekt problemer med å definere hva som er en «naturlig sammenheng» og hva som er forskjellen på en hovedytelse og en tilleggsytelse. Uttrykket «*særlig lav pris*» har dessuten voldt spesielle tolkningsproblemer. Formålet med å sidestille dette med «gratisytelser» har vært å hindre omgåelser av forbudet, men det fører altså i seg selv til vanskelige grensdragninger. Både næringsliv, Forbrukerombudet og Markedsrådet har påpekt at reglene er foreldet og har på denne bakgrunn reist spørsmål om reglene bør endres.

I høringsnotatet la departementet frem alternative forslag. Det første alternativet var å oppheve forbudet, det andre var å erstatte forbudet med en regel om opplysningsplikt der den næringsdrivende pålegges å informere om vilkårene for å benytte seg av tilbudet og om prisen på hovedytelsen og tilleggsytelsen. Det tredje alternativet var å erstatte dagens forbud med et mindre omfattende forbud mot tilleggsytelser med høy lokkeeffekt, kombinert med et totalforbud mot tilleggsytelser til barn.

10.3.4 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser har merknader til at dagens bestemmelse om tilgift er vanskelig formulert og vanskelig tilgjengelig. Ingen tar til orde for at bestemmelsen opprettholdes i sin nåværende form. Mange peker på at rettsstilstanden har vært uklar og at bestemmelsene ikke har vært særlig strengt håndhevet. Det er imidlertid delte meninger om hva som eventuelt bør innføres i stedet.

Forslaget om å oppheve forbudet mot tilgift støttes av *Annonseforeningen (ANFO)*, *Dagligvareleverandørenes forening (DLF)*, *De norske Bokklubbene AS*, *Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH)*, *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)*, *Landsforeningen for hjerte og lungesyke (LHL)*, *Norsk Direkte Markedsførings Forening (NORDMA)*, *Norsk Postordreforening*, *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*, *Sparebankforeningen*, *Egmont Serieforlaget*, *Eniro Norge*, *Kreativt Forum*, *Telenor* og *TV2*.

Forslaget om å oppheve forbudet og innføre informasjonskrav støttes av *Nærings- og handelsdepartementet*, *Advokatforeningen*, *Den norske Forleggerforening*, *Mediebedriftenes Landforening (MBL)* og *Coop Norge*. *Norsk Postordreforening*, *TV2*, *NHO* og *Egmont* støtter primært forslaget om å oppheve forbudet, men uttaler at de subsidiært kan støtte innføring av informasjonskrav. *Kreativt Forum* og *Forbrukerombudet* går imot forslaget om informasjonskrav.

Forslaget om å erstatte dagens forbud med et nytt, mer begrenset forbud, støttes av *Forbrukerombudet*, *Forbrukerrådet* og *Tele2 Norge*.

Høringsinstansene som støtter en opphevelse av forbudet viser særlig til at misbruk av tilleggsytelser vil fanges opp av de generelle forbudene mot villedende og urimelig handelspraksis, og at det ikke er særskilt behov for å beskytte norske forbrukere nettopp mot tilgift. Flere, deriblant *Kreativt Forum*, *ANFO*, *HSH*, *NORDMA* og *NHO*, mener at et forbud mot tilleggsytelser er foreldet og lite tilpasset dagens markedssituasjon der forbrukerne er vant til ulike markedsføringsformer og dermed kan ivareta egne interesser. *NHO*, *NORDMA*, *Kreativt Forum* og *HSH* etterlyser dokumentasjon for at det er et særlig vernebehov på dette området, og for at norske forbrukere trenger sterkere beskyttelse enn forbrukere i andre land. *HSH* og *Kreativt Forum* mener det ikke kan dokumenteres at bruk av tilgift virker kostnadsdrivende for forbrukerne. *HSH* påpeker at tilgift bare er en markedsføringskanal og at det ikke nødvendigvis vil være slik at næringslivet øker sine markedsføringsbudsjetter om de får tilgang til en ny kanal.

Forbrukerombudet mener tilgift er fordyrende og en kilde til økt konsum og økt forsøpling. Svekes forbrukernes fokus på hovedytelsens pris, kan tilgift bli et konkurranseparameter i de ulike markedene. Ombudet påpeker videre at tilgiftsforbudet skal ivareta flere hensyn. Ombudet antar at hensynet til at forbrukere ikke skal villedes langt på vei vil være ivaretatt gjennom lovens generelle villedningsregel. Et annet viktig hovedhensyn er

imidlertid hensynet til transparens og oversiktighet i markedet. Ombudet viser til de utredninger som tidligere er gjort om regulering av tilgift, og særlig til det såkalte markedsføringslovutvalget som avga sin innstilling i NOU 1995:2. Utvalgets flertall foreslo et generelt forbud mot tilgift, uten unntak for tilleggsytelser som har en eller annen tilknytning til hovedytelsen. Ombudet mener det på mange måter er vanskeligere å orientere seg i en del markeder i dag enn i 1995, og viser til utviklingen av nye teknologiske produkter koblet til salg av ulike abonnementer som eksempel. Etter ombudets mening skaper bruk av virkemidler som pakketilbud og bindingstider et marked som er vanskelig nok å få oversikt over. Dette vil bli ytterligere komplisert dersom man åpner for tilgift.

Forbrukerrådet etterlyser en redegjørelse for hensynene som taler for at man skal tillate tilgift. Rådet mener tilgift er uheldig fra et forbrukersynspunkt fordi det gjør det vanskelig å ta rasjonelle valg. Tilgift tar fokus bort fra hovedytelsen og forstyrrer kjøpsvurderingen. Også *Forbrukerrådet* mener begrunnelsen for tilgiftsforbudet gjelder med økt styrke i dag fordi forbrukerne må forholde seg til og orientere seg i svært mange markeder. Tilgift gjør det etter *Forbrukerrådets* oppfatning enda vanskeligere enn tidligere å være en rasjonell forbruker.

Både *Kreativt Forum*, *Norsk Postordreforening*, *HSH* og *NORDMA* peker spesielt på viktigheten av å ha like regler i hvert fall i Norden. Mange opererer innenfor det nordiske og det europeiske markedet, og det er kostnadsdrivende å måtte skreddersy markedsføringskampanjer til ulike markeder. Nettopp muligheten for harmonisering med svensk og dansk regelverk er begrunnelsen for at mange høringsinstanser støtter forslaget om å innføre et informasjonskrav. *NHO* viser til at det norske markedet må særbehandles ved grenseoverskridende markedsføringskampanjer ettersom de norske reglene for tilgift og utlodninger gjennomgående er strengere enn i andre europeiske land. Dette er etter *NHOs* oppfatning klart fordyrende. *Telenor* mener en særregulering vil kunne ha negativ effekt på konkurransen.

TV2 mener tilgiftsfeltet er så mangfoldig at problemene med tilgift ikke forsvarer en egen regulering. *TV2* uttaler generelt til forslaget om ny markedsføringslov:

«TV2 er som en riksdekkende distributør av reklame for internasjonale merkevarer, sterkt opptatt av å understreke nødvendigheten av at man ved utformingen av den norske lovgivningen velger løsninger som er internasjonalt

kjent. Årsaken er naturligvis ønsket om at det skal legges opp til «level playing field»-løsninger som gjør det mulig for de norske produksjonsmiljøene å konkurrere med de utenlandske om produksjon av slike kampanjer. Likeledes er det nødvendig for de norske reklamedistributørene å kunne tilby distribusjon av utenlandske kampanjer i Norge, i konkurranse med utenlandske aktører som retter seg mot det samme markedet. Vi vil således sterkt oppfordre til at man i det minste legger opp til en samnordisk reguleringsform.»

Forbrukerombudet mener hensynet til rettsenhet i Norden uansett bare kan tillegges begrenset vekt. Ombudet viser til at det blant de øvrige nordiske land ikke eksisterer rettsenhet på reguleringen om tilgift og konkurranser, og heller ikke på mange andre områder innen markedsretten.

Forbrukerrådet mener en opphevelse av tilgiftsforbudet er samfunnsøkonomisk uheldig fordi vel fungerende markeder forutsetter en etterspørsels side som foretar rasjonelle valg. Forbrukerrådet mener tilgift medfører at forbrukerne tar mindre rasjonelle valg, noe som innebærer redusert samfunnsøkonomisk effektivitet.

Tele2 er motstander av at forbudet blir opphevet og uttaler:

«Tele2 er en utfordrer i telekommerket og vårt viktigste konkurransefortrinn er å kunne tilby lavere priser enn de mer etablerte aktører, som Telenor og NetCom. Tele2 er bekymret for at en opphevelse av tilgiftsforbudet vil kunne gjøre det vanskeligere for forbrukerne å identifisere det tilbudet som reelt sett er billigst, og dermed mest rasjonelt for kunden å velge.»

Forslaget om å oppheve forbudet og innføre informasjonskrav støttes av *Nærings- og handelsdepartementet*, *Advokatforeningen*, *Den norske Forleggerforening*, *Mediebedriftenes Landforening* og *Coop*. Disse begrunner hovedsakelig sitt standpunkt med at de andre nordiske landene har slike informasjonskrav, og at det er viktig at forbrukerne foretar godt informerte kjøpsbeslutninger. Dessuten vil de mer graverende tilfellene bli dekket inn under de generelle bestemmelsene om villedende og urimelig handelspraksis. *Advokatforeningen* anbefaler at man opphever dagens forbud mot tilgift og erstatter det med et informasjonskrav. Foreningen mener dette vil gi et regelverk som harmonerer med Sverige, Finland og Danmark, og at det i praksis heller ikke vil fungere som noen kompliserende faktor ved forskjellige typer grenseoverskridende markedsføring, eller markeds kampanjer som går parallelt i flere land.

Norsk Postordreforening, *TV2*, *NHO* og *Egmont* støtter primært forslaget om å oppheve forbudet. De uttaler at de subsidiært kan støtte innføring av informasjonskrav fordi dette samsvarer med reguleringen i de øvrige nordiske land.

Forbrukerombudet er skeptisk til forslaget om informasjonsbestemmelser og etterlyser en nærmere gjennomgang av hvordan bestemmelsene har fungert i de øvrige nordiske landene. Ombudet har for øvrig ikke tro på at en informasjonsregel som det foreslåtte vil løse problemene rundt villedning og manglende transparens i markedet. Forbrukerombudet får her støtte av *Kreativt Forum* som mener at et krav om opplysning om prisen på tilleggsytelse og hovedytelse hver for seg vil virke villedende og mot sin hensikt. Ofte vil pris på tilleggsytelsen være stipulert fordi den næringsdrivende vanligvis ikke har dette produktet i sitt sortiment. Den næringsdrivende kan da fristes til en for høy verdifastsettelse, noe som vil virke særlig lokkende. Også *Norsk Postordreforening* kommenterer denne problemstillingen.

Kreativt Forum uttaler:

«De andre nordiske land har opphevet tilgiftsforbudet og innført informasjonsregler, ved at prisen på tilleggsytelsen skal oppgis. Det kan stilles spørsmål om et krav om at prisen på tilleggsytelsen skal oppgis er spesielt veiledende. Mye kan tale for at den er mer egnet til å villede. Praksis fra Sverige viser at opplysningsplikten er mer villedende enn veiledende, fordi den næringsdrivende kan prise opp verdien på tilleggsytelsen i stedet for å oppgi en reell pris. Tilleggsytelsen vil dessuten ofte være kjøpt svært billig i utlandet og hvis det ikke finnes en konkret «før» pris på vedkommende tilleggsytelse hos den aktuelle detaljist, vil verdien på tilleggsytelsen måtte stipuleres. Dermed vil det være fristende å stipulere denne så høyt som mulig «verdi kr x» og dermed vil en slik regel invitere til villedende presentasjon av tilleggsytelsen verdi. Dette vil faktisk bryte med de godt innarbeide og grunnleggende prinsipper om at prissammenligninger skal bygge på reelle førpriser.»

Forslaget om å erstatte dagens forbud med et nytt, begrenset forbud mot tilgift med særlig lokkeeffekt, støttes av *Forbrukerombudet* og *Tele2*. Forslaget støttes ikke av høringsinstansene som støtter opphevelse av tilgiftsforbudet eller innføring av en informasjonsbestemmelse, og det vises til argumentasjonen over. Av disse kommenterer enkelte instanser i tillegg dette forslaget spesielt.

Dersom man erstatter dagens forbud med et mindre omfattende forbud, eventuelt kombinert

med en særlig barnebestemmelse, mener *Kreativt Forum* og *Norsk Postordreforening* man vil ta med seg de vanskelige grensedragningene fra dagens forbud, noe som vil medføre at næringslivet i stedet tyr til mer eller mindre kunstige pakketilbud. Også *HSH* mener forslaget åpner for uklare grensedragninger og etterlyser dokumentasjon for at det er behov for sterkere forbrukervern i Norge enn i øvrige EU-land.

Advokatforeningen uttaler:

«En videreføring av et begrenset forbud vil antagelig vise seg å være like vanskelig å praktisere som dagens hovedregel, selv om den innebærer en viss oppmykning fra det nåværende krav om «naturlig sammenheng» mellom hovedytelse og tilleggsytelse for å gå fri av tilgiftsforbudet. I tillegg vil et slikt forbud bety en kompliserende faktor for både grenseoverskridende og parallell markedsføring.»

Forbrukerombudet støtter forslaget om et begrenset forbud og mener det er de mest gravevende formene for tilgift som skal forbys, eksempelvis der lokkeeffekten er særlig stor, der prisammenligningen i en bransje blir svært problematisk eller der forbrukernes valgfrihet i et marked blir særlig begrenset. Samtidig bør ikke tilgiftstilfeller av bagatellmessig art, eller der forbrukerhensyn ikke tilsier inngrep, rammes. Ombudet støtter derfor en bestemmelse som legger en ny terskel for hva som anses lovstridig. Gitt at det innføres et slikt forbud er ombudet usikker på behovet for en egen bestemmelse om tilgift til barn, ettersom det presiseres at lovens bestemmelser skal tolkes strengere når barn er målgruppen.

Forbrukerrådet støtter i utgangspunktet ikke departementets forslag, men ønsker et totalforbud mot tilgift. Dersom det skal inneholde modifikasjoner, bør det utformes på en annen måte enn departementets forslag.

Egmont Serieforlaget viser til sin praksis med å inkludere en fysisk gjenstand som alltid har en tematisk eller annen redaksjonell sammenheng med bladet som en del av det redaksjonelle produktet. Etter deres mening dreier ikke dette seg om en hovedgjenstand og en tilleggsytelse, men om et integrert produkt der den fysiske gjenstanden inngår som en del av hovedproduktet. Egmont har hevdet at denne redaksjonelle praksisen ikke rammes av tilgiftsbestemmelsen i markedsføringsloven § 4, noe Forbrukerombudet ikke har akseptert. Egmont mener avgrensningen av tilgift mot pakketilbud illustrerer de avgrensingsproblemer en tilgiftsbestemmelse vil skape.

Når det gjelder en spesialregel om tilgift til barn ser *Advokatforeningen* at det er et beskyttelsesbehov til stede, men anbefaler ikke en slik bestemmelse fordi den vil kunne vise seg vanskelig å praktisere og fordi behovet dekkes av de generelle bestemmelsene i loven. *HSH uttaler*:

«HSH mener det ikke bør utformes egne og strengere regler for tilgiftsforbud rettet til barn, eventuelt andre former for tilgiftsforbud til denne målgruppen. HSH mener det ikke er behov for særregler på dette område i Norge. HSH er videre av den oppfatning at en eventuell innføring av slike særregler vil kunne skape vanskelige grensedragninger når det gjelder ulike produkter om de er rettet til barn eller voksne. Dette vil dessuten bidra til et komplisert regelverk. HSH mener at grensedragningen om hvem produktene retter seg mot uansett ikke vil bortfalle ved å se hen til hvem tilleggsytelsen er ment for. Bakgrunnen for dette er at mange tilleggsprodukter også vil kunne være egnet både for barn og voksne.»

Helse- og omsorgsdepartementet forutsetter at en eventuell oppheving av forbudet mot tilleggsytelser ikke får betydning for forbudet mot tilleggsytelser i alkoholloven.

10.3.5 Departementets vurderinger

Etter gjeldende rett er bruk av tilleggsytelser i markedsføringen tillatt hvis det dreier seg om ytelser som har naturlig sammenheng med hovedytelsen. Spørsmålene som var på høring var om det skal åpnes for noe større bruk av tilleggsytelser, om tilleggsytelser til barn skal totalforbys, eller om forbudet skal oppheves og erstattes med opplysningsplikt.

De generelle reglene i loven vil alltid beskytte mot urimelig og villedende markedsføring og demmer dermed opp for den mest aggressive bruk av tilleggsytelser i markedsføringen. Spørsmålet er om andre behov tilsier en ekstra beskyttelse mot markedsføring i form av tilleggsytelser.

Hensynet til konkurransen næringsdrivende imellom, som i sin tid delvis begrunnet forbudet mot tilleggsytelser, synes ikke lenger å gjøre seg gjeldende i like sterk grad. I utredningen i NOU 1995:2 om endringer i markedsføringsloven som var på høring for ti år siden ble det foreslått å videreføre forbudet med visse endringer av bestemmelsen. Den gangen svarte mange næringsdrivende i sine høringssvar at de ønsket en videreføring av forbudet mot tilgift av hensyn til konkurransen. I høringsrunden i 2006 ønsket imidlertid et klart flertall av de næringsdrivende å

jerne forbudet, og kun et par instanser viser til konkurransehensynene som argument for å opprettholde det. Heller ikke Konkurransetilsynet eller Fornyings- og administrasjonsdepartementet uttaler seg om dette.

De næringsdrivende har i høringen i 2006 vist til betydningen av at de norske reglene endres slik at de kommer på linje med reglene i andre land, først og fremst de nordiske som har gått bort fra forbud mot tilgift. Dette avspeiler at utviklingen de senere årene har gått i retning av at markedene er blitt mer internasjonale og grenseoverskridende. Det norske næringslivet konkurrerer i større grad med utenlandske aktører og ser det som en fordel å konkurrere innenfor likere rammebetingelser.

Tilgiftsforbudet ble innført med lov om utilbørlig konkurranse fra 1922 og ble videreført i markedsføringsloven da denne ble vedtatt i 1972. Det har således røtter i et annet samfunn og med en helt annen situasjon mht. markedsforhold, forbruk, forbruksnivå, omsetnings- og konkurranseformer. Ikke minst gjelder dette ulike former for påvirkning av forbrukernes valg, som til dels må anses å ha sterkere påvirkningseffekt enn tilgift. Gjennomgående reguleres den store mengden ulike salgspåvirkende tiltak av de generelle bestemmelsene i markedsføringsloven, og det er vanskelig i dagens markedssituasjon å finne argumenter for et særlig forbud nettopp mot tilgift selv om markedsføringsformen har en potensielt sterk lokkeeffekt. Etter departementets mening vil de sterkeste forbrukerhensynene, å motvirke villedning og urimelighet, være ivarettatt gjennom de generelle bestemmelsene og den foreslåtte opplysningspliktbestemmelsen.

Departementet viser også til problemene knyttet til bestemmelsen i seg selv. Erfaringen viser at det er vanskelig å utforme en regel med klare grenser. Dette påpekte også utvalget i NOU 1995:2 om forslag til endringer i markedsføringsloven. Flertallet foreslo et helt generelt forbud mot tilgift, uansett om tilleggsytelsen kan sies å ha en eller annen form for sammenheng med hovedytelsen. Utvalget diskuterer på side 33 om det bør være unntak fra forbudet, fordi det i mange tilfeller vil være gode grunner for at næringsdrivende tilbyr ekstraytelser til redusert pris. Utvalget uttaler i denne forbindelse blant annet at

«et tilgiftsforbud som tar hensyn til alt som burde kunne være tillatt, neppe lar seg utforme, med mindre det hele gjøres så skjønnsmessig at den næringsdrivende ikke får noen veiledning av regelverket. Et forbud må ha klare grenser. Utvalget er bedt om å formulere regler som er enkle å praktisere.»

Et totalforbud mot bruk av tilleggsytelser vil ikke være aktuelt, blant annet på grunn av EØS-avtalen, og var heller ikke foreslått i høringsnotatet. Forbrukerombudet tar i sin høringsuttalelse til orde for en bestemmelse som rammer de mest graverende formene for tilgift, samtidig som tilgiftstilfeller av bagatellmessig art eller der forbrukerhensyn ikke tilsier inngrep tillates. Ulempen ved en slik regel er nettopp at flere skjønnsmessige kriterier gir dårlig forutberegnelighet med hensyn til grensen mellom hva som skal være tillatt og forbudt, slik også dagens regel er et eksempel på. Dermed er det etter departementets mening mer hensiktsmessig å vurdere også denne markedsføringsmetoden etter lovens generelle bestemmelser, der skjønnsutøvelsen i større grad knytter seg til hvordan tiltaket er egnet til å påvirke forbrukerne, enn for eksempel i hvilken grad det er sammenheng mellom to ytelser som selges samlet. Departementet foreslår etter dette at forbudet mot tilgift oppheves.

Særlig om tilleggsytelser til barn

Den gjeldende tilgiftsbestemmelsen regulerer også bruk av tilgift til barn. Bruk av ulike produktpakker og tilleggsytelser er utbredt også der barn er målgruppen, men blant annet fordi det ofte er en sammenheng mellom ytelsene er dette i stor grad tillatt i dag.

Ett av alternativene i høringsnotatet var å innføre et særlig forbud mot tilgift rettet til barn, uavhengig av om hovedytelsen er rettet mot voksne. Bakgrunnen for forslaget var at tilbud om noe ekstra «på kjøpet» særlig appellerer til barn, samtidig som det generelt er ønskelig å motvirke det kommersielle presset på denne gruppen.

Departementet foreslår ikke et totalforbud mot tilleggsytelser til barn. Det vises særlig til at et totalforbud vil være problematisk i henhold til EØS-avtalen, jf. omtalen under punkt 10.2. Et begrenset forbud som tilsvarer dagens antas ikke å være problematisk med tanke på EØS-avtalen. Ved utformingen av en slik bestemmelse støter man imidlertid på problemene med å gi bestemmelsen en tilstrekkelig klar utforming, jf. drøftelsen av et generelt forbud over. Når et slikt forbud i tillegg skal begrenses til å ivareta hensynet til barn, skapes det et tilleggsproblem fordi det må foretas en avgrensning mht. om tilgiftstilbud er rettet til barn eller voksne.

Departementet er etter en helhetsvurdering kommet til at det heller ikke bør innføres et forbud mot bruk av tilgift i markedsføring til barn. Også når barn er målgruppen vil lovens generelle regler

ivareta de mest sentrale beskyttelsesbehovene. Det vises særlig til at loven tolkes strengere der barn er målgruppen, jf. omtalen i proposisjonens kapittel 8. Tilbud som i for stor grad fokuserer på tilgiften, vil ha sterk lokkeeffekt og det må antas at de derfor lett vil anses urimelige. Det samme vil gjelde i tilfeller der det benyttes tilleggsytelser som særlig appellerer til barn, selv om hovedytelsen ikke bare har barn som målgruppe.

Departementet gjør i denne forbindelse oppmerksom på at bruk av tilleggsytelser til barn reiser spesielle problemstillinger i forbindelse med markedsføring av mat med høyt innhold av salt, fett og sukker, jf. punkt 8.5. Som nevnt er det igangsatt flere tiltak på dette området som antas å ville ivareta hensynet til barna på en god måte.

Nærmere om departementets forslag

En oppheving av tilgiftsforbudet er en liberalisering av regelverket. Næringslivet forutsettes å sikre forbrukerne balansert og god informasjon dersom det tilbys ytelser i tillegg eller på kjøpet. Villedende bruk av tilleggsytelser i markedsføringen vil uansett være forbudt. I denne forbindelse vises særlig til villedningsbestemmelsen i forslaget § 7 bokstav d der villedning om eventuelle prisfordeler er særskilt nevnt. Her nevnes også at direktivets svarteliste, som blir tatt inn som forskrift til loven jf. punkt 7.2, i punkt 20 forbyr å beskrive et produkt som «gratis» dersom forbrukeren skal betale noe for det.

Dersom en næringsdrivende fokuserer på en tilleggsytelse i for stor grad eller gir uriktig eller for dårlig informasjon om tilbudet, vil tiltaket lett anses som villedende eller urimelig etter lovforslagets alminnelige bestemmelser. Det vil eksempelvis også være mulig å slå ned på markedsføring som fokuserer mer på hva forbrukeren får i tillegg enn på den investeringen forbrukeren må gjøre for å oppnå tilleggsytelsen. Et eksempel kan være når forbrukere som kjøper bolig til fast pris får et gavekort i en interiørforretning «på kjøpet», og den som først inngår avtale får gavekortet til høyest verdi. En for sterk lokkeeffekt vil kunne anses urimelig i seg selv. Særlig på områder der uerfarne forbrukere utgjør den primære målgruppen vil tiltakene lettere anses lovstridig. I tillegg må det tas høyde for at barn og unge generelt lett vil påvirkes av slik markedsføring.

Departementet foreslår at det i tillegg til lovens generelle regler innføres en opplysningspliktbestemmelse som i de øvrige nordiske landene. I forslag til § 18 siste ledd er det inntatt en generell opp-

lysningsplikt ved markedsføring der forbrukere tilbys tilleggsytelser i form av en fordel eller en mulighet for å oppnå en slik fordel. Plikten gjelder markedsføring og utløses for eksempel der det tilbys rabatter, tilbud om noe på kjøpet eller muligheten for å vinne premier.

Plikten foreslås utformet slik at næringsdrivende skal gi klar og lett tilgjengelig informasjon om vilkår for å benytte tilbudet. Et tilsvarende krav ligger allerede i ehandelsloven § 9 som et supplement til markedsføringslovens nåværende regulering. I høringen var det foreslått en plikt til å opplyse om ytelsenes pris hver for seg, men departementet har gått bort fra dette. Som noen høringsinstanser har påpekt, er en slik opplysning vanskelig å etterprøve. I tillegg vil det ofte være umulig å opplyse om noen pris eller verdi på ekstraytelsen.

10.4 Rabattkuponger, samlemerker mv.

10.4.1 Gjeldende rett

«Kupongregelen» i gjeldende markedsføringslov § 4 annet ledd, annet punktum sier at en pengeytelse anses som tilgift hvis man bruker merke, kupong eller lignende som hovedsakelig har til oppgave å tjene som bevis for rett til pengeytelsen.

Rabattkuponger er vanlig og tillatt i mange land. Kuponger kan være tatt inn i annonser eller salgsbrosjyrer, trykket på varers emballasje, i tilbudsaviser etc. Forbrukeren kan få prisavslag for en vare ved å klippe ut rabattkupongen og ta den med til forretningen, eventuelt kan tilbudet være utformet slik at et bestemt antall rabattkuponger må spares opp for å oppnå rabatt ved kjøp av varen. Gjeldende bestemmelse er ikke et generelt forbud mot å gi denne type rabatter. Eksempelvis anses elektroniske rabattkort som hovedsakelig har en «legitimeringsfunksjon» eller «registreringsfunksjon», og som forbrukeren ikke gir fra seg, ikke å tjene «hovedsakelig» som bevis for rett til pengeytelsen og rammes ikke av forbudet. Det er også tillatt å gi kvantumsrabatter, årsbonuser og lignende tilbakebetalinger på grunnlag av kvitteringer, kassalapper etc. Forbrukerombudet har for eksempel godtatt at fotoforretninger gir kvantumsrabatt ved bruk av kundekort som stemples hver gang man kjøper en fremkalling.

Alle opplysninger om medlemsfordeler og rabattordninger må tilfredsstillende kravene i markedsføringslovens generelle bestemmelser og gi korrekt, klar og tilstrekkelig veiledning.

10.4.2 Andre nordiske land

I Sverige og Finland er bruk av rabattkuponger og –merker tillatt. Det danske forbudet mot rabattkuponger og –merker ble videreført i den nye danske markedsføringsloven fra 2005. Island har ikke regulering på dette området.

Den danske bestemmelsen lyder som følger:

«Rabattkuponer og –mærker

§ 10. Der må ikke gives rabat eller anden ydelse ved brug af mærker, kuponer eller lignende, der er stillet til rådighed af erhvervsdrivende forud for køb af en vare eller ved udførelsen af en tjenesteydelse. Stk. 2. Erhvervsdrivende må dog ved salg af en vare eller udførelsen af en arbejds- og tjenesteydelse give rabat eller anden ydelse i form af mærker, kuponer eller lignende til senere indløsning, såfremt hvert enkelt mærke på tydelig måde er forsynet med udstederens navn eller firma med angivelse af en værdi i dansk mønt. Rabatmærkeudstederen skal indløse mærket til en verdi, når mærker til et beløb, hvis størrelse fastsettes af ministeren for familie- og forbrugeranliggender, kræves indløst.»

10.4.3 Høringsnotatet

Næringslivet har påpekt at kupongregelen er komplisert og vanskelig tilgjengelig, og at det er et behov for forenkling. Den er dessuten lite anvendelig for elektronisk markedsføring. Vanskelige grensdragninger mellom det lovlige og det ulovlige svekker forutsigbarheten. Bransjen trekker særlig frem det problematiske i å klarlegge når kupongen eller merket «hovedsakelig» tjener som bevis for rett til pengeytelsen.

I høringsnotatet stilte departementet spørsmål om forbudet mot rabattkuponger bør videreføres, eller om forbudet burde oppheves. Departementet viste til at det er vanskelig å overskue konsekvensene av en full liberalisering. Det ble særlig pekt på mulighetene for å bruke elektronisk kommunikasjon, som igjen gjør det lettere å nå frem til barn og unge. Departementet nevnte særlig «trading stamps». Dette er kjøpemerker som utstedes av spesielle firmaer, og som selges til de næringsdrivende, eksempelvis forretninger. Forretningene deler ut merkene til forbrukerne ut fra hvor mye de har kjøpt. Forbrukerne kan samle merkene og bruke dem til senere kjøp i særlige butikker opprettet av merkeutstederne. Merkene tjener da som et middel for forretningene som kjøper slike merker av merkeutstederne, til å holde på forbrukerne og få dem til å vende tilbake.

Departementet foreslo i høringsnotatet at det opprettholdes et forbud mot kuponger, merker og lignende som kan innløses. Departementets oppfatning var at rabattkort, både i papir og elektroniske, ikke skaper de samme problemene i praksis som rabattkuponger og merker. Derfor ble det foreslått at forbudet ikke skulle gjelde rabattkort. Departementet mente progressive rabatter burde forbys for alle rabattsystemer på grunn av sin sterkt innelåsende effekt. Departementet foreslo følgende bestemmelse:

«§ 7–3. Bruk av kuponger m.v. som betalingsmiddel

Det er forbudt å gi rabatt til en forbruker under forutsetning av at det fremvises kupong, merke eller tilsvarende, som kan løses inn. Rabattsystemer som gir rett til mer av samme ytelse er likevel tillatt.

Rabattsystemer som gir rett til en progressiv rabatt er forbudt. «

10.4.4 Høringsinstansenes syn

Av høringsinstansene som ønsker en liberalisering av tilgiftsbestemmelsene går følgende inn for en liberalisering med hensyn til rabattkuponger uten noen nærmere begrunnelse: *NORDMA*, *Den norske Forleggerforening* og *De norske Bokklubbene*.

Eniro Norge, *Kreativt Forum*, *Norsk Postordreforening*, *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*, *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)*, *Annonseforeningen (ANFO)* og *Telenor* er alle negative til en videreføring. Flere mener direktivet om urimelig handelspraksis er til hinder for et norsk forbud. Det vises også til at det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis vil være tilstrekkelig til å fange opp misbrukstilfellene.

Eniro Norge viser til at den svenske ordningen fungerer godt. Til argumentet i høringsnotatet om at ikke alle får samme lave pris påpeker *Eniro* at dette også vil gjelde i andre situasjoner – noen forbrukere får tilbud andre ikke får. *Kreativt Forum* viser til at erfaringen fra Sverige er at bruk av rabattkuponger ikke har ført til høyere priser for forbruker. *Norsk Postordreforening* viser til harmoniseringshensynet som tilsier samme regler som i Sverige, Finland og Island. *NHO* peker på at rabattkuponger eller –merker (eller –kort) er lovlige i de fleste av våre naboland, og kan ikke se at departementet har påvist skadevirkninger som kan begrunne et forbud.

Også *HSH* viser til at rabattkuponger og –merker er tillatt i mange andre land, og at det ikke er noe behov for å beskytte forbrukerne mot slik markedsføring. *HSH* mener en liberalisering av regel-

verket vil føre til reelle rabatt-tilbud til forbrukerne. Det vil være gunstig for virksomheter i distriktene samt for små og mellomstore selskaper for å tiltrekke seg kunder ved enkle rabattkuponger og -merker.

ANFO og *Telenor* mener at direktivet om urimelig handelspraksis er til hinder for å opprettholde et forbud på dette området. *ANFO* påpeker videre at omfattende bruk av slike virkemidler er relativt kostbart for aktørene, både med hensyn til produksjon, distribusjon og administrering (som innsamling, opptelling mv.). Etter *ANFO*s vurdering vil bruk av rabattkuponger og merker trolig ikke øke markant selv om dagens forbud oppheves.

Coop tar ikke stilling, men forutsetter at deres medlemskort kan fortsette som i dag.

Dagligvareleverandørenes Forening (DLF) støtter en videreføring av forbudet. Foreningen er skeptisk til en liberalisering, fordi erfaringer fra andre markeder kan tyde på at et frislipp på dette området kan få uønskede konsekvenser. *DLF* viser særlig til vurderingen som ble gjort i Danmark da man videreførte forbudet. Der mente man blant annet at ekstra kostnader til innkjøp av rabattkonsepter med stor sannsynlighet vil kunne bli belastet forbrukerne i form av høyere priser. Man konkluderte videre med at kuponger kan virke distraherende og fjerne fokus fra det kjøpet skal dreie seg om, nemlig pris og kvalitet på produktet.

Forbrukerrådet støtter et videreført forbud, og viser til argumentasjonen i høringsnotatet.

Forbrukerombudet støtter et forslag om et forbud mot rabattmerker og -kuponger. Ombudet mener lovgiver bør være skeptisk til ordninger som kan utvanne norske kroner som betalingsmiddel, og mener det bør være et mål i seg selv å holde omsetningen mest mulig ren og unngå forkludrende og forstyrrende elementer som slike rabattkuponger og -merker utvilsomt vil være. Ombudet mener det vil være upraktisk, kompliserende, fordyrende og tidkrevende for både forbrukere og næringsdrivende (som må administrere ordningene) om forbrukere skal bli tvunget til å klippe ut, samle på eller benytte seg av kort for å oppnå rabatter/ikke betale høyere pris enn det den næringsdrivende har kalkulert med. Særlig rabattsystemer kan virke innelåsende og således være skadelig for konkurransen. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor dominerende eller tilnærmet dominerende markedsaktører benytter seg av slike virkemidler. Ombudet er negativ til at kvantumsrabatter og rabattsystemer gjennom kort der rabatten kommer i ettertid av kjøp er foreslått unntatt fra forbudet.

Advokatforeningen er av den oppfatning at opprettholdelse av dagens regel lett vil kunne bli problematisk ut fra direktivet om urimelig handelspraksis, og at særnorske forbud kan vurderes som handelshindrende etter EØS-avtalen. Advokatforeningen støtter ikke departementets forslag til forbudsbestemmelse og viser til at forslaget avviker fra reglene i de øvrige nordiske landene. Foreningen mener også at den foreslåtte regelen er for streng og i utakt med store deler av det europeiske markedet. Advokatforeningen går inn for at man foretar en full liberalisering som i Finland og Sverige.

Advokatforeningen mener imidlertid at bruken av «trading stamps» som kan anvendes til senere kjøp – også i andre forretninger enn hos den som bruker merkene som rabattbevis er et uønsket element i Norge, og er derfor enig i at man bør finne en form for forbud mot dette. Et slikt forbud bør antagelig utformes etter mønster av det danske forbud. Slik Advokatforeningen oppfatter den danske regelen, vil man her kunne utstede rabattkuponger i forbindelse med et kjøp, som kunden kan anvende som betalingsmidler (helt eller delvis) ved senere kjøp hos samme næringsdrivende eller forlange innløst kontant hos denne. Det bør vurderes om en tilsvarende regel kan være hensiktsmessig i Norge.

10.4.5 Departementets vurderinger

Når det gjelder spørsmålet om forholdet til EØS-avtale vises til redegjørelsen under punkt 10.2.

Særlig om progressive rabatter

Av høringsinstansene som har uttalt seg spesielt om et forbud mot progressive rabatter, er det kun Forbrukerombudet som støtter forslaget. *Kreativt Forum* viser til at rabattsystemer som gir en progressiv rabatt allerede kan rammes av konkurranseloven hvis det innebærer en begrensning i konkurransen. *ANFO* og *Handels- og Servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)* mener slike rabatter vil kunne gi forbrukeren en vesentlig prisreduksjon, som i seg selv er en fordel. Hertil kommer at den eventuelle innlåsende effekt nok vil motvirkes ved at flere aktører kan og vil benytte seg av slike systemer. *HSH* påpeker imidlertid at slike markedsføringsmetoder kan bli relativt kostbare for aktørene, slik at andre rabattordninger i stedet vil være aktuelle. *Norsk Postordreforening* uttaler at de ikke ser noen grunn til at det skal legges hindringer i veien for progressive rabattsystemer. Bedriftene må selv kunne velge om de vil bruke progressive

rabattsystemer for honorering av gode kunder. *Forbrukerombudet* er generelt skeptisk til rabattsystemer og viser til at de kan ha en innelåsende effekt. Dette gjelder særlig der dominerende aktører i et marked benytter seg av slike virkemidler. Ombudet finner det vanskelig å kommentere forslaget om progressive rabatter spesielt, men ber om nærmere utdyping i forarbeidene dersom man går videre med forslaget.

Departementet er etter en ny vurdering kommet til at det ikke bør foreslås et forbud mot rabattsystemer som gir rett til en progressiv rabatt. Forslaget har fått liten støtte i høringsrunden. Konkurransemyndighetene har ikke kommentert spørsmålet. Dersom det skulle innføres et slikt forbud, må det uansett utredes nærmere.

Departementets vurderinger og forslag vedrørende innløsningskuponger

Det generelle tilgiftsforbudet foreslås opphevet, jf. punkt 10.3.5. Forbudet mot rabattkuponger har nær sammenheng med tilgiftsforbudet, fordi slike kuponger er å anse som en ekstraytelse. Rabattordninger i seg selv rammes imidlertid ikke, og det er tillatt å gi rabatt i form av penger (prisavslag). Slik praksis har utviklet seg, er det også tillatt med rabattsystemer der forbrukerne over tid samler opp poeng eller penger som de får utbetalt eller kan bruke til å kjøpe varer hos rabattselskapene. Det er også tillatt med rabatter som består i mer av samme ytelse.

Når det generelle tilgiftsforbudet foreslås opphevet, blir det spørsmål om det likevel er grunnlag for å opprettholde eller utvide forbudet mot innløsningskuponger. Departementet er kommet til at også denne reguleringen i hovedsak bør oppheves. Ulike rabattformer har stor utbredelse. For eksempel har Markedsrådet godtatt rabattkort som selges til en gruppe forbrukere og som gir rett til rabatt i nærmere angitte forretninger. Så lenge tilgift vil bli tillatt, og så lenge man allerede i stor utstrekning tillater andre rabattsystemer, er det vanskelig å begrunne et generelt forbud mot innløsningskuponger. Departementet er kommet til at kuponger som i seg selv gir rett til en ytelse, eksempelvis et merke som er trykket på en sjokoladeeske og som kan klippes ut og byttes inn i en kjekspakke, bør bli tillatt.

Departementet foreslår likevel at selv om innløsningskuponger bør tillates, bør det videreføres et forbud mot det som i forslaget er kalt samlemerker.

Som samlemerker regnes for det første «trading stamps», dvs. kjøpemerker som kan samles

og brukes til senere kjøp i særlige butikker opprettet av merkeutstederne, jf. omtalen i punkt 10.4.3. For forbrukerne er det vanskelig å vurdere hvor stor fordel merkene som deles ut representerer. Hvilken verdi merkene har vet man først når de byttes inn i andre ytelser.

Også andre samlekonsepter, eksempelvis der forbrukere kan kjøpe ti sjokolader og klippe ut merker som byttes inn i en dvd, kan være uheldige ved at samleelementet virker særlig kjøpsmotiverende. I praksis etter markedsføringsloven er det eksempler på at samleelementet gir et så sterkt kjøpepress overfor barn at tiltak er ansett urimelige etter § 1.

Det foreslåtte forbudet vil ikke gjelde alle samlekonsepter. Som i dag vil samlemerker som gir rett til mer av samme ytelse, eksempelvis kort som stemples ved kjøp av hver bilvask og som kan byttes inn i en bilvask når et visst antall stempler er samlet, være tillatt.

Andre systemer som er beslektet ved at man samler poeng, bonus eller lignende og kan kjøpe produkter for det som er samlet opp, er også tillatt i dag. I disse tilfellene får imidlertid forbrukeren opplyst hvor mange penger et poeng representerer, og forbrukerne kan også få utbetalt pengeverdien. Slike systemer vil også være tillatt med den foreslåtte forbudsregelen, så lenge poengene har en pengeverdi.

Departementets forslag vil ramme samlemerker der forbrukeren må kjøpe en ytelse for å få til delt merke eller tilsvarende. Det foreslåtte forbudet gjelder tilfeller der merkene deles ut separat og også ordninger der forbrukerne kan samle kuponger som eksempelvis er trykket på emballasje. Forbudet vil i utgangspunktet bare gjelde systemer der forbrukerne må samle merker eller tilsvarende ved å foreta flere kjøp, eller kjøpe et visst antall for å få nok merker. Samleelementet vil imidlertid også være fremtredende der man får merker som kan innløses enkeltvis, men der ytelsene man får blir mer attraktive hvis den næringsdrivende har registrert at man har innløst eller samlet flere merker. Departementet foreslår at også slike konsepter går inn under samlemerkeforbudet.

Etter forslaget forbys bare merker som kan løses inn i en annen ytelse enn penger. Systemer der forbrukere over tid samler poeng, bonus eller lignende som kan tas ut som penger som i neste omgang brukes til å kjøpe varer, rammes derfor ikke av forslaget. Systemer der poengene direkte løses inn i annet enn penger vil omfattes av forbudet. For at regelen ikke skal være for lett å omgå bør det heller ikke være tillatt å la forbrukerne

velge om merkene eller poengene skal løses inn i varer eller penger.

Samlemerker vil være tillatt der de gir rett til mer av samme ytelse fra den samme næringsdrivende.

Departementet foreslår at bestemmelsen inneholder en forskriftshjemmel for nærmere bestemmelser om samlemerker dersom det skulle vise seg å være behov for dette.

Det vises til lovforslagets § 18 annet ledd og merknadene til bestemmelsen.

10.5 Konkurranser og utlodninger

10.5.1 Gjeldende rett – markedsføringsloven § 5 og lotteriloven

Det er forbudt å benytte konkurranser, utlodninger eller lignende for å fremme salget, dersom tilfældigheter helt eller delvis avgjør hvem som vinner, jf. gjeldende markedsføringslov § 5. Bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av om kjøp er en forutsetning for å delta i konkurransen/utlodningen. Når kjøp er en forutsetning for å delta, kan konkurranser/utlodninger også betraktes som en type tilgift.

Avgjørende for om et forhold faller innenfor forbudet i § 5 er om tilfældigheter eller prestasjoner avgjør resultatet. En virksomhet som ønsker å promotere en ny parfyme på markedet, kan for eksempel lokke med at kunden kan vinne denne parfymen ved å svare på noen spørsmål. Om dette er lovlig eller ikke vil blant annet avhenge av hvor vanskelige og omfattende spørsmålene er, og dermed om det kan kalles en prestasjonskonkurranse. Hvis det kommer inn flere identiske løsninger, kan ikke den endelige vinneren utpekes ved loddtrekning. Motsatt kan koder på lapper i sjokoladeesker som gir vinnerjanser ved registrering på Internett, være preget av tilfældigheter og dermed forbudt.

Forbudet gjelder alle ledd i omsetningsrekken, og er så omfattende at det i få tilfeller vil være aktuelt å anvende generalklausulen i markedsføringsloven § 1.

Begrunnelsen for forbudet er hovedsakelig den samme som for tilgiftsforbudet.

Det er gjort unntak fra forbudet i § 5 annet ledd for premier eller belønninger for deltagelse i konkurranser i aviser, blader og så videre. Det vises til omtalen i punkt 10.5.6.

Forholdet til lotteriloven

Lotteriloven av 24. februar 1995 nr. 11 forbyr, med visse unntak, lotterier uten tillatelse, jf. § 6 og § 7. Lotteri defineres i § 1 som virksomhet der deltaerne mot innskudd kan erverve gevinst som følge av trekning, gjetting eller annen fremgangsmåte som helt eller delvis gir et tilfeldig utfall. Bestemmelsen i markedsføringsloven § 5 omfatter dermed både lotterier regulert av lotteriloven og de såkalte gratislotteriene. Imidlertid anvendes markedsføringsloven § 5 hovedsakelig ved markedsføringslotterier, fordi utlodninger eller konkurranser brukt i markedsføring av varer og tjenester normalt ikke forutsetter et «innskudd» fra deltageren. For at tiltakene skulle rammes av lotteriloven måtte det påvises at det betales en overpris for å kunne delta i lotteriet, noe som oftest vil være lite praktisk.

Det har tidligere vært diskutert om markedsføringslovens lotteribestemmelse burde vært overført til lotteriloven. Konklusjonen har imidlertid vært at det er ønskelig å plassere en bestemmelse som regulerer bruken av lotteri i tilknytning til markedsføring sammen med den alminnelige regulering av markedsføring.

10.5.2 Andre nordiske land

I den *svenske* lotterilagen er det et forbud mot alle tilfældighetskonkurranser, med mindre det er gitt konkret tillatelse for det enkelte lotteriet. Dette gjelder også for gratislotterier i markedsføring. Ettersom det i praksis ikke gis tillatelse til salgsfremmende lotterier i Sverige, er også tilfældighetskonkurranser i markedsføringssammenheng i realiteten forbudt. I forbindelse med utgivelse av trykt, periodisk skrift eller i forbindelse med radio- eller TV-sendinger (massemedielotterier) kan det trekkes lodd om vinnere i premiekonkurranser som rebuser, kryssord og så videre.

I *Finland* er kjøpsbetingete tilfældighetskonkurranser forbudt. Oppgaver i aviser og tidsskrifter, som anses som «tidsfordriv», er unntatt. For øvrig gjelder den alminnelige opplysningsplikten.

I den *danske* markedsføringsloven § 11 er kjøpsbetingete tilfældighetskonkurranser forbudt. Markedsføringskonkurranser er dermed forbudt hvis det er et element av tilfældighet i utvelgelsen av hvem gevinsten tilfaller, og det er et krav at forbrukere kjøper noe for å delta. Konkurranser er likevel tillatt dersom premienes verdi er holdt innenfor visse grenser fastsatt av departementet. Videre er konkurranser i dag- eller ukeblad unntatt, og elektroniske medier er likestilte slik at

lisens eller abonnement på dekoding av digitale tv-signaler ikke anses om «kjøp».

10.5.3 Høringsnotatet

Gjeldende markedsføringslov § 5 har i praksis voldt problemer, særlig med hensyn til hva som anses som en prestasjonskonkurrans, og kravene til deltagerne prestasjoner. Det har vært tilfeller der oppgavene har vært så enkle at det ikke har vært tale om noen reell prestasjonskonkurrans, eller deltagerne har vært så mange at det ikke foregår en reell vurdering av enkeltprestasjonene. Det har også blitt vanlig at næringsdrivende kombinerer enkle spørsmål med forslag til slagord. Problemstillingen er aktualisert ved at forskjellige typer konkurranser er blitt forholdsvis alminnelige på Internett, samt i radio og TV. Disse appellerer ofte særlig til barn og unge. Noen av disse konkurransene kan rammes av lotteriloven, eksempelvis «teletorgkonkurranser» og pausespill på TV. Markedsføringsloven kommer i utgangspunktet ikke til anvendelse når en konkurranse eller utlodning avholdes som del av et redaksjonelt produkt.

Etter hvert som sponing og direkte reklame blir vesentlige innslag i mediene kan det diskuteres om også en konkurranse eller utlodning må anses som «salgsfremmende» for tilknyttet sponsor eller annonsør. Kringkastingsforskriften har egne bestemmelser om begrensninger i sponrepresentasjon i forbindelse med premiekonkurranser, men det er usikkert om markedsføringsloven § 5 kan anvendes på «utlodninger» og lignende i etermedier.

I høringsnotatet ba departementet om høringsinstansenes syn på to alternative forslag.

Det første alternativet var å oppheve konkurranseforbudet i sin helhet og innføre en informasjonsbestemmelse. Departementet pekte på at det kunne være naturlig å oppheve konkurranseforbudet dersom tilgiftsforbudet oppheves, fordi en gevinstjanse som følger med et kjøp er en form for tilgift. En opphevelse av forbudet ville føre til at de såkalte gratislotteriene ikke lenger vil være lovregulert, eventuelt måtte en regulering plasseres i lotteriloven. I tillegg til et eventuelt informasjonskrav ville lovens generelle regler regulere urimelig bruk av konkurranser/utlodninger i markedsføring.

Som et alternativ foreslo departementet å oppheve dagens generelle forbud, men forby bruk av konkurranser og utlodninger der kjøp er en forutsetning for å delta, uavhengig av om det er tale om tilfeldighets- eller prestasjonskonkurranser. Tilfeller der forbrukeren for eksempel bes om å gi per-

sonopplysninger som motytelse, var i forslaget likestilt med en pengebetaling. I forslaget var bestemmelsen innskrenket til kun å gjelde overfor forbruker, og ikke også mellom næringsdrivende som i dag. Departementet pekte på at å fjerne skillet mellom tilfeldigheter og prestasjoner ville gi en bestemmelse som var lettere både å etterleve og håndheve. Departementet anså kjøpsbetingete konkurranser som mest problematiske, og viste til at et forbud som det foreslåtte ville samsvare bedre med rettstilstanden i de øvrige nordiske landene.

10.5.4 Høringsinstansenes syn

Nærings- og handelsdepartementet, Den norske Forleggerforening, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Dagligvareleverandørenes Forening (DLF), NORDMA, Kreativt Forum, Annonserforeningen (ANFO), Norsk Postordreforening, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Eniro Norge, TV 2, Tele2 Norge, Telenor og De norske Bokklubbene støtter alle en oppheving av forbudet.

Samferdselsdepartementet, Kultur- og kirkedepartementet, Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Lotteri- og stiftelsestilsynet, Advokatforeningen og Coop Norge ønsker et forbud mot konkurranser i markedsføring.

Både *ANFO* og *Telenor* mener direktivet om urimelig handelspraksis er til hinder for særregler om konkurranser. Også *Advokatforeningen* påpeker at regler lik eller tilnærmet lik dagens regler lett vil kunne bli problematiske ut fra virkeområdet til direktivet om urimelig handelspraksis. Det vises til omtalen under punkt 10.2.

TV2 viser til at denne typen aktiviteter også tilbys i markedet som primært produkt, tidvis under samme brand som benyttes for andre produkter eller tjenester.

DLF, ANFO, NHO, Eniro, TV2 og Telenor viser alle til at lovens generelle bestemmelser gir forbrukerne god nok beskyttelse. *NHO, HSH, Tele2 og Telenor* gir uttrykk for at gjeldende regel ikke møter et reelt beskyttelsesbehov, *NHO* uttaler at dagens regler er unødige strenge, og etterlyser dokumentasjon for et særlig vernebehov for forbrukerne. Både *NHO* og *Kreativt Forum* påpeker at reglene ikke har tatt opp i seg samfunnsutviklingen, og at dagens forbrukere kan ta vare på seg selv. Også *HSH* fremhever dette.

Fleire høringsinstanser, deriblant *NHO, HSH* og *Nærings- og handelsdepartementet*, viser til ulempe ved at dagens regler er uklare. Uklart regelverk gir dårlig forutberegnelighet for næringslivet, noe som også fører til unødvendig ressursbruk,

også for håndhevingsmyndighetene. *Kreativt Forum* mener reglene er enkle å omgå, og *Tele2* uttaler at bestemmelsen ikke blir overholdt.

Kreativt Forum fremhever at harmonisering av regelverket vil redusere kostnadene for næringsdrivende som markedsfører seg i flere land. *NHO* påpeker at de strengere norske reglene gjør at det norske markedet må særbehandles, noe som er klart fordyrende ved grenseoverskridende markedsføringskampanjer.

I høringsnotatet var det lagt til grunn at en oppheving av forbudet vil medføre en økning av mengden konkurranser i markedsføring. *HSH* viser til at dette er en relativt ressurskrevende form for markedsføring, og deler ikke departementets syn i så måte.

Få av høringsinstansene som ønsker oppheving av forbudet kommenterer forslaget om å skille mellom kjøpsbetingete konkurranser og gratis konkurranser, i stedet for mellom tilfeldighets- og prestasjonskonkurranser. *ANFO* mener forslaget representerer en innstramming som ikke er rimelig eller nødvendig. Dersom man skal regulere denne typen markedsføring, mener *Nærings- og handelsdepartementet* at det beste vil være å oppheve dagens forbud og forby kjøpsbetingede konkurranser. Det vil være en fordel med en regel som byr på færre problematiske grensedragninger enn dagens, og som bringer den norske regelen nærmere reglene i andre nordiske land.

Lotteri- og stiftelsestilsynet ønsker primært en videreføring av dagens forbud, fordi de antar en oppheving vil øke omfanget av ulovlige lotterier. Tilsynet kan imidlertid støtte forslaget om forbud mot kjøpsbetingete konkurranser og utlodninger, fordi det vil være lettere å slå ned på salg av varer eller tjenester som også i realiteten utgjør et lotteri. *Samferdselsdepartementet* mener det bør utvises forsiktighet med en oppheving hvis det er usikkert om dagens praksis dekkes av lovens generelle regler og en fortsatt regulering av tilgift. *Forbrukerombudet* støtter et forbud. Ombudet ser kjøpsbetingede konkurranser som en form for tilgift, og viser til sin argumentasjon om tilgiftsmarkedsføring. Forbrukerne blir her lokket med vinnerjanser, og vinnerutsiktene er gjerne nok til å frata forbrukerne nødvendig fokus på varens egentlige pris og kvalitet.

Advokatforeningen støtter et forbud mot kjøpsbetingete konkurranser. Foreningen tar utgangspunkt i at dagens regler har vist seg vanskelige å håndheve, og at praksis synes å være relativt liberal. Den uttaler videre:

«Advokatforeningen er (...)ikke enig i at en opphevelse av tilgiftsforbudet tilsier at også konkurranseforbudet bør oppheves, når det gjelder konkurranser som forutsetter kjøp for å delta. Selv om en slik konkurransedeltagelse faktisk vil være en tilgift, mener Advokatforeningen at det for forbruker vil være vanskeligere å vurdere «verdien» av konkurransedeltagelsen enn en ordinær tilgiftsytelse, selv med en ny bestemmelse om informasjonsplikt. Bruk av høye gevinstverdier kan lett få en spesielt høy lokkeeffekt, uten at det vil være klart hva den faktiske vinnerjansen er fordi man ikke kjenner antall deltagere i konkurransen. Spesielt vil svake grupper være utsatt.

Advokatforeningen støtter derfor et forbud mot bruk av konkurranser og utlodninger hvor kjøp er en forutsetning for å delta(...), slik at forbudet rammer både tilfeldighetskonkurranser (utlodninger) og prestasjonskonkurranser. Advokatforeningen er enig i at dette skillet som regel er fiktivt. (...) Advokatforeningen antar at det bør vurderes også å innføre et «bagatellunntak» etter modell fra den danske lov.»

Flere høringsinstanser kommenterer departementets vektlegging av hensynet til barns særlige sårbarhet for så vidt gjelder konkurranser. *Kreativt Forum*, *NHO* og *HSH* mener barn er tilstrekkelig beskyttet ved at lovens generelle regler tolkes strengere der barn er målgruppen. *NHO* mener særregler vil føre til kompliserte avgrensningsspørsmål.

Samferdselsdepartementet deler på sin side bekymringen for at en oppheving av forbudet vil føre til en sterk vekst av konkurranser i markedsføringen, og da særlig konkurranser rettet mot barn og unge. *Norsk Postordreforening* uttaler at i den grad det er behov for ytterligere regler som regulerer særlig barns deltagelse i spill på mobiltelefon og Internett og i eventuelt andre «nye» medier, bør denne konkrete reguleringen søkes gjennomført med utgangspunkt i lotterilovgivningen.

10.5.5 Departementets vurderinger

Departementet foreslår å oppheve gjeldende forbud mot konkurranser og utlodninger i markedsføringen, og i stedet innføre et forbud mot kjøpsbetingete utlodninger og markedsføringskonkurranser i forbrukerforhold.

For så vidt gjelder spørsmålet om forholdet til EØS-avtalen vises til redegjørelsen under punkt 10.2.

Flere høringsinstanser mener en slik regel ikke kan begrunnes i hensynet til forbrukerne.

Departementet mener imidlertid at det foreslåtte forbudet møter et reelt beskyttelsesbehov. Konkurranser og utlodninger skiller seg etter departementets mening fra andre former for tilleggsytelser ved at forbrukerne har langt dårligere muligheter til å vurdere verdien av tilleggsytelsen. Når en konkurranse eller utlodning iverksettes, vil det være usikkert hvor mange som vil delta eller kjøpe lodd og hvor store vannersjansene er. Slike konkurranser har nettopp effekt ved at gevinstens verdi generelt tillegges større vekt enn gevinstmuligheten skulle tilsi. Det må antas at særlig barn påvirkes av slik markedsføring.

Departementet legger videre stor vekt på at markedsføringsloven her er et supplement til lotteriloven, og at Lotteri- og stiftelsestilsynet mener at det bør opprettholdes regulering også i markedsføringsloven. Hensynet bak denne formen for regulering er å forhindre overdreven pengebruk grunnet på forhåpninger om gevinst.

Det foreslåtte forbudet retter seg mot premiekonkurranser og utlodninger «dersom deltagelse forutsetter kjøp eller motytelse fra forbrukerne». Dette innebærer at det ikke lenger har betydning om det er tale om en prestasjonskonkurranse eller tilfældighetskonkurranse. Forbudet gjelder markedsføringskonkurranser og er ikke ment å omfatte eksempelvis ferdighetskonkurranser der man må betale deltageravgift, heller ikke om arrangementet er sponset av næringsdrivende. Forbudet er ment å ramme markedsføringskonkurranser som iverksettes for å øke omsetningen av næringsdrivendes ytelser, ved at kjøp motiveres av utsikten til en mulig gevinst. Den nærmere grensen vil måtte trekkes i praksis. Alle utlodninger der forbrukerne må kjøpe en ytelse, vil rammes. Her vil det foreslåtte forbudet i markedsføringsloven være et supplement til lotterilovens regulering av utlodninger.

Flere høringsinstanser nevner de såkalte sms-konkurransene. Slike konkurranser er særlig aktuelle i kringkastingsprogram rettet mot barn og unge, og slike tjenester vil i hovedsak reguleres av kringkastingsloven og lotteriloven. Den næringsdrivende må imidlertid sørge for at informasjonen som gis om konkurransen, ikke er villedende og for øvrig i overensstemmelse med markedsføringslovens øvrige bestemmelser. Det vises også til punkt 8.7.

Departementet anser det som lite tvilsomt at en opphevelse av dagens forbud ville ha medført at bruk av konkurranser og utlodninger fikk større utbredelse enn i dag. Etter at arbeidet med revisjon av markedsføringslovens regler ble kjent, har Forbrukerombudet registrert en oppblomstring av

nettopp slik markedsføring. Det er ingen grunn til å tro at denne utviklingen ville stoppe dersom forbudet faktisk skulle bli opphevet.

En høringsinstans uttaler at forslaget representerer en innstramming. Til dette vil departementet bemerke at dagens forbud retter seg mot foranstaltninger der tilfældigheter avgjør hvem gevinsten tilfaller. Det foreliggende forslaget har en annen innretning og innebærer at det avgjørende for om markedsføringskonkurranser og –utlodninger kan settes i verk, er om deltakelse knyttes til kjøp av en ytelse. Konkurranser og utlodninger der forbrukerne ikke trenger å kjøpe en ytelse for å delta, vil nå bli tillatt. Forslaget vil ramme enkelte konkurranser som ikke har blitt rammet av gjeldende § 5, nemlig reelle prestasjonskonkurranser og konkurranser der det foretas en individuell vurdering av bidragene. Dersom deltakelse i konkurransene er gratis, vil de fortsatt være tillatt. Dersom kjøp er en forutsetning for deltakelse, vil konkurransene etter gjeldende markedsføringslov imidlertid vurderes etter tilgiftsforbudet i § 4, og kun være lovlige hvis det er en naturlig sammenheng mellom ytelsen og konkurransen. Dette kravet tolkes strengt. Forslaget representerer etter dette ikke en innstramming, men en forenkling og til dels en liberalisering. Med forslaget bringes også det norske regelverket nærmere reglene i de øvrige nordiske land.

I høringsnotatet ble det reist spørsmål om det at forbrukeren måtte gi «en annen motytelse», eksempelvis personopplysninger, skulle likestilles med at forbrukeren måtte forplikte seg til å kjøpe noe for å få delta i konkurranser. For næringsdrivende har personopplysninger økonomisk verdi, blant annet fordi de gjør det mulig å komme i kontakt med forbrukere og markedsføre sine produkter. Å arrangere en konkurranse for forbrukere som registrerer sine personopplysninger, kan være en måte å skaffe slike opplysninger. For forbrukerne kan det være lett å gi fra seg opplysningene for å få muligheten til å vinne en gevinst. Spørsmålet om innhenting, oppbevaring og bruk av personopplysninger er imidlertid regulert i personopplysningsloven som ivaretar enkeltpersoners interesser. For å kunne bruke slike innsamlete personopplysninger til markedsføringsformål, må den næringsdrivende innhente forbrukernes samtykke. Departementet antar at personopplysningsloven ivaretar hensynet til forbrukerne tilstrekkelig på dette området.

Forslaget retter seg etter dette kun mot situasjoner der forbrukeren må kjøpe eller på annen måte forplikte seg økonomisk overfor den næringsdrivende. Det bør ikke være avgjørende

om forbrukeren har mulighet til å trekke seg fra avtalen i etterkant. Der forbrukeren inngår en fjernsalgsavtale om kjøp av en ytelse, vil tilbud om deltakelse i en eventuell konkurranse rammes av det foreslåtte forbudet, selv om forbrukeren har angrerett i henhold til angrerettloven og kan gå fra avtalen på et senere tidspunkt.

Departementet understreker videre at det må fremgå tydelig dersom deltakelse i utlodning eller konkurranse ikke forutsetter kjøp av ytelsen. Den næringsdrivende må tilrettelegge markedsføringskampanjen slik at forbrukerne ikke får inntrykk av at de må kjøpe ytelsen for å få delta. Her vises til den generelle bestemmelsen i forslaget § 18 siste ledd der det fremgår at det skal gis klar informasjon om vilkår for å delta.

Villedning med hensyn til vannersjanser, villedning med hensyn til konkurranseregler og villedning med hensyn til gevinst vil rammes av de generelle villedningsforbudene. Departementet foreslår ikke at det innføres et bagatellunntak som i Danmark. Dette er særlig av hensyn til barn som lokkes av konkurranseelementet uansett hvor verdifulle premiene er.

10.5.6 Særlig om konkurranser mv. i mediene

10.5.6.1 Gjeldende rett

Utlodninger som iverksettes for å fremme salget av varer og tjenester er forbudt etter markedsføringsloven § 5. Begrunnelsen for forbudet er delvis at muligheten for å vinne en gevinst er så forlokkende at forbrukernes fokus tas bort fra pris og kvalitet på det som kjøpes. Forbudet har også en side til lotterilovgivningen.

I § 5 annet ledd er det gjort unntak fra utlodningsforbudet for premier eller belønninger for deltagelse i konkurranser i aviser, blader og så videre. Uttrykkene «oppgaveløsninger» og «konkurransedeltakelse» forutsetter en viss prestasjon fra leserens side. Den gjeldende unntaksregelen er begrunnet i at utlodninger rammes, selv om kunnskapskonkurranser ikke gjør det. Kryssordoppgaver mv. er markedsføringskonkurranser der man må trekke lodd mellom ellers like og korrekte kunnskapsbesvarelser. I forarbeidene er unntaket begrunnet slik:

«(...)at de tiltak det her gjelder, ikke på samme måte som de hovedtilfelle en tilsikter å ramme med forbudet, er uvedkommende i forhold til hovedvaren, men utgjør en del av det vanlige innhold i slike publikasjoner. (...) Unntaket er begrenset til periodiske publikasjoner, og gjelder således bare dagsaviser, ukeblad, måneds-

skrifter og lignende som utkommer fast med visse mellomrom i tid.» (Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 19)

Departementet har hjemmel til å sette grenser for hvor høy verdien av premien kan være i slike konkurranser. I dag er denne grensen kr. 2000,- for rene pengepremier og kr. 5000,- for varepremier. Forskriften ble sist endret i 1989.

10.5.6.2 Høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet med forslag til ny markedsføringslov var det foreslått å oppheve dagens forbud, og eventuelt innføre et forbud mot kjøpsbetingete konkurranser, det vil si utlodninger og konkurranser i markedsføring der man må kjøpe en vare eller tjeneste for å delta. Grensen skal dermed trekkes på en annen måte enn i dag. Forslaget innebærer at markedsføringskonkurranser som er gratis og der det trekkes lodd om en vinner, vil bli tillatt i motsetning til tidligere. Forslaget inneholdt et unntak for periodiske publikasjoner.

Mediebedriftenes Landsforening (MBL) og *Magasin- og Ukepresseforeningen (MUF)* mener begge at samme regler bør gjelde for alle medier, og at det ikke bør gjelde noen beløpsgrense. MBL uttaler:

«MBLs syn er at det bør være mulig å ha konkurranser med premier i mediene, og at alle medier bør ha like regler på dette området. Dagens situasjon er at premiegrenser eksisterer for «periodiske publikasjoner», mens det for TV eller radio ikke er slike grenser, eller så praktiseres ikke noen grenser. Etter MBLs syn er det verken markedsmessige eller prinsipielle begrunnelser for dette i dagens mediesituasjon, hvor alle kommersielle medier er avhengige av leser-/seer-/lyttertall for å selge annonser.

De fleste forbrukere betaler i dag for å se TV, gjennom tilknytning til kabelanlegg og betaling for programpakker. I en digitalisert nær fremtid vil dette i enda større grad være tilfelle. Det er derfor i en viss forstand slik at mediene nærmer seg hverandre når det gjelder at publikum betaler for å benytte innholdet. De TV-kanalene som i størst grad benytter seg av konkurranser er dessuten avhengige av reklameinntekter, og som sådan helkommersielle aktører. Det er etter MBLs syn ingen grunn til at «periodiske publikasjoner» skal behandles annerledes enn disse.»

Både MUF og MBL anbefaler et unntak for konkurranser i medier, og at unntaket er medie-nøytralt ved at det knyttes opp til definisjonen

brukt i forslag til lov om redaksjonell uavhengighet.

TV 2 uttaler:

«Hva gjelder konkurranser i markedsføringen er TV2s oppfatning at også dette feltet bør reguleres under de alminnelige reglene. Det pekes herunder på at denne typen aktiviteter også tilbys ut i markedet som primært produkt, tidvis under samme brand som benyttes for andre produkter eller tjenester. Vi kan ikke se grunner til å forby dette. Dersom man skal videreføre en regulering hva gjelder mediernes redaksjonelle aktiviteter, bør det vurderes å utvide dette slik at også digitale publikasjoner gis mulighet til samme aktivitet. Vi forutsetter at dagens praksis hva gjelder de redaksjonelle programmer/publikasjoner hvor forskjellige konkurranser med premier jo har eksistert i lang tid, fortsatt faller utenfor reguleringene.»

Annonserforeningen – ANFO uttaler:

«At forbudet ikke skal gjelde konkurranser mv. i periodiske publikasjoner (...) vil dessuten kunne virke konkurransevridende overfor de aktørene som ikke rammes av unntaket, men må respektere forbudet i første ledd.»

Forbrukerombudet mener det er naturlig å videreføre unntaket om periodiske publikasjoner og at det i denne sammenheng bør vurderes om det er nødvendig og/eller ønskelig å la bestemmelsen omfatte andre medier enn de trykte.

Når det gjelder dagens begrensning av premiebeløp uttaler *Advokatforeningen*:

«Det er Advokatforeningens inntrykk at denne begrensningen i praksis ikke følges, og dersom beløpsbegrensningen skal opprettholdes, bør rammene revideres. For ordens skyld nevnes at den danske bestemmelse ikke synes å ha noen slik premiebegrensning for periodiske publikasjoner i forbindelse med «løsning af præmiekonkurrencer», men det er uklart om dette omfatter rene utlodninger eller er begrenset til der man faktisk må løse en oppgave.»

10.5.6.3 Departementets vurderinger

Departementet foreslår at det videreføres et unntak fra forbudet mot kjøpsbetingete markedsføringskonkurranser for redaksjonelle produkter. Bruk av premiekonkurranser har lang tradisjon i mediene og departementet ser ingen grunn til å innføre en ny rettstilstand på dette området.

Spørsmålet blir da hvilke tiltak og hvilke medier som skal omfattes av unntaket og om det skal videreføres en premiebeløpsgrense.

Bruk av konkurranser i mediene har lang tradisjon og departementet antar at ulike medier bør likebehandles. Departementet foreslår ikke at unntaket knyttes opp til utkastet til lov om redaksjonell uavhengighet i media, slik enkelte har foreslått. Dette forslaget omfatter bare medier som driver «journalistisk produksjon og formidling av nyhende, aktualitetsstoff og samfunnsdebatt». Proposisjonen gir ikke noen nærmere definisjon av «nyheter» osv, men det framgår av drøftelsen i Ot.prp. nr. 19 (2007–2008) at loven eksempelvis ikke er ment å omfatte tegneserier, idrettstidsskrift, barne- og ungdomstidsskrift, trossamfunnsblad eller andre typer publikasjoner som ikke driver med nyhetsformidling, jf. omtalen på side 16 i proposisjonen. Bakgrunnen for markedsføringslovens unntak er at konkurranser som eksempelvis kryssord og lignende utgjør en vanlig type innhold i alle typer publikasjoner, også i blader som ikke driver nyhetsformidling. Departementet foreslår dermed et generelt unntak for konkurranser «i mediene».

Departementet vil imidlertid understreke at unntaket vil omfatte konkurranser i mediene, det vil si i det redaksjonelle produktet (redaksjonelt innhold). Unntaket vil ikke omfatte eksempelvis konkurranser der deltagelse er betinget av at forbrukerne inngår en abonnementsavtale (kjøpsbetinget konkurranse) eller lignende.

Departementet foreslår at unntaket også omfatter loddtrekning av premier i ulike konkurranser i mediene, eksempelvis kryssordoppgaver og lignende. Unntaket foreslås imidlertid ikke å gjelde rene utlodninger uten noe konkurranseelement. En viktig grunn til å videreføre forbudet er at markedsføringsloven her er et supplement til lotterilovens bestemmelser. Departementet ser ingen grunn til at mediene skal ha en spesiell adgang til å iverksette utlodninger. Den nærmere grensen mellom premiekonkurranser og utlodninger i mediene vil måtte fastlegges gjennom praksis.

Departementet foreslår ikke at det videreføres en premiebeløpsbegrensning. Det vises særlig til at mediene selv har gitt uttrykk for at det ikke er ønskelig med en slik grense. En slik grense ville uansett bare gjelde de redaksjonelle produktene som ikke er gratis, jf. ovenfor.

For øvrig vises til lovforslaget § 18 første ledd annet punktum og merknadene til bestemmelsen.

11 Prisinformasjon

11.1 Bakgrunn og gjeldende rett

11.1.1 Bakgrunn

En forutsetning for fornuftige valg og for reell pris-konkurransen er at forbrukeren kjenner eller enkelt kan gjøre seg kjent med prisen på aktuelle varer og tjenester hos ulike leverandører. Åpenhet om priser og forretningsvilkår er nødvendig for at forbrukerne skal kunne finne frem til de laveste prisene. God og tilgjengelig informasjon om priser og andre relevante forhold bidrar også til at pris-konkurransen fungerer best mulig, noe som kan bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Prismerkings- og prisinformasjonsregler skal gjøre det enkelt for forbrukerne å foreta prissammenligninger. Dette betyr at reglene må sikre at opplysningene er lett tilgjengelige og oppgis når forbrukeren har behov for dette. Det er også viktig at det informeres om fullstendig salgspris, og enhetspris når dette er aktuelt, på salgsstedene og i markedsføringen. En forutsetning for prissammenligning er at prisene som oppgis ikke er utilstrekkelige eller villedende.

Markedsføringsloven regulerer bruk av priser i markedsføringen og har bestemmelser om prisopplysninger/prismerking. Loven er imidlertid avgrenset mot spørsmål om prisvilkår er rimelige, jf. lovforslaget § 22 og punkt 12.3 nedenfor.

11.1.2 Prismarkedsføring – villedende bruk av priser i markedsføringen

Gjeldende markedsføringslov § 2 forbyr villedende forretningsmetoder, herunder villedende prismarkedsføring. Ifølge bestemmelsen er det forbudt i næringsvirksomhet å anvende uriktig eller av annen grunn villedende fremstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser. Det fremgår dessuten av tredje ledd at meddelelser om utsalg, realisasjon eller annen form for salg i detaljhandelen til nedsatte priser kun må anvendes når prisene på de tilbudte varer virkelig er nedsatt.

Markedsføringsloven § 3 forbyr framstilling som ikke gir tilstrekkelig veiledning eller trekker inn uvedkommende forhold, og derfor må anses

urimelig. Bestemmelsen kan ses som en påbygning til § 2. Lovens forbud mot det som kan virke villedende suppleres her med en viss veiledningsplikt.

I høringsnotatet redegjorde departementet nærmere for Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis med hensyn til prismarkedsføring:

«Hovedregelen er at opplysninger om priser skal være klare og entydige. Den som lover spesielle prisfordeler må sannsynliggjøre at prisen er så fordelaktig som den kan virke. Begrensninger i tilbudet for så vidt gjelder antall produkter, varighet eller lignende skal fremgå.

Det skal tydelig fremgå hva prisen omfatter og være samsvar mellom illustrasjon og oppgitt pris i annonser. Opplyste priser skal i størst mulig grad være fullstendige slik at forbrukerne ikke trenger å foreta regneoperasjoner for å finne den totale prisen som skal betales for en vare eller tjeneste. Der pris opplyses til forbrukerne skal den inkludere merverdiavgift. Forutsetter et tilbud kjøp av flere delytelser, må også totalprisen for de samlede ytelsene oppgis. Der kjøp forutsetter at det inngås en abonnementsavtale med bindingstid, må minste samlede kostnad oppgis.

Ved prissammenligninger (typisk før- og nåpriser, priser hos konkurrenter og lignende), skal det opplyses hvilken pris det sammenlignes med. Produktene skal være sammenlignbare. Før-priser må kunne dokumenteres. Det skal gis korrekte opplysninger om hvor omfattende et salg er. Dersom det gis inntrykk av at priser er nedsatt, for eksempel ved bruk av ord som salg, tilbud og sesongsalg, må prisene reelt være nedsatt. Det skal opplyses om avslagets størrelse ved før- og nå-pris eller ved like tydelig angivelse.

Prisgarantier (når selger gir inntrykk av at den næringsdrivendes priser er lavere enn konkurrentenes og forbrukeren for eksempel får rett til prisavslag hvis det forekommer lavere priser i markedet) skal være reelle ved at flere selger samme produkt. Den næringsdrivende må selv jevnlig undersøke og umiddelbart nedjustere sine priser dersom det fremkommer lavere priser i markedet. Forbrukerne skal ikke måtte dokumentere at prisen er lavere et

annet sted ut over å vise en annonse eller lignende.

Ved bruk av påstander som «faste lave priser» og lignende må det kunne sannsynliggjøres i tilstrekkelig grad at prisene er lave. Konkurs salg, fabrikkutsalg, feilvaresalg og så videre kan bare brukes dersom prisene er så lave som forbrukerne kan forvente ved denne typen salg. Billigst-påstander må kunne dokumenteres.

Forbrukerombudet har utarbeidet omfattende retningslinjer med hensyn til prismarkedsføring.»

Om forholdet mellom gjeldende rett og direktivet om urimelig handelspraksis het det i høringsnotatet:

«Villedningsaspektet er det sentrale både i direktivet og etter norsk praksis. For at et tiltak skal anses villedende stiller direktivet krav til at markedsføringen er egnet til å vesentlig endre forbrukernes transaksjonsbeslutning, mens markedsføringsloven krever at den er egnet til å påvirke tilbud eller etterspørsel.

Direktivets svarteliste inneholder elementer som også vil være ulovlige etter norsk rett:

- forbud mot villedende lokketilbud (punkt 5 og 6)
- forbud mot villedende bruk av konkurs- og flyttesalg (punkt 15)
- forbud mot villedning mht «markedsvilkår» (må antas å omfatte prisnivå) (punkt 18)
- forbud mot villedende bruk av «gratispåstander» (punkt 20)

Artikkel 6 nr. 1 d) omtaler spesielt prisen eller utregningsmåten og «eksistensen av en spesifikk prisfordel». Praksisen skal da vurderes ut fra om den «på noen måte, herunder i kraft av den generelle fremstillingen» er egnet til å villedende forbrukeren.

Ved prissammenligninger i markedsføringen vil prinsippene om sammenlignende reklame som ligger i direktivet om villedende og sammenlignende reklame komme til anvendelse. Sammenligninger med andre næringsdrivende er lovlig så lenge det er sammenlignbare produkter, og sammenligningen skjer på objektivt grunnlag. Det er også et vilkår at sammenligningen ikke er villedende etter direktivet om urimelig handelspraksis.»

Departementet konkluderte med at det er vanskelig å forutsi om direktivet innebærer en standard for villedning som avviker fra den som er etablert etter markedsføringsloven. Departementet antok at hovedlinjene i praksis etter markedsføringsloven vil kunne opprettholdes.

11.1.3 Prismerking – å merke varer med pris på utsalgsstedet

Prismerkingsdirektivet (Direktiv 98/6/EF av 16. februar 1998 om forbrukerbeskyttelse i forbindelse med angivelse av priser på forbruksvarer) foreskriver at næringsdrivende opplyser om salgspris og enhetspris på alle produkter som tilbys forbrukere. Bakgrunnen er at et transparent marked og korrekte opplysninger er til fordel for forbrukerbeskyttelsen og sunn konkurranse mellom virksomheter og produkter, jf. punkt 1 i direktivets fortale. Produkter er i dette direktivet ensbetydende med varer. Formålet er å bedre informasjonen til forbrukerne og å gjøre det enklere å sammenligne priser. Informasjonen skal være utvetydig, klart leselig og lett identifiserbar. Hvis man i annonser/markedsføring nevner salgsprisen, må også enhetsprisen oppgis.

Prismerkingsdirektivet er gjennomført i forskrift om prisopplysning for varer (Forskrift 1999–12–06 nr. 1256). Forskriften er hjemlet i gjeldende lov § 3 a tredje ledd. Prismerkingsdirektivet er et minimumsdirektiv, og artikkel 10 åpner for at man har regelverk som er mer gunstig enn direktivet for så vidt angår forbrukeropplysning og sammenligning av priser.

11.1.4 Prisinformasjon for øvrig

Etter dagens markedsføringslov § 3 a første ledd har næringsdrivende plikt til å informere om pris slik at prisen lett kan ses av forbrukerne, såfremt det er praktisk mulig. Dette gjelder der varer eller tjenester tilbys forbrukerne. I annet ledd er det tatt inn en forskriftshjemmel. I forskrifter gitt i medhold av denne bestemmelsen er det gitt regler om prisopplysning for varer, tjenester, gravferdstjenester, overnattings- og serveringssteder, tannlegetjenester m.m. og ved transport og salg av elektrisk kraft.

Når det gjelder prisinformasjonsregelen i § 3 a, argumenterte departementet i høringsnotatet for at dagens regel videreføres med tilhørende forskrifter, selv om direktivet om urimelig handelspraksis også enkelte steder inneholder regler om prisopplysning. Departementet viste til at direktivet skal tilnærme regler om urimelig handelspraksis, med hovedvekt på villedning som påvirker forbrukernes økonomiske interesser. Departementet la til grunn at positive informasjonskrav som helt eller delvis har et annet formål enn å motvirke urimelig villedende praksis slik virkeområdet er fastsatt i direktivet, vil kunne videreføres.

Den type informasjonsplikt som finnes i markedsføringsloven § 3 a, er ikke ment å motvirke urimelig eller villedende praksis. Den er tvert imot ment å tydeliggjøre valgene, effektivisere konkurransen og øke etterspørernes valgmuligheter, og er slik sett i tråd med formålet direktivet om urimelig handelspraksis skal ivareta. Både bestemmelsens ordlyd, forarbeider og forhistorie underbygger dette. Departementet konkluderte med at også reglene om prisinformasjon bør videreføres i den nye markedsføringsloven.

Departementet foreslo videre at det i bestemmelsene om håndheving av den nye loven tas inn en særlig henvisning til reglene om prisinformasjon. For å understreke at reglene ivaretar andre hensyn i tillegg til forbrukernes økonomiske interesser ble det foreslått en håndhevingsbestemmelse som lyder:

«Tilsynet med [prisinformasjonsreglene] skjer ut fra hensynet til at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt sammenligne priser.»

11.2 Høringsnotatet

Departementet uttalte i høringsnotatet at de nye villedningsbestemmelsene ville regulere villedende bruk av priser i markedsføringen. Departementet foreslo videre at § 3 a i gjeldende markedsføringslov videreføres uendret.

11.3 Høringsinstansenes syn

Ingen høringsinstanser går imot departementets forslag på dette punktet.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) ytrer ønske om en gjennomgang av praksis etter markedsføringsloven på prismarkedsføring opp mot direktivets regler, men har for øvrig ingen merknader til departementets forslag om videreføring. *Coop Norge, Landsorganisasjonen i Norge og Norges Automobilforbund* støtter alle en videreføring. Det samme gjør *Forbrukerombudet* som skriver.

«Jeg støtter departementets syn hva gjelder viktigheten av en tilfredsstillende regulering av prismarkedsføring og prismerking.

Ulike former for prismarkedsføring er hyppig brukt av de næringsdrivende. Det er derfor av sentral betydning at regelverket rundt prismarkedsføring er egnet til å sikre at den næringsdrivende gir prisopplysninger som er korrekte og fullstendige. I motsatt fall vil for-

brukeren lett kunne treffe en beslutning om kjøp på uriktig grunnlag.

Forbrukerens bevissthet rundt pris avhenger av tydelig prisinformasjon. Uten en fullgod prisinformasjon for varer og tjenester, vil forbrukeren vanskelig kunne sammenligne tilbud.

Prismarkedsføring – villedende bruk av priser i markedsføringen

Hva gjelder videreføring av min og Markedsrådets praksis knyttet til prismarkedsføring, kan jeg ikke se at gjennomføringen av direktivet om urimelig handelspraksis i utgangspunktet er til hinder for dette. Denne praksisen er basert på gjeldende markedsføringslov §§ 2 og 3, hvor villedningsaspektet er av sentral betydning, hvilket også er tilfellet for de foreslåtte bestemmelsene om prismarkedsføring som er basert på direktivet. Etter mitt syn vil derfor gjeldende praksis i overveiende grad kunne fortsette.

Regler om prisinformasjon

Jeg støtter departementets syn om at det er viktig at markedsføringslovens § 3a med tilhørende forskrifter opprettholdes.

I forhold til dagens regler om prisinformasjon for varer, er disse inntatt for å gjennomføre prismerkingdirektivet (Direktiv 98/6/EF av 16. februar 1998 om forbrukerbeskyttelse i forbindelse med angivelse av priser på forbruksvarer). Det kan derfor ikke være noen tvil om at regelverket vedrørende prisinformasjon for varer skal videreføres.

Prismerkingdirektivet gjelder ikke prisinformasjon for tjenester. Men som departementet påpeker, både bør og kan gjeldende bestemmelser om prisopplysninger for tjenester videreføres, ettersom reglene om prisinformasjon i utgangspunktet ivaretar også andre sentrale hensyn enn forbrukerens økonomiske interesser.

Lett tilgjengelig prisinformasjon er en nødvendig forutsetning for transparens i markedet og effektiv priskonkurranse. Dette er hensyn som bidrar til å sikre en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Disse hensynene er ikke mindre viktige for tjenester enn for varer.»

11.4 Departementets vurderinger og forslag

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet. Dette innebærer at de nye reglene om villedning i forslaget §§ 7 og 8 vil regulere villedende bruk eller utelatelse av prisopplysninger i markedsføring. Forslagets § 10 er en viderefø-

ring av gjeldende lov § 3 a. Det vises til merkna-
dene til bestemmelsen.

Gjeldende bestemmelse inneholder en hjem-
mel for departementet til å gjøre unntak fra plikten
til å gi prisopplysninger. Unntaksadgangen var
ment som en sikkerhetsventil, men hjemmelen har
ikke vært benyttet. Ettersom plikten til å opplyse
om pris kun gjelder i den utstrekning det er prak-
tisk mulig, vil spørsmålet sjelden komme på spis-
sen. En slik unntakshjemmel passer også dårlig
inn i markedsføringslovens håndhevingssystem.
Departementet foreslår at denne unntakshjemme-
len oppheves.

Når det gjelder HSHs merknad om at gjeldende
praksis bør gjennomgås på nytt på bakgrunn av
direktivets regler, legger departementet til grunn
at en naturlig konsekvens av nytt regelverk vil
være at ombudet må gjennomgå sin praksis og vur-
dere den i lys av nye regler. Det er tale om en
omfattende praksis som bygger på konkrete vurde-
ringer, og departementet ser det ikke som hen-
siktstmessig at en slik gjennomgang foretas i propo-
sisjonen.

Særlig om tjenstedirektivet

Etter at høringen ble avsluttet er et nytt EF-direktiv
om tjenester (Direktiv 2006/123/EF – tjenstedirek-
tivet) vedtatt. Direktivet inneholder i artikkel
22 regler om opplysninger som skal gis av tjeneste-
yter, herunder når og hvordan det skal opplyses
om prisen på tjenester. Det er slått fast i bestem-
melsen at medlemslandene kan fastsette strengere
regler for tjenesteytere etablert på deres territo-
rium. Tjenesteytere skal i henhold til tjenstedirek-
tivet på eget initiativ opplyse om blant annet prisen
på en tjeneste dersom denne er fastsatt på forhånd.
Dersom pris ikke er forhåndsfastsatt, kan tjeneste-
mottaker be om å få opplyst om pris, eller, hvis det
ikke er mulig, om hvordan prisen vil bli beregnet.
Tjenesteytere kan selv bestemme hvordan de
ønsker å opplyse om prisene – på hjemmesider, i
annonser eller brosjyrer. Medlemsstatene skal
sikre at forbrukerne får disse opplysningene før
avtale blir inngått. Departementets foreløpige vur-
deringer er at de norske bestemmelsene helt eller
i det vesentlige samsvarer med tjenstedirektivet.
Hvordan bestemmelsene i artikkel 22 skal innføres
i norsk rett vil bli vurdert i forbindelse med en
eventuell gjennomføring av tjenstedirektivet i
norsk rett.

12 Kontroll med avtalevilkår mv.

12.1 Urimelige avtalevilkår

12.1.1 Gjeldende rett

Utgangspunktet i norsk rett er at avtalepartene selv har frihet til å regulere sine kontraktsforhold. Avtalefrihet bygger på at partene er noenlunde jevnbyrdige og at forhandlingene er reelle. Når det gjelder dagliglivets mange kontrakter mellom næringsdrivende og forbrukere, f.eks. om levering av strøm, telefoni eller transport, vil det som regel ikke skje individuelle forhandlinger før avtalen inngås. Det praktiske er at den næringsdrivende på forhånd har utarbeidet standard kontraktsvilkår, som er ment å skulle benyttes overfor mange forbrukere. Disse vilkårene vil den enkelte forbruker som regel ikke ha noen reell innflytelse på, og han eller hun må godta dem dersom kjøpet skal gjennomføres.

Det kan være en fare for at slike standardvilkår blir uklare eller ubalanserte i forbrukernes disfavør. På denne bakgrunn føres det offentlig kontroll med standardvilkår som næringsdrivende benytter overfor forbrukere. Den aktuelle bestemmelsen finnes i markedsføringsloven § 9 a, som lyder slik:

«§ 9 a. Urimelige avtalevilkår

Vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige overfor forbrukerne og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn.

Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold.»

Bestemmelsen ble innført i 1981, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80).

Urimelighetskriteriet i § 9 a gir anvisning på en standard, og legger opp til en helhetsvurdering av avtalevilkårene og en generell vurdering i relasjon til forbrukerne som gruppe.

Forbrukerombudet fører det daglige tilsynet med at urimelige standardvilkår ikke benyttes overfor forbrukere. Ombudet kan påvirke innholdet i standardkontrakter gjennom forhandlinger med de næringsdrivende eller deres organisasjo-

ner, jf. gjeldende § 13 annet ledd. På flere områder har Forbrukerombudet utarbeidet standardvilkår i samarbeid med bransjeorganisasjoner. Dette gjelder bl.a. for pakkereiser og elektrisk strøm. Ofte vil også Forbrukerrådet delta i forhandlingene.

Dersom Forbrukerombudet finner at et vilkår er urimelig, men den næringsdrivende ikke innretter seg etter ombudets syn, kan Forbrukerombudet bringe saken inn for Markedsrådet. I visse unntakstilfeller kan Forbrukerombudet gripe inn mot avtalevilkåret selv. Dersom Markedsrådet finner at avtalevilkåret er urimelig, kan rådet forby den næringsdrivende å benytte vilkåret for fremtiden, jf. § 12 første ledd. I forbudsvedtaket skal det som hovedregel fastsettes et tvangsgebyr som må betales dersom den næringsdrivende handler i strid med vedtaket. Markedsrådets vedtak kan ikke påklages, men det kan bringes inn for domstolene til prøving. Høyesterett har avklart at domstolene fullt ut kan prøve om det aktuelle vilkåret er urimelig, jf. Rt. 2006 side 1348 avsnitt nr. 41.

Vurderingen av om vilkår er urimelige etter § 9 a skjer på generelt grunnlag, og ikke på individnivå. Et forbudsvedtak har i seg selv ingen betydning for den enkelte forbrukers rettsstilling. Det skal likevel påpekes at sivilrettslige ugyldighetsregler gjelder ved siden av markedsføringsloven. Urimelige avtalevilkår i konkrete saker kan settes til side av domstolene i medhold av generalklausulen i avtaleloven § 36, jf. § 37 som inneholder visse særbestemmelser som gjelder for avtaler som ikke har vært individuelt forhandlet mellom en forbruker og en næringsdrivende. Dersom Markedsrådet har nedlagt forbud mot et vilkår, vil dette kunne være et relevant moment i den sivilrettslige urimelighetsvurderingen, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 34. Det er imidlertid ikke slik at en avtale eller et avtalevilkår som anses urimelig etter § 9 a automatisk vil bli satt til side som ugyldig etter avtaleloven. Sett fra den næringsdrivendes synspunkt vil et offentlig inngrep etter § 9 a i regelen være mindre inngripende enn privatrettslig «sensur» av vilkår.

12.1.2 EØS-retten

Direktivet om urimelig handelspraksis berører «ikke avtaleretten, særlig reglene for kontraktens

gyldighet, utforming eller virkning», jf. artikkel 3 (2). Man må imidlertid overholde minimumskravene i direktiv 13/93/EØF om urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Dette direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom markedsføringsloven § 9 a og avtaleloven §§ 36 og 37, jf. Ot.prp. nr. 89 (1993–94).

12.1.3 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet viste departementet til at kontrollen med avtalevilkår utgjør en sentral del av arbeidet til Forbrukerombudet. Markedsføringsloven § 9 a fungerer som et fleksibelt instrument. Den er bransje- og medienøytral og kan tilpasses utviklingen i samfunnet og ulike rammebetingelser. Regulens generelle karakter gir et godt rom for forhandlinger med de næringsdrivende og bidrar til å gi balanserte og gode løsninger. Markedsføringsloven § 9 a bidrar også til å sikre gjennomføringen av forbrukerlovgivningen på de enkelte områder.

Uttrykkene i dagens ordlyd er relativt vage og skjønnspregede. En mer presis og spesifisert bestemmelse kunne kanskje ha ført til større forutberegnelighet for de næringsdrivende og andre brukere av loven. På den annen side ville dette kunne bidra til å begrense noe av fleksibiliteten til bestemmelsen og gjøre den mindre tilpasningsdyktig til utviklingen i samfunnet. Det kan også være vanskelig å velge ut hvilke momenter som bør være med i en slik bestemmelse uten at dette fører til utelukkelse av andre viktige momenter. På denne bakgrunn foreslo departementet i høringsnotatet at ordlyden i markedsføringsloven § 9 a videreføres uendret.

Ingen *høringsinstanser* har kommet med innvendinger til dette. *Forbrukerombudet* støtter forslaget i høringsnotatet og uttaler at markedsføringsloven § 9 a er et svært viktig verktøy i Forbrukerombudets arbeid for en enklere og tryggere forbrukerhverdag. Videre uttaler ombudet at det har vært noe uklart hvorvidt § 9 a hjemler inngrep overfor produktpakker. For å avklare dette, ber Forbrukerombudet om at dette spørsmålet kommenteres i proposisjonen.

12.1.4 Departementets vurderinger

Etter departementets syn fungerer markedsføringsloven § 9 a godt. Departementet ser ikke grunn til å gjøre materielle endringer i nåværende § 9 a. Det skal også bemerkes at § 9 a er nødvendig for å oppfylle våre forpliktelser etter EØS-avtalen til å gjennomføre direktiv 13/93/EØF om urimelige

vilkår i forbrukeravtaler. Nåværende § 9 a foreslås etter dette videreført i forslag til ny § 22 første og annet ledd.

Når det gjelder spørsmålet om lovligheten av produktpakker kan vurderes etter bestemmelsen, vil departementet vise til at ordlyden er vid nettopp for å være et fleksibelt instrument. I dette tilfellet er det etter departementets syn ikke naturlig eller hensiktsmessig at lovgiver tar konkret stilling til hva som kan falle innenfor eller utenfor bestemmelsens virkeområde, da dette bør overlates til praksis. For øvrig vises det til de spesielle merkningene til bestemmelsen.

12.2 Spørsmål om personkretsen som skal beskyttes

Det foreslås å innføre en definisjon av «forbruker» i loven som tilsvarer forbrukerbegrepet i direktivet om urimelig handelspraksis og andre forbrukerverndirektiver, jf. lovforslaget § 5 bokstav a og punkt 4.4.3.2 ovenfor. Dette begrepet omfatter kun fysiske personer.

Når det gjelder kontrollen med avtalevilkår, er det etter departementets syn tungtveiende hensyn som tilsier at Forbrukerombudet og Markedsrådet bør ha hjemmel til å gripe inn overfor vilkår som benyttes overfor mindre profesjonelle sammenlutninger av forbrukere, som for eksempel et borettslag. Forutsetningen er at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål. Rettstilstanden i dag er noe uklar på dette punkt.

Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at det ser ut til å være en trend at flere varer og tjenester tilbys forbrukere via organisasjoner eller andre felles tilknytningspunkter. For eksempel tilbys større kontrakter innen telefoni, bredbånd, kabel-TV og strøm gjerne borettslag, sameier eller andre mer eller mindre formaliserte grupper av forbrukere som bor i et område. Disse har et styre, en valgt leder, eller vil velge seg en kontaktperson nettopp med det formål å inngå denne kontrakten. Ofte oppfordres forbrukerne til å handle gjennom en slik gruppe for å få billigere leveranse. I slike tilfeller kan det være at sammenslutningens representanter mangler profesjonalitet og fagkunnskap, mens de på den annen side møter næringsdrivende som er profesjonelle.

Slike kontrakter, og mindre kjøp, kan også tilbys gjennom idrettslag. Idrettslagets profesjonalitet kan variere, selv om det ikke er tvil om at varen/tjenesten er ment til personlig bruk for medlemmene.

Kontrakter som nevnt over, samt forsikrings- og låneavtaler, kan også tilbys forbrukere gjennom fagorganisasjoner. Organisasjonene er som regel profesjonelle, men det kan variere hvor mye organisasjonen er inne i bildet og forhandler vilkår for de private personene som skal benytte kontrakten. Dersom fagorganisasjonen har fremforhandlet vilkår, vil det normalt ikke være aktuelt å gripe inn etter forslaget her.

Næringsdrivende kan også nå ut til unge forbrukere gjennom russestyrene på skolene. Dette kan for eksempel gjelde russeefekter, mobiltelefonabonnement, russereiser og kjøp av PC.

Andre uprofesjonelle sammenslutninger kan være pensjonistklubber, barselgrupper og skoleklasser. Så lenge sammenslutningen ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet og avtalen skal dekke medlemmenes personlige formål, bør forbrukerne etter departementets syn vernes mot urimelige vilkår etter forslaget til § 22. EØS-retten er ikke til hinder for en slik løsning, da direktivet om urimelige avtalevilkår er et minimumsdirektiv.

Når det gjelder høringsforslagets forbrukerdefinisjon, jf. punkt 4.4.3.2, uttaler *Advokatforeningen* at setningen «forutsatt at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål» etter deres oppfatning er overflødig og kan virke kompliserende, og at den derfor bør fjernes.

Til dette vil departementet bemerke at vilkåret tidligere har vært brukt i norsk rett bl.a. i angrerettloven inntil lovendring 1. juli 2002. Før lovendringen lød forbrukerdefinisjonen i angrerettloven slik: «fysisk person som ikke handler som ledd i næringsvirksomhet. Som forbruker regnes også en sammenslutning som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet, forutsatt at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål.» Det vises til Ot.prp. nr. 36 (1999–2000) side 21–22. Denne forbrukerdefinisjonen ble innsnevret til fysiske personer i forbindelse med vedtagelsen av forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002). I høringsforslaget forut for proposisjonen om forbrukerkjøpsloven var det utformet en tilsvarende forbrukerdefinisjon som brukt i angrerettloven, for det tilfelle at sammenslutninger skulle være omfattet, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) side 43.

Dersom grensen kun skulle trekkes ut fra om sammenslutningen hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet eller ikke, vil virkeområdet til bestemmelsen etter departementets syn kunne favne for vidt. Det vil være en forskjell mellom sammenslutningens mer generelle innkjøp på vegne av fellesskapet, og avtaler som skal tjene den

enkelte forbrukers personlige behov. Et eksempel på det første er at borettslaget kjøper tjenester for å vedlikeholde felles arealer. Når avtalen berører den enkelte forbruker mer direkte, f.eks. når borettslaget inngår avtale om kabel-TV som hver forbruker får inn i sin stue, synes forbrukerhensynene sterkere. Etter departementets syn bør derfor avgrensningen også skje ut fra om formålet med avtalen er å tjene medlemmenes personlige formål eller ikke. For øvrig er det et grunnleggende vilkår for å treffe forbudsvedtak at Forbrukerombudet/Markedsrådet finner at forbrukerhensyn tilsier inngrep i den konkrete saken, jf. forslag til § 39 første ledd og § 34 annet ledd.

Departementets forslag berører ikke forbrukerbegrepet som foreslås definert i § 5 bokstav a, og heller ikke det enhetlige forbrukerbegrepet som ble innført i en rekke lover ved vedtagelsen av forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001–2002). For å klargjøre at forbrukerbeskyttelsen skal gjelde tilsvarende der den ikke-næringsdrivende parten er en sammenslutning, foreslås følgende tilføyelse til dagens ordlyd i § 9 a:

«Tilsvarende gjelder for vilkår overfor sammenslutninger som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet, forutsatt at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål.»

Det vises til forslag til § 22 første ledd annet punktum og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

12.3 Avgrensninger – særlig mot Konkurransetilsynets tilsynsområder

12.3.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 20 inneholder en rekke avgrensninger mot tilgrensende regelverk i konkurranseloven og pristiltaksloven. På disse områdene er Konkurransetilsynet tilsynsmyndighet. Avgrensningene har ikke bare relevans til dagens § 9 a, men behandles likevel i tilknytning til denne bestemmelsen.

Markedsføringsloven § 20 første og tredje ledd avgrenser anvendelsesområdet for generalklausulen i markedsføringsloven § 1 mot konkurranseloven og pristiltaksloven. Etter § 20 første ledd får generalklausulen ikke anvendelse på «innholdet av næringsdrivendes tilbud, krav eller avtale om priser og forretningsvilkår.» Bestemmelsen gjelder heller ikke «istandbringelse eller gjennomføring av

konkurransereguleringer eller nekting av forretningsforbindelse.» § 20 tredje ledd fastsetter at »(b)estemmelsene i denne lov gjør ingen innskrenkninger i fullmakter fastsatt i eller i medhold av konkurranseloven, jf. likevel fjerde ledd og lov om pristiltak.»

I § 20 første ledd er det avgrenset mot nekting av forretningsforbindelser. Konkurransetilsynet har kompetanse til å gripe inn mot forretningsnekt mellom foretak dersom dette får samfunnsøkonomiske konsekvenser. Hjemmel for inngrep er først og fremst konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling. Et eksempel her vil være et foretak som stiller som vilkår overfor sin leverandør at det ikke skal leveres produkter til nye foretak som vil inn på markedet.

Etter gjeldende praksis kan Forbrukerombudet gripe inn mot såkalte kontraheringsvilkår, dvs. vilkår en næringsdrivende setter for overhodet å kontrahere med en part. Eksempler som har vært oppe i praksis er finansinstitusjoners nekting av å inngå låneavtaler uten saklig grunn og nekting av å gjennomføre vanlige betalingstransaksjoner uten at forbrukeren har konto i banken.

Etter markedsføringsloven § 20 annet ledd får markedsføringsloven § 9 a om kontroll med urimelige avtalevilkår ikke anvendelse på «innholdet i vilkår om priser, rabatter, bonuser og avanser». Også her er formålet å avgrense mot konkurransemynighetenes kontroll med avtaler etter konkurranselovgivningen. Særlig relevant her er pristiltaksloven § 2. Selv om man la til grunn at det forelå en viss overlapping mellom regelverkene anså man det ikke som nødvendig med en nøyaktig avgrensning. Det ble antatt at prismyndighetene og markedsmyndighetene i praksis ville konsentrere sin innsats om forskjellige sider av kontraktsvilkårene. Man ønsket imidlertid å trekke en eksplisitt grense mot pris, slik at det fremgikk at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke skulle drive med alminnelig priskontroll.

§ 20 fjerde ledd fastsetter at konkurranseloven § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler ikke gjelder ved bruk av kontraktsvilkår som er fremforhandlet i samarbeid med Forbrukerombudet i medhold av markedsføringsloven § 13 annet ledd. Denne ble vedtatt i forbindelse med konkurranseloven av 2004 for å unngå tvil i disse situasjonene.

§ 20 femte ledd inneholder en forskriftshjemmel om avgrensning mot andre regulerings- og kontrollbestemmelser. Tilsvarende bestemmelse finnes i konkurranseloven § 4. Hjemmelen er ikke benyttet.

I markedsføringsloven § 9 b er det inntatt en avgrensning mot lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste for andre, og en forskriftshjemmel om avgrensning mot andre spesielle kontraktsforhold. Denne forskriftshjemmelen er heller ikke benyttet.

12.3.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet pekte departementet på at konkurranseloven og pristiltaksloven har andre formål enn markedsføringsloven. Konkurranseloven og pristiltaksloven tar også sikte på å ramme andre forhold enn det markedsføringsloven gjør. Forbudet mot urimelige priser i pristiltaksloven § 2 er lite anvendt i praksis. Konkurranselovgivningen er rettet mot metoder og fremgangsmåter som får betydning for en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser gjennom fri konkurranse. Markedsføringsloven retter seg derimot særlig mot handlinger som enten strider mot god forretningskikk næringsdrivende imellom eller som er urimelige i forhold til forbrukere. I den utstrekning spørsmålet om overlapping reiser seg, vil forholdet mellom regelverkene måtte avgjøres på grunnlag av alminnelige tolkningsprinsipper. Dette er løsningen når det gjelder forholdet mellom markedsføringslovens spesialbestemmelser i §§ 2–9 og konkurranselovgivningen. Det har ikke vist seg å oppstå avgrensingsproblemer i praksis som ikke har blitt løst gjennom en tolkning. Ved behov kan også forskriftshjemmelen i gjeldende § 20 femte ledd benyttes i en del tilfeller.

Departementet gav likevel uttrykk for at det er grunn til å beholde en uttrykkelig avgrensning på to områder. Det gjelder for det første at Forbrukerombudet ikke skal føre alminnelig priskontroll. Videre ble det gitt uttrykk for at § 20 fjerde ledd om forholdet til konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler bør beholdes. Denne ble innført i forbindelse med vedtakelsen konkurranseloven av 2004 for å presisere at kontraktsvilkår som er fremforhandlet av Forbrukerombudet ikke anses som konkurransebegrensende avtaler.

På denne bakgrunn ble følgende foreslått:

1. Markedsføringsloven § 20 første til tredje ledd videreføres ikke. Imidlertid beholdes en avgrensning mot pris, som flyttes til nytt tredje ledd i bestemmelsen om urimelige avtalevilkår.
2. § 20 fjerde ledd flyttes til en egen bestemmelse i kapitlet om kontroll med avtalevilkår.
3. § 20 femte ledd om avgrensning mot andre regulerings- og kontrollbestemmelser flyttes til bestemmelsen om Forbrukerombudets og Markedsrådets forvaltning, organisasjon mv.

4. § 9 b inntas som nytt tredje ledd i bestemmelsen om urimelige avtalevilkår.

Forbrukerombudet støtter forslaget i høringsnotatet. For øvrig har ingen høringsinstanser kommentert forslagene.

12.3.3 Departementets vurderinger

En eventuell overlappende kompetanse mellom Forbrukerombudet og Konkurransetilsynet synes ikke å være noe reelt problem, da disse organene i praksis konsentrerer seg om ulike typer forretningsvilkår. Departementet foreslår at det tas noen lovtekniske grep for å gjøre regelverket enklere og plassere bestemmelsene der de tematisk hører hjemme i den nye loven.

Siden det ikke er kommet innvendinger i høringen, opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet. Det betyr at avgrensningen mot pris i gjeldende § 20 annet ledd videreføres i forslag til ny § 22 tredje ledd. Nåværende § 20 annet

ledd regner foruten pris opp *rabatter, bonuser og avanser*. Det anses ikke nødvendig å videreføre dette eksplisitt i den nye lovteksten. Det viktige er å klargjøre at det ikke skal utøves noen alminnelig priskontroll etter markedsføringsloven.

Nåværende § 20 fjerde ledd foreslås videreført i ny § 24.

Det har vært noe uklart om dagens § 20 femte ledd kan brukes til å avgrense mot annet regelverk enn pristiltaksloven og konkurranseloven. Femte ledd henviser generelt til «andre lover», mens § 20 har overskriften «Avgrensning mot konkurranseloven og pristiltaksloven». Departementet ser det som hensiktsmessig å gi hjemmel for forskrifter som avgrenser Forbrukerombudets tilsyn mot kontrollordninger i andre lover, ikke bare pristiltaksloven og konkurranseloven. Med denne presisering foreslås bestemmelsen videreført i forslag til § 32 femte ledd om Forbrukerombudets og Markedsrådets forvaltning, organisasjon mv. Henvisningen til kun konkurranseloven og pristiltaksloven vil dermed bortfalle.

13 Garantier o.l.

13.1 Gjeldende rett

Ved kjøp av varer, tjenester og andre ytelser gir produsenten eller selgeren ofte *garanti* på produktet. En garanti skal gi forbrukeren rettigheter i tillegg til de lovbestede og kan for eksempel gå ut på at produktet skal vare en viss tid eller ha visse egenskaper. Det er frivillig for de næringsdrivende å gi garantier. Lovfestede rettigheter er noe forbrukeren har uavhengig av om det gis garanti. Bruken av uttrykket «garanti» i markedsføring må antas å gi positive assosiasjoner og ha en salgsfremmende effekt.

Ofte blandes frivillige garantiordninger og forbrukernes lovfestede reklamasjonsrettigheter sammen, med fare for at forbrukerne blir villedet med hensyn til sine rettigheter. Dersom en forbruker for eksempel får høre av selgeren at en vare har ett års garanti, kan forbrukeren forledes til å tro at han eller hun ikke har rett til å klage når garantitiden er utløpt. Forbrukerkjøpslovens reklamasjonsfrist på to eller fem år kan således komme i bakgrunnen fordi forbrukeren fester seg ved at han eller hun har ett års garanti. Undersøkelser har vist at det er liten kunnskap både blant næringsdrivende og forbrukere om hva en garanti innebærer og om forskjellen på garanti og reklamasjon.

For å beskytte forbrukerne og klargjøre rettsstillingen har markedsføringsloven kapittel II omfattende regler som stiller krav til garantier og lyder slik:

«Kapittel II a. Garantier o.l.

§ 9 c. Bruk av garantier o.l. overfor forbrukere

Det er forbudt i næringsvirksomhet å bruke ordet garanti eller tilsvarende uttrykk ved omsetning av varer, tjenester eller andre ytelser, dersom mottakeren ikke gis rettigheter i tillegg til de rettighetene han eller hun ellers har, eller dersom slike rettigheter begrenses.

Ved markedsføring av garantier skal det opplyses om vesentlige begrensninger i garantien. Dersom det opplyses om garantitiden i markedsføringen, skal det også opplyses om lovens lengstefrist for reklamasjon etter den aktuelle lovgivningen.

§ 9 d. Krav til garantivilkår i forbrukerforhold

Ytes det garanti, skal det på en tydelig og lettfattelig måte opplyses om følgende i garantivilkårene:

- garantiens innhold, herunder eventuelle begrensninger og særlige betingelser
- at forbrukerens rettigheter etter aktuell og nærmere angitt lovgivning kommer i tillegg til garantien, og at disse rettighetene ikke berøres av garantien
- hva som er nødvendig for å benytte garantien, herunder garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse
- lengstefristen for reklamasjon etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom den er lengre enn garantitiden
- at det uansett kan reklameres på ytelsen i sin helhet etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom garantien er begrenset, for eksempel ved at garantien kun gjelder en del av ytelsen eller bare deler av utbedringskostnadene dekkes av garantien.

Der markedsføringen forut for avtaleinngåelsen er rettet til norske forbrukere, skal garantivilkårene være utformet på norsk.

Før avtaleinngåelsen skal garantigiveren opplyse forbrukeren om garantien og at forbrukeren har rett til å få garantivilkårene utlevert. Når forbrukeren ber om det, skal han eller hun motta garantivilkårene lesbart og lagret på papir eller et annet varig medium som forbrukeren råder over.»

Dagens lov definerer ikke garantibegrepet, men en indirekte definisjon kan utledes av § 9 c første ledd: Lovlige garantier er ordninger som gir forbrukeren tilleggsrettigheter i forhold til det han eller hun ellers har.

13.2 EU/EØS-retten

13.2.1 Forbrukerkjøpsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier (forbrukerkjøpsdirektivet) gjelder forbrukerkjøp av varer (ting). Direktivet stiller bestemte minstekrav til garantier som gis i

forbindelse med slikt kjøp. Forbrukerkjøpsdirektivet bygger på minimumsharmonisering, dvs. at medlemslandene står fritt til å gi forbrukerne bedre rettigheter enn direktivets minimumskrav.

Forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 lyder slik:

«Garantier

1. En garanti skal være rettslig bindende for garantigiveren på de vilkår som er fastsatt i garantierklæringen og i tilknyttet reklame.

2. Garantien skal

- fastslå at forbrukeren har lovfestede rettigheter i henhold til gjeldende nasjonal lovgivning om forbrukerkjøp og gjøre det klart at disse rettighetene ikke berøres av garantien,
- på en enkel og lettfattelig måte angi garantiens innhold og de vesentlige opplysninger som er nødvendige for å gjøre bruk av garantien, særlig garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse.

3. På anmodning fra forbrukeren skal garantien stilles til rådighet skriftlig eller på et annet varig medium som er til rådighet for forbrukeren og tilgjengelig for ham/henne.

4. Den medlemsstat der forbruksvaren markedsføres, kan på sitt territorium i samsvar med reglene i traktaten fastsette at garantien skal utarbeides på ett eller flere språk som den velger blant Fellesskapets offisielle språk.

5. Dersom en garanti er i strid med kravene i nr. 2, 3 eller 4, skal dette på ingen måte berøre garantiens gyldighet, og forbrukeren kan fortsatt stole på garantien og kreve at den blir oppfylt.»

Garantibegrepet er definert i artikkel 1 nr. 2 bokstav e:

««garanti»: enhver forpliktelse som en selger eller en produsent har påtatt seg overfor forbrukeren til uten tilleggskostnader å tilbakebetale kjøpesummen eller omlevere, utbedre eller på annen måte avhjelpe mangler ved forbruksvaren dersom den ikke svarer til de spesifikasjoner som framgår av garantierklæringen eller av den relevante reklamen».

Markedsføringsloven § 9 d kom inn i loven i 2002 som ledd i gjennomføringen av forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 nr. 2 til 4, jf. Ot.prp. nr. 43 (2001–2002). Ved gjennomføringen i norsk rett benyttet man muligheten til å stille strengere krav til garantier enn direktivet. Bl.a. ble bestemmelsene gjort gjeldende for alle slags varer, tjenester og andre ytelser, mens forbrukerkjøpsdirektivet bare gjelder varer (ting). Videre ble en del krav som Forbrukerombudet har stilt i sin praksis, men som ikke følger av direktivet, lovfestet. Bl.a. gjel-

der det plikten til å opplyse om den absolutte reklamasjonsfristen etter lovgivningen dersom den er lengre enn garantitiden.

13.2.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

Direktivet regulerer ikke spesielt bruk av garantier, men vil likevel kunne fange opp urimelig handelspraksis som gjelder garantier. Følgende bestemmelser er særlig relevante:

«Artikkel 6

Villedende handlinger

1. En handelspraksis anses som villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte, også gjennom sin generelle utforming, villeder eller er egnet til å villeder gjennomsnittsforbrukeren, selv om opplysningene rent faktisk er korrekte, i forbindelse med ett eller flere av følgende elementer, og under alle omstendigheter påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet:

...

g) forbrukerens rettigheter, herunder rett til omlevering eller tilbakebetaling i henhold til europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier, eller risikoene forbrukeren kan bli utsatt for.»

I «svartelisten» punkt 10 er følgende presisert som villedende handelspraksis og dermed uten videre forbudt:

«Å framstille rettigheter som forbrukere har i henhold til loven, som en særlig egenskap ved den næringsdrivendes tilbud.»

13.3 Spørsmål om videreføring av § 9 c

13.3.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for at § 9 c første ledd kan sies å regulere et spesialtilfelle av villedende markedsføring. En innholdsmessig tilsvarende bestemmelse var tidligere plassert i markedsføringsloven § 2 om villedende forretningsmetoder.

Villedende bruk av garantiutsagn overfor forbrukere faller inn under virkeområdet til direktivet om urimelig handelspraksis. Siden direktivet bygger på totalharmonisering, anførte departementet at villedende bruk av garantiutsagn skal vurderes etter direktivets standarder om urimelige/villedende handlinger/utelatelser og «svartelisten»

punkt 10. Departementets foreløpige konklusjon var at § 9 c første ledd ble konsumert av lovutkastets bestemmelser om urimelig handelspraksis og villedende handlinger/utelatelser og at § 9 c første ledd dermed ikke videreføres som et spesifikt forbud i loven. Det ble likevel understreket at dagens praksis vil kunne videreføres, ved at villedende garantiutsagn i markedsføring til forbrukere vil kunne forbys.

Dagens § 9 c annet ledd gjelder opplysningsplikt i forbindelse med markedsføring av garantier. Departementet gav uttrykk for at direktivet om urimelig handelspraksis i utgangspunktet ikke er til hinder for at man i nasjonal rett har spesifikke informasjonskrav også der EU-lovgivningen ikke har slike. Men det går neppe å ta slike regler inn i markedsføringsloven sammen med reglene som implementerer direktivet, og derved gi dem preg av tolkning eller presisering av direktivets standarder for villedende handlinger og/eller utilstrekkelig veiledning. Departementet gav uttrykk for at bestemmelsen ikke hører naturlig sammen med de øvrige bestemmelsene i lovutkastet. Å lage et eget kapittel for bestemmelsen ville etter departementets syn være en lite heldig lovteknisk løsning, tatt i betraktning at det er så lite som blir stående igjen av nåværende § 9 c. På denne bakgrunn foreslo departementet at bestemmelsen ikke videreføres som sådan i den nye loven. Det er på det rene at utilstrekkelig veiledning i markedsføring også vil kunne forbys i medhold av de foreslåtte bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis. Departementet la til grunn at man neppe vil miste noe særlig forbrukerbeskyttelse ved at § 9 c annet ledd ikke videreføres som en egen bestemmelse.

13.3.2 Høringsinstansenes syn

Justisdepartementet uttaler følgende:

«I høringsnotatet legges det til grunn at markedsføringsloven § 9 c første ledd ikke kan opprettholdes. Begrunnelsen for dette synes å være at direktivet ikke gir adgang til å opprettholde eller gi nærmere «presiserende» regler innenfor det området som direktivet regulerer, jf. også nedenfor om § 9 c annet ledd. I tillegg reises det spørsmål om § 9 d kan beholdes.

Justisdepartementet er generelt av den oppfatning at direktivet på dette punktet ikke oppstiller så store skranker for den nasjonale handlfriheten som høringsnotatet gir uttrykk for. Vi vil begrunne dette nærmere i det følgende.

Direktivet artikkel 3 nr. 5 inneholder regler om forholdet mellom direktivet om urimelig

handelspraksis på den ene siden og øvrige fellesskapsregler og nasjonal gjennomføringslovgivning på den andre siden. Slik vi forstår hovedinnholdet i bestemmelsen, gir den medlemstatene adgang til, i en overgangsperiode, på nærmere vilkår å opprettholde strengere nasjonale gjennomføringsbestemmelser på bakgrunn av minimumsdirektiver. Barne- og likestillingsdepartementet nevner i kapittel 5.5.5 selv enkelte eksempler på tilfeller der Norge har benyttet direktivenes minimumsklausuler, og foreslår å unytte de muligheter overgangsordningen gir. Etter Justisdepartementets syn vil direktivet artikkel 3 nr. 5 også gi adgang til ubeskåret å opprettholde markedsføringslovens regler om garantier.

Da man gjennomførte forbrukerkjøpsdirektivet i norsk rett, la man til grunn at direktivets regler om garantier var av «markedsrettslig» karakter. (På dette punkt er omtalen i høringsnotatet s. 150 annet avsnitt (etter sitatet) uriktig.). Som kjent er forbrukerkjøpsdirektivet et minimumsdirektiv, jf. direktivet artikkel 8 nr. 2. Man har i Norge benyttet den muligheten forbrukerkjøpsdirektivet gir, dels ved forbudet i § 9 c og dels ved at § 9 d er gjort mer omfattende enn det direktivet krever. Etter Justisdepartementets syn kan det etter dette ikke være noe til hinder for å beholde bestemmelsene i henholdsvis §§ 9 c og 9 d, jf. direktivet artikkel 3 nr. 5. Justisdepartementet vil for sin del også mene at forbrukerhensyn tilsier at man bør utnytte den muligheten direktivet her gir. Det kan imidlertid være grunn til å vurdere om det er behov for å beholde også § 9 annet ledd. Mye taler for at denne bestemmelsen konsumeres av § 9 d.

Overgangsbestemmelsen innebærer at det ikke på samme måte blir nødvendig å ta stilling til om direktivet stenger for presiserende tolking. Vi mener at man ikke kan si at direktivet generelt stenger for slike presiseringer i loven – forutsatt naturligvis at man respekterer direktivets skranker. Vi viser her til det vi har sagt ovenfor om hvordan slike presiserende tolkninger generelt forholder seg til direktivet. I alle fall kan det neppe, som Barne- og likestillingsdepartementet tilsynelatende gjør, være riktig å legge vekt på hva slags lovteknisk plassering bestemmelsene vil få. Hvorvidt direktivet tillater denne typen presiserende regler, er et materielt spørsmål som må sees uavhengig av valg av lovteknisk løsning. Uansett hvordan man vurderer dette spørsmålet, antar Justisdepartementet i likhet med Barne- og likestillingsdepartementet at praksis etter dagens regler også vil rammes av direktivets regler, slik at det også i medhold av disse kan gripes inn mot villedende garantiutsagn.»

Forbrukerombudet viser til at det nåværende forbudet i § 9 c i stor grad er basert på hensynet til beskyttelse mot villedning av forbrukere. Ombudet er enig i at denne bestemmelsen kan bli vanskelig å beholde på grunn av totalharmoniseringen av direktivet om urimelig handelspraksis. Videre er *Forbrukerombudet* enig i at dagens praksis vil kunne videreføres etter bestemmelsene som ble foreslått i høringsnotatet.

Forbrukerrådet uttaler:

«Lovstridig bruk av garantier utgjør et stort forbrukerproblem ved kjøp av varer og tjenester. Forbrukerrådet bruker store ressurser hvert år på å forhindre at forbrukere fratras lovbestemte, ufravikelige rettigheter ved at næringsdrivende kun forholder seg til egne garantier, som gir snevrere rettigheter enn loven. Det hersker stor usikkerhet, både på selger- og kjøpersiden, om forskjellen på garantier og reklamasjoner. Dette er bakgrunnen for de bestemmelser som drøftes i dette kapitlet, dvs. lovens § 9c og § 9d.

Disse bestemmelsene har vært viktige i arbeidet med å begrense ulovlig bruk av garantier. Forbrukerrådet henviser ofte til § 9c, som setter et uttrykkelig forbud mot å bruke garanti dersom man ikke gir forbrukeren rettigheter utover loven. Det er i praksis viktig i argumentasjonen med næringsdrivende og for generelt opplysningsarbeid at man kan vise til en klar lovhjemmel. Et viktig formål med lover generelt er at de skal være tilgjengelige og forståelige for folk flest. Konkret fremgår dette av gjeldende lovs § 9c. Dersom man opphever denne bestemmelsen og i stedet lar bestemmelsens innhold følge implisitt av det generelle forbudet mot villedende markedsføring, blir formålet mindre synlig. Dette vil igjen kunne være lite veiledende for dem dette gjelder, nemlig selgerne og forbrukerne.

Vi ber derfor departementet beholde dagens § 9c i sin helhet. Dersom departementet mener at dette klart vil stride mot EU-direktivet, bør formuleringen av kravet til tilgjengelighet og forståelighet fremkomme på en måte som ikke kommer i direkte strid med direktivet.»

Både *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)* og *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* uttaler at de er enige med departementet i at det ikke er forenlig med direktivet å ha norske spesialforbud om garantier.

13.3.3 Departementets vurderinger

Markedsføringsloven hadde opprinnelig (siden vedtagelsen i 1972) en bestemmelse om garantier i § 2 tredje ledd om villedende forretningsmetoder:

«Som villedende anses bruk av ordet garanti eller tilsvarende uttrykk ved omsetning av varer eller tjenester dersom denne enten ikke gir mottakeren rettigheter i tillegg til eller dersom denne innskrenker de rettigheter han ville hatt uten garantien m.v.»

Ved lovendring i 2002 ble bestemmelsen omformulert og plassert i § 9 c første ledd. Bestemmelsen gjennomfører i og for seg ingen direktivforpliktelser. Departementet kan derfor ikke se at det er anledning til å benytte seg av overgangsordningen i direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 3 nr. 5, som Justisdepartementet viser til. Bestemmelsene man kan videreføre i medhold av overgangsordningen er slike som implementerer direktiver med bestemmelser om minimumsharmonisering.

Etter departementets syn er det neppe forenlig med direktivet om urimelig handelspraksis å videreføre dagens § 9 c første ledd som et særskilt forbud. Departementet fastholder derfor at villedende bruk av garantiutsagn skal vurderes etter direktivets generelle regler om urimelig handelspraksis, samt «svartelisten» punkt 10.

Samtidig ser departementet at det ut fra pedagogiske hensyn kan være uheldig å fjerne dagens bestemmelse. Som *Forbrukerrådet* påpeker, er det mye usikkerhet rundt forskjellene mellom garantier og reklamasjoner, og dagens bestemmelse brukes bl.a. i *Forbrukerrådets* opplysnings- og påvirkningsarbeid. For å synliggjøre i loven hva en garanti er, foreslår departementet derfor å innføre en definisjon av garantibegrepet. Riktignok vil det ikke være et konkret forbud tilknyttet en slik definisjon, men den vil synliggjøre hva en garanti er. Det vises til forslag til § 5 bokstav e.

Dagens § 9 c annet ledd ble inntatt ved lovendringen i 2002, som en kodifisering av *Forbrukerombudets* praksis. Heller ikke denne bestemmelsen kan sies å være en gjennomføring av forbrukerkjøpsdirektivet eller noe annet direktiv. Etter departementets vurdering lar den positive opplysningsplikten som oppstilles i bestemmelsen seg vanskelig forene med direktivet om urimelig handelspraksis, fordi det ikke er sikkert at unnlattelse av å opplyse det som kreves etter § 9 c annet ledd alltid vil anses som urimelig handelspraksis/villedende utelatelser etter direktivet. Dette må vurderes konkret. På denne bakgrunn opprettholder

departementet forslaget i høringsnotatet om å ikke videreføre § 9 c annet ledd.

13.4 Spørsmål om videreføring av § 9 d

13.4.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for at nåværende § 9 d gjelder krav til innhold og form på garantivilkår, samt hvordan de skal utleveres. Bestemmelsen gjennomfører forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 nr. 2 til 4, men går ut over minimumskravene som oppstilles.

Det følger av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 3 nr. 2 at direktivet ikke berører avtaleretten, herunder bestemmelsene om kontraktens gyldighet, inngåelse og virkning.

Grensen mellom handelspraksis som reguleres av direktivet og avtalerett som ikke gjør det, er uklar og vanskelig å trekke. Departementet uttrykte tvil om nåværende § 9 d er forenlig med direktivet, men helte i retning av at det er mulig å beholde den. Det ble vist til at EUs forslag til tjenstedirektiv har krav til garantier på tjenesteområdet og at det kan synes uheldig å innsnevre innholdet i § 9 d nå, når man kan bli nødt til å utvide igjen på et senere tidspunkt.

For det tilfelle bestemmelsen skal videreføres ubeskåret, foreslo departementet at den plasseres i den nye lovens kapittel om kontroll med avtalevilkår, for å markere tilhørigheten med avtaleretten/kontraktsretten.

13.4.2 Høringsinstansenes syn

Justisdepartementet uttaler at § 9 d etter deres syn kan beholdes som ledd i overgangsordningen i direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 3 nr. 5, samt at forbrukerhensyn tilsier at man benytter denne muligheten. Det vises til at da forbrukerkjøpsdirektivet ble gjennomført i norsk rett, la man til grunn at direktivets regler om garantier var av «markedsrettslig karakter». Det vises til sitatet fra Justisdepartementets høringsuttalelse i punkt 13.3.2 ovenfor. I tillegg påpeker Justisdepartementet at markedsføringsloven § 9 d gjennomfører deler av forbrukerkjøpsdirektivet, og at den delen uansett ikke kan oppheves.

Forbrukerombudet uttaler at etter hans mening er dette regler som er ment å tilsikre klarhet i avtaleforhold, og de har i så måte en klar side til avtaleretten og kontrollen med avtalevilkår etter § 9 a. Av denne grunn mener ombudet at innholdet i dagens § 9 d absolutt kan videreføres uavhengig av direk-

tivets krav om totalharmonisering. Videre mener Forbrukerombudet at bestemmelsen bør videreføres ut fra forbrukerhensyn.

Forbrukerrådet uttaler at de er av den klare oppfatning at § 9 d både kan og bør videreføres. Det vises til at denne bestemmelsen er svært viktig fra et forbrukersynspunkt og meget praktisk i forhold til problemene på området.

Norges Automobilforbund gir uttrykk for at det er svært viktig å beholde og videreføre § 9 d og deler departementets syn om at dette vil være mulig innenfor rammen av totalharmonisering.

13.4.3 Departementets vurderinger

I forarbeidene til § 9 d, Ot.prp. nr. 43 (2001–2002), ble det lagt til grunn at forbrukerkjøpsdirektivets formkrav til garantier (artikkel 6 nr. 2 til 4) kan betraktes som markedsrettslige i motsetning til sivilrettslige (side 8). Men det ble også vist til at «direktivet stiller krav til garantivilkår, dvs. avtalevilkår i markedsføringslovens forstand» (side 11).

Samtlige høringsinstanser som har uttalt seg om spørsmålet mener at dagens bestemmelse både kan og bør videreføres. Etter departementets syn er de ovennevnte bestemmelsene i forbrukerkjøpsdirektivet nærmere å betrakte som krav til avtalevilkår enn markedsføring i markedsføringslovens forstand. Siden direktivet om urimelig handelspraksis ikke berører avtaleretten, særlig reglene for kontraktens gyldighet, utforming eller virkning, jf. artikkel 3 nr. 2, anser departementet at direktivet ikke er til hinder for at bestemmelsen beholdes. På denne bakgrunn foreslår departementet å videreføre § 9 d i lovforslaget § 23. Tilhørigheten til bestemmelsene om avtalevilkår i markedsføringsloven markeres ved at bestemmelsen plasseres i lovens kapittel om kontroll med avtalevilkår.

13.5 Spørsmål om lovfesting av ytterligere krav til garantier

13.5.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for at den danske markedsføringsloven § 4 stiller krav til at garantier må gi mottakeren *vesentlig* bedre rettigheter enn etter lovgivningen. Forbrukerombudet har gitt uttrykk for ønske om en tilsvarende regel i norsk rett. Bakgrunnen er at betegnelsen garanti i dag kan brukes selv om det kun gis marginale tilleggsrettigheter. Forbrukerombudet har erfart at såkalte bevisbyrdegarantier, som utvider selgerens bevisbyrde for eksempel i forhold til for-

brukerkjøpsloven, skaper problemer i praksis. Slike garantier er ofte utformet slik at de bare på marginalt vis utvider forbrukernes rettigheter i forhold til brukerkjøpsloven på ett punkt (bevisbyrde), samtidig som rettighetene gjerne begrenses på andre områder. Dette kan medføre at forbrukeren kan komme dårligere ut ved å benytte seg av garantien enn om vedkommende utelukkende hadde forholdt seg til brukerkjøpsloven. På denne bakgrunn reiste departementet spørsmål om det bør stilles kvalifikasjonskrav til hva som regnes som garanti i markedsføringsloven.

Det ble vist til at direktivet om urimelig handelspraksis ikke regulerer hva som skal regnes som garanti. Villedende bruk av garantier overfor forbrukere vil imidlertid kunne forbys etter direktivets generelle bestemmelser om urimelige/villedende handlinger/utelatelser og «svartelisten» punkt 10. Departementets foreløpige syn var at det neppe er forenlig med direktivet å innta spesifikke forbud av typen: «Garantiutsagn er forbudt med mindre forbrukeren gis vesentlige tilleggsrettigheter...» eller at «Garantiutsagn kan ikke brukes dersom den eneste tilleggsrettighet forbrukeren får er at selgeren påtar seg en utvidet bevisbyrde».

Det ble videre vist til at Forbrukerombudet også har ansett egenandeler ved bruk av garantier som et problemområde. Problemet er nærmere bestemt at feil som er kjøpsrettslige mangler, og således skal utbedres kostnadsfritt, blir utbedret på grunnlag av garantien. Hvis det er egenandeler ved bruk av garantien, betyr det at forbrukeren betaler for noe han eller hun har krav på at utbedres kostnadsfritt.

Forbrukerkjøpsdirektivets garantidefinisjon, jf. punkt 13.2.1 ovenfor, forutsetter at forbrukeren ikke skal betale noe. Departementet gav uttrykk for at brukerkjøpsdirektivet likevel ikke kan forstås som at garantiutsagn ikke kan brukes dersom forbrukeren må betale en egenandel. Uansett er markedsføringslovens garantibegrep mye videre enn brukerkjøpsdirektivets. Departementet gav uttrykk for at det neppe er mulig å innta et spesifikt forbud mot å bruke garantiutsagn i markedsføring dersom forbrukeren må betale en egenandel ved bruk av garantien. Det ble imidlertid pekt på at det kan være en mulig løsning å innføre en opplysningsplikt i garantivilkårene, som spesielt adresserer problemstillingen med egenandeler. En slik bestemmelse kan eventuelt tilføyes nåværende § 9 d og følgende ordlyd ble foreslått:

«f) at det ikke skal betales egenandel for feil som må anses for å være en kjøpsrettslig mangel, og som således skal utbedres kostnadsfritt,

dersom forbrukeren må betale en egenandel ved bruk av garantien.»

13.5.2 Høringsinstansenes syn

Justisdepartementet uttaler følgende:

«Avslutningsvis under punkt 11.5 er det reist spørsmål om man bør innføre et vesentlighetskriterium ved garantier. Vi kan ikke se at direktivet åpner for et slikt generelt vesentlighetskriterium. Spørsmålet om presiserende bestemmelser må som tidligere nevnt, vurderes på bakgrunn av de skranker direktivet ellers setter. Det vil etter direktivets system bero på en konkret vurdering hvorvidt et garantiutsagn skal anses urimelig. Justisdepartementet er enig med Barne- og likestillingsdepartementet i at det ikke kan oppstilles spesifikke forbud mot garantier som nevnt i høringsnotatet. Uansett synes det å være lite hensiktsmessig å innføre et slikt krav. Fra et kontraktsrettslig ståsted er det lite tvilsomt at også garantier som bare gir forbrukeren uvesentlige rettigheter utover preseptorisk lovgivning, er gyldige. Det synes liten grunn til å forby dette i en markedsrettslig kontekst.

Barne- og likestillingsdepartementet har også tatt opp spørsmålet om en mulig utvidelse av § 9 d, ved at det innføres en bokstav f om egenandeler. Justisdepartementet er i tvil om direktivet gir adgang til å foreta en slik utvidelse som her skissert. Overgangsbestemmelsen i direktivet artikkel 3 nr. 5 gir medlemsstatene mulighet til fortsatt å anvende (eller mer presist: beholde) strengere regler. Derimot kan man neppe innføre nye regler.»

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) går mot forslaget om å innføre en bestemmelse om opplysningsplikt i forbindelse med garantier med egenandel. HSH er ikke enig i at det er et problem at forbrukeren betaler egenandeler ved bruk av garanti og det etterlyses at dette dokumenteres. Det uttales at forslaget uansett anses som overflødig så lenge dette er ivaretatt i andre bestemmelser.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) uttaler at de ikke har innsigelser til forslaget om å innføre en ny bestemmelse om opplysningsplikt i garantivilkårene om egenandeler.

Forbrukerombudet kommenterer problemstillingene som ble reist i høringsnotatet slik:

«Det er et generelt problem i Norge at det er forvirring blant både næringsdrivende og forbrukere rundt forskjellen mellom en garanti og brukerkjøpslovens mangelsbeføyelser og reklamasjonsregler.

Forbrukerombudet mottar henvendelser som eksempelvis viser at kjøper av en mangelfull vare ofte blir henvist til selgers eller tidligere salgsledds garanti. Forbrukerens rettigheter etter garantivilkårene gir ofte færre rettigheter enn de mangelsbeføyelsene forbrukeren har etter forbrukerkjøpsloven. Videre er rettigheter etter garantien ikke sjelden gått tapt på grunn av at garantitiden er utløpt. Det er nemlig vanlig at garantitiden settes kortere enn de absolutte reklamasjonsfristene etter forbrukerkjøpsloven. Svært mange forbrukere lider dermed i praksis rettstap, da de ikke er klar over at forbrukerkjøpsloven gir dem preseptoriske rettigheter som virker i tillegg til garantibestemmelsene. Et praktisk eksempel på dette er nedenfor omtalt under typetilfelle a.

I land som Norge, med velutviklede preseptoriske forbrukerrettigheter ved kjøp, er en garanti ofte ikke av vesentlig betydning for en forbruker. Dette er fordi preseptoriske forbrukervernsregler ofte vil gi forbruker bedre vern og rettigheter enn garantiene. Det er først og fremst i land med et lite utbygd forbrukervern at garantier generelt sett har stor selvstendig betydning. Selvsagt betyr ikke dette at garantier som gis i Norge aldri har en selvstendig betydning. Jeg tror likevel at man ikke bør overdrive garantiens reelle betydning for forbrukeren i Norge i dag. Det er etter mitt syn mer en regel enn unntaket at forbrukere som har kjøpt en vare som det skjer noe feil med, vil være best tjent med først å se hvilke rettigheter hun kan gjøre gjeldende etter forbrukerkjøpsloven, for eventuelt dernest å sjekke om garantien gir deg noe mer i tillegg – og ikke omvendt. Et praktisk eksempel på dette er nedenfor omtalt under typetilfelle b.

Garantier gis gjerne av næringsdrivende fordi det virker salgsfremmende. Den salgsfremmende effekten eksisterer nok i en viss utstrekning uavhengig av hva det nærmere innholdet i garantien innebærer. Dette er fordi det nok er få forbrukere som setter seg inn i garantivilkårene før det skjer noe galt med produktet. Først da oppdager man dermed ofte at garantien langt på vei i realiteten er en ansvarsbegrensning eller forsøk på dette.

Min erfaring er at mange næringsdrivende i dag opererer med garantier som bare på marginalt vis gir rettigheter i tillegg til forbrukerkjøpsloven, samtidig som rettighetene gjerne begrenses på andre områder. Et typisk eksempel på dette er den utstrakte bruken av såkalte bevisbyrdegarantier som utvider selgerens bevisbyrde for at en mangel forelå ved risikoen overgang ut over de obligatoriske seks månedene, jf. f.kjl. §18, annet ledd. I disse tilfel-

lene er således mangelsbeføyelsene etter garantien ofte både færre og dårligere enn det forbrukerkjøpsloven foreskriver.

Dette gjør at forbrukere ofte kommer dårligere ut ved å benytte seg av garantien enn om hun eller han utelukkende hadde forholdt seg til forbrukerkjøpsloven. Dette gjelder særlig elektriske produkter og andre produkter som bygger på teknologi. I disse tilfellene vil den jevne forbruker svært sjelden være i stand til selv å finne årsaken til at produktet ikke virker. Man vil derfor vanskelig kunne etterprøve selgers/reparatørens konklusjon på hva som er årsak til feilen. Garantier som kun utvider selgerens bevisbyrde, er således ofte av forholdsvis teoretisk karakter, og er for øvrig ikke anerkjent i alle nordiske land. Et praktisk eksempel på dette er nedenfor omtalt under typetilfelle c.

7.2 Tre typetilfeller

En forbruker kjøper mobiltelefon laget av produsenten X som gir ett års garanti på sine mobiltelefoner. Av garantivilkårene går det frem at den eneste utvidelsen av rettigheter i forhold til rettigheter etter forbrukerkjøpsloven, er en utvidelse av bevisbyrden i seks måneder, ellers er rettighetene etter garantien svært begrenset i forhold til de som følger av forbrukerkjøpsloven.

TYPETILFELLE A) Ett år og to måneder etter risikoens overgang slutter mobiltelefonen av ukjente årsaker å virke. Forbrukeren kontakter selger for å klage på mobiltelefonen, men blir møtt med at garantitiden er utløpt. Forbrukeren kjenner ikke til reklamasjonsfristen etter forbrukerkjøpsloven og godtar avslaget.

TYPETILFELLE B) Syv måneder etter risikoens overgang slutter mobiltelefonen av ukjente årsaker å virke. Forbrukeren påberoper seg garantien når han klager på mobiltelefonen til selger, hvorpå selger ber kjøper på egen regning sende mobiltelefonen inn til selgerens reparatør. Reparasjonen tar tre uker uten at forbrukeren får tilbud om erstatningsprodukt i denne perioden. Mobilen blir rettet, men feilen oppstår på nytt etter kort tid. Mobiltelefonen blir sendt inn og forsøkt rettet på nytt, men uten hell. Kunden ønsker å heve kjøpet, men får som svar at selger vil ha ett nytt rettesforsøk. Kjøper ville i denne situasjonen være adskillig bedre hjulpet gjennom forbrukerkjøpsloven, som både ville sikret kjøperen en mulighet til å velge mellom omlevering eller retting, erstatningsprodukt under retteperioden og sannsynligvis også hevingsrett etter andre rettingsforsøk.

TYPETILFELLE C) Etter syv måneder slutter mobiltelefonen av ukjente årsaker å virke. Forbrukeren klager på feilen til selger, som tar

mobiltelefonen inn til reparasjon/sjekk. Konklusjonen her blir at den er utsatt for fukt. På sin side påstår forbrukeren at den kun har vært utsatt for vanlig og forsvarlig bruk og at mobiltelefonen aldri har vært i nærheten av noe vannkilde. Praktisk sett har forbrukeren få muligheter for å overprøve den påståtte årsaken til feilen. Således er en utvidet bevisbyrde svært ofte av liten praktisk betydning for forbrukere.

7.3 Behov for klargjøring av garantibegrepet?

Typetilfellene illustrerer etter mitt syn at garantier kan være egnet til å vilde forbrukeren i forhold til hvilke rettigheter han/hun har.

Etter min mening viser typetilfellene også at bevisbyrdegarantiene, så lenge de ikke innebærer et element av en funksjonsgaranti, i stor grad er en juridisk konstruksjon uten særlig reelt innhold.

Forarbeidene til markedsføringsloven, se Ot.prp. nr. 43 (2001–2002), omtaler bevisbyrdegarantier som en type garantier som vil falle inn under legaldefinisjonen («gis rettigheter i tillegg til de rettighetene han eller hun ellers har») av garantibegrepet i mfl. § 9c. Tilsvarende gjelder for garantier der garantigiveren krever egenandel ved utbedring av produktet. Etter mitt syn er dette ikke i overensstemmelse med definisjonen av garantier som forbrukerkjøpsdirektivet legger opp til. Her defineres uttrykket garanti som: «enhver forpliktelse som en selger eller en produsent har påtatt seg overfor forbrukeren *til uten tilleggskostnader* å tilbakebetale kjøpesummen eller omlevere, utbedre eller på annen måte avhjelpe mangler ved forbruksvaren dersom den ikke svarer til de spesifikasjoner som fremgår av garantierklæringen eller av den relevante reklamen (min utheving).» Med andre ord synes ikke bevisbyrdegarantier og egenandeler å være forenlige med direktivets definisjon av garantier, og jeg synes det er uheldig at departementet ønsker å videreføre denne ordningen, som etter min mening er egnet til både å vanne ut garantibegrepet og representerer en fare for at forbrukere blir villedet med hensyn til sine rettigheter.

I Danmark er det, slik jeg har oppfattet retstilstanden, ikke tillatt med garantier som kun snur bevisbyrden. En slik konstruksjon vil heller ikke privatrettslig bli ansett å være en «garanti». Her stilles det dessuten et vesentlighetskrav, slik at forbrukeren må gis vesentlige tilleggsrettigheter for at det skal kunne kalles en garanti. Det hadde vært positivt om en slik vesentlighetsregel ble innført i Norge, for å sikre at det reelt sett er fordelaktig å kjøpe pro-

dukter som markedsfører seg med at det følger med garantirettigheter.

(...)

Jeg har ovenfor uttrykt mitt syn på bruk av egenandeler ved garantiutbedringer. Følgelig er jeg derfor klar motstander av forslaget om et nytt litra f om egenandeler. Egenandeler ved garantiutbedringer er i dag heldigvis lite brukt (jeg har kun sett dette blitt brukt i bruktbilbransjen) og representerer ennå ikke noe forbrukerproblem. Således er det foreløpig ikke noe legislativt behov for innføring av denne regelen. Jeg er derimot redd for at departementets forslag i seg selv vil føre til at flere næringsdrivende vil begynne å benytte seg av egenandeler, dersom forslaget blir vedtatt. Dette vil igjen kunne lede til at mange kjøpsrettslige mangler som forbrukeren har krav på å få rettet etter forbrukerkjøpsloven, vil bli utbedret som en «garantireparasjon» med påfølgende krav om egenandel. Dette mener jeg er en svært uheldig utvikling. Slike «egenandel-garantier» vil også fort kunne generere tvister med hensyn til omfanget av egenandelen i forhold til de reelle reparasjonskostnadene, samt tvister om hvorvidt en reparasjon er foretatt etter forbrukerkjøpsloven eller med grunnlag i garantien.»

Forbrukerrådet uttaler at det kan være hensiktsmessig å innføre en bestemmelse om egenandeler, men foreslår noen justeringer i ordlyden.

Norges Automobilforbund (NAF) uttaler følgende:

«Gjennom vår praksis ser vi et utall av såkalte garantier hvor fantasien både mht innhold og tolkning, fremstår som velutviklet. Vi ønsker å peke på at bil ofte er det nest dyreste objekt man som forbruker investerer i, og at reglene på området derfor fremstår som viktig.

Det er vårt inntrykk at det når det gjelder bruk av garantier er stor forvirring både blant bilkjøpere (og forbrukere generelt) og næringsdrivende vedrørende dette. Både i forbindelse med ny bil og bruktbil gis det garantier med svært varierende innhold. Etter endringer i markedsføringsloven i 2002 undersøkte NAF høsten 2003 en rekke nybilgarantier og fant dårlig samsvar mellom de krav lovverket setter, og innholdet i garantiene. Etter dette har imidlertid Forbrukerombudet nedlagt et betydelig arbeid og inngått avtaler med bilimportørene (B.I.L.) for å rydde opp i garantivilkårsjungelen, slik at disse nå synes å være i tråd med gjeldende regelverk.

Det gis garantier av kort varighet for eksempel 3–6 mnd, med egenandeler og ofte kombinert med en 50/50 deling av utgifter. Mange garantier opplyser overhodet ikke om

mulige rettigheter etter forbrukerkjøpsloven og kan være sparsomme mht. begrensinger og vilkår for garantien. Garantibegrepet er godt innarbeidet og markedsføres godt, men det reelle innhold og særlig da begrensinger kommer ofte med «svært liten skrift».

Forskjellen mellom reklamasjonsrett etter forbrukerkjøplov og garantier, fremstår som uklart for folk flest. NAF opplever stadig at reklamasjonskrav avvises med den begrunnelse at «garantitiden er ute». Dette til tross for at man etter reklamasjonsreglene i forbrukerkjøpsloven kan ha krav på kostnadsfri utbedring, erstatning for utlegg, krav på lånebil i reparasjonstiden etc.

11.5 Lovfesting av ytterligere krav til garantier.

Når det gjelder bruktbilgarantier, er det mange av disse som ikke tilfredsstiller de krav til garantier som i dag fremkommer av markedsføringslovens § 9 litra d. En rekke garantier gir ikke bilkjøperne tilleggsrettigheter utover det som fremkommer av forbrukerkjøpsloven, og et krav i loven om at man for å benytte ordet garanti måtte gi «vesentlige tilleggsrettigheter» utover det som følger av lovverket, vil kunne rydde opp i dette.

(...)

Samlede og tydelige krav i loven, vil slik NAF ser det, ha en oppdragende effekt både på bransjen og forbrukersiden, – selv om bestemmelsene i markedsføringsloven ikke gir forbrukeren noen individuelle kontraktsrettigheter. I bruktbilbransjen hvor det er en omfattende bruk av til dels «kreative» garantiordninger er det svært varierende kunnskapsnivå. Enkle og kommuniserbare bestemmelser er derfor viktig.

Når det gjelder departementets forslag om ny bestemmelse 9 litra f om egenandeler, ønsker NAF ikke dette innført. Dette fordi vi anser at dette lett vil undergrave forbrukerens rettigheter etter forbrukerkjøpsloven.

I høringsnotatet er det referert til Forbrukerombudets bekymring mht til de rene bevisbyrdegarantiene, forbrukernes mulighet til å imøtegå bransjens påstander om feilbruk ytre påvirkning etc er svært begrenset. NAF deler dette syn.»

13.5.3 Departementets vurderinger

Forbrukerombudet, og til dels også Norges Automobilforbund, peker på en del problemer de har sett i praksis. Hovedbudskapet er at forbrukere kan komme dårligere ut ved å benytte seg av garantier enn ved å holde seg til forbrukerrettighetene etter lovgivningen. Forbrukerombudet gir uttrykk for at man derfor bør snevre inn garantibe-

grepet, slik at bevisbyrdegarantier og egenandeler ikke tillates, samt at man stiller krav om at forbrukeren må gis «vesentlige» tilleggsrettigheter for at det skal kunne kalles garanti.

Til dette vil departementet påpeke at opplysningsplikten i gjeldende § 9 d, særlig bokstrav b, d og e, nettopp skal forhindre at forbrukere kommer dårligere ut ved å benytte seg av en garanti enn ved å holde seg til lovgivningen. Det skal således tydelig opplyses i garantivilkårene at forbrukerne har rettigheter etter for eksempel forbrukerkjøpsloven i tillegg til garantien, og om reklamasjonsfrister som er lengre enn garantitiden. Garantier kan ikke begrense forbrukernes rettigheter. Det følger allerede av at de fleste forbrukervernlover ikke kan fravikes til forbrukernes ugunst. Det kan imidlertid være at forbrukere villedes fordi gjeldende regelverk ikke etterleves, evt. at forbrukerne ikke leser garantivilkårene. Departementet ser på denne bakgrunn at håndheving og informasjonsvirksomhet vil være vel så viktige virkemidler for å gjøre noe med problemene det vises til, som endringer i regelverket.

Markedsføringslovens garantibegrep, som foreslås definert i ny § 5 bokstav e, er videre enn forbrukerkjøpsdirektivets garantidefinisjon som er referert i punkt 13.2.1 ovenfor. Forbrukerombudet anfører at bevisbyrdegarantier og egenandeler ikke synes å være forenlig med direktivets definisjon. Til dette vil departementet påpeke at formkravene til garantier i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 nr. 2 til 4 ikke er utformet som noe forbud. Siden forbrukerkjøpsdirektivet bygger på minimumsharmonisering, kan departementet ikke se at det skulle være noe i veien for at man stiller samme formkrav til andre «garantier» enn de som kommer inn under garantidefinisjonen i forbrukerkjøpsdirektivet.

På den annen side kan garantidefinisjonen i markedsføringsloven ikke gjøres snevrere enn den som følger av forbrukerkjøpsdirektivet, da informasjonskravene i markedsføringsloven i så fall ikke vil dekke forpliktelsene i direktivet. Garantidefinisjonen i forbrukerkjøpsdirektivet inneholder ikke noe krav om «vesentlige» tilleggsrettigheter. Slik departementet ser det, er det allerede av denne grunn ikke anledning til å innføre et vesentlighetskrav som Forbrukerombudet og NAF foreslår.

Videre er departementet enig med Justisdepartementet i at direktivet om urimelig handelspraksis ikke åpner for å innføre et slikt generelt vesentlighetskriterium, da det etter direktivets system beror på en konkret vurdering hvorvidt garantiut-sagn skal anses som urimelig handelspraksis. Det

samme gjelder etter departementets syn generelle forbud mot bevisbyrdegarantier og garantier med egenandeler.

Departementet foreslo i høringsnotatet å tilføye en ny bokstav f med informasjonskrav for garantier med egenandeler. Departementet har merket seg at både Forbrukerombudet og NAF mener en slik bestemmelse kan undergrave forbrukernes rettigheter. Videre anfører Justisdepar-

tementet at det kan være i strid med direktivet om urimelig handelspraksis å innføre nye opplysningskrav. På denne bakgrunn foreslår departementet ikke en ny regel om opplysningsplikt om garantier med egenandel.

Departementet foreslår etter dette at dagens § 9 d videreføres uforandret i ny § 23. Det vises til de spesielle merknadene til bestemmelsen.

14 Beskyttelse av næringsdrivendes interesser

14.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven beskytter i dag både næringsdrivende og forbrukere mot konsekvensene av urimelige handlinger «foretatt i næringsvirksomhet».

Markedsføringsloven § 1 første ledd, første del, forbyr handlinger i strid med «god forretningsskikk næringsdrivende imellom». Forarbeider finnes bl.a. i Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72). Denne delen av generalklausulen får anvendelse på handlinger foretatt i næringsvirksomhet med virkning for andre næringsdrivendes interesser. Begrepet «god forretningsskikk» er brukt i flere andre lover, deriblant avtaleloven § 36. Begrepet refererer seg til vanlig oppfatning av forretningsskikk i vedkommende bransje eller område. Grunnlaget for vurderingen er oppfatningen hos den jevne, fornuftige næringsdrivende. Domstolene må selv foreta en rimelighetsvurdering av den forretningspraksis som påberopes, og er ikke bundet av hva som anses akseptabelt av bransjen.

I 1997 ble henvisning til «god markedsføringskikk» tatt inn i den siste delen av markedsføringsloven § 1 første ledd. Bakgrunnen var at man ønsket en uttrykkelig hjemmel for å gripe inn mot uetisk markedsføring. Bestemmelsen er ment å gjelde også til beskyttelse av næringsdrivende, jf. NOU 1995:2 på side 12.

Flere av markedsføringslovens spesialbestemmelser regulerer handlinger foretatt i næringsvirksomhet med virkning både for forbrukere og for andre næringsdrivende. Det gjelder bl.a. markedsføringsloven § 2 første og fjerde ledd om villedende forretningsmetoder og § 3 første ledd om utilstrekkelig veiledning. Også forbudene i markedsføringsloven § 2 a mot krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale mv. gjelder i næringsforhold.

Markedsføringslovens §§ 7, 8 og 8 a om hhv. bedriftshemmeligheter, tekniske hjelpemidler og etterlikning av andres produkt regulerer utelukkende forhold næringsdrivende imellom.

Markedsføringsloven § 2 b stiller krav om forhåndssamtykke ved direktemarkedsføring til

«fysiske personer» ved hjelp av for eksempel sms, e-post, telefaks og automatiserte oppringninger. Juridiske personer, som for eksempel selskap, organisasjoner, og stiftelser, omfattes ikke av kravet til forhåndssamtykke.

Markedsrådet og Forbrukerombudets virkefelt er begrenset til saker hvor forbrukerhensynene er til stede. Disse organene håndhever ikke overtredelser av markedsføringsloven som utelukkende rammer andre næringsdrivende. De næringsdrivende kan etter omstendighetene bringe saker inn for domstolene eller for Næringslivets Konkurransutvalg, som er opprettet av de sentrale næringsorganisasjonene og uttaler seg i tvister mellom næringsdrivende om anvendelsen av bestemmelsene i markedsføringsloven.

14.2 Direktivet om urimelig handelspraksis og høringsnotatet

Direktivet om urimelig handelspraksis gjelder urimelige handlinger overfor forbrukerne. I høringsnotatet ble det derfor avgrenset mot en revisjon av bestemmelsene om illojale konkurransehandlinger mellom næringsdrivende. På grunn av at markedsføringsloven i sin helhet omskrives som følge av at forbrukerreglene totalharmoniseres, ble det foreslått å splitte reglene og videreføre bestemmelser som beskytter næringsdrivendes interesser samlet, i et eget kapittel. Det ble ikke foreslått materielle endringer i reglene.

14.3 Høringsinstansenes syn

De høringsinstanser som har uttalt seg, er generelt positive til forslaget om å skille ut bestemmelser som beskytter næringsdrivendes interesser i den nye loven.

Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Advokatforeningen og Norges Automobilforbund mener primært man bør gå lenger og skille ut bestemmelsene i en egen lov, slik at den nye markedsføringsloven blir en ren forbrukerlov.

Forbrukerombudet viser til at dette vil skape en mer helhetlig og oversiktlig markedsføringslov

og gi større sammenheng mellom materielle bestemmelser og bestemmelser om håndheving. En ren forbrukerlov vil også være i tråd med moderne lovgivning på andre områder. Også *Advokatforeningen* viser til at loven vil bli mer brukervennlig, og til at de særlige hensyn ved markedsføring næringsdrivende imellom vil kunne reguleres bedre, enklere og mer tilgjengelig i en egen lov.

Høringsinstansene tar for øvrig opp spørsmål av ulik art:

NHO mener det må klargjøres at forslaget om å videreføre bestemmelsen om «skjult markedsføring», jf. markedsføringsloven § 1 fjerde ledd, også vil gjelde markedsføring overfor annen næringsdrivende. *NHO* viser til at:

«Det er et stadig problem at næringsdrivende mottar fakturaer eller noe som til forveksling ser ut som fakturaer. I den feilaktige tro at de allerede har inngått en avtale, er det mange som betaler. Dette er en av metodene såkalte kataloghaier eller fakturafabriker benytter seg av. Behovet for å sikre næringsdrivende mot skjult markedsføring er altså også til stede.

NORDMA viser til forslag i lovtekst vedlagt høringsnotatet om å la krav til forhåndssamtykke for e-post, sms mv., jf. markedsføringsloven § 2 b gjelde så langt den passer i forhold næringsdrivende imellom og ber om en avklaring på at virkeområdet til bestemmelsen ikke er tenkt utvidet til juridiske personer.

Eniro Norge tar for øvrig opp at også næringsdrivende bør få hjelp hos forbrukermyndighetene, og viser til at så lenge forbrukermyndighetene forvalter en lov som også regulerer forhold næringsdrivende imellom, bør næringsdrivende kunne få hjelp. De viser til at næringslivet i all hovedsak består av små og mellomstore bedrifter som har mer til felles med en forbruker enn med en stor bedrift. Det bør tilrettelegges bedre for denne gruppen når man reviderer loven.

Noen instanser tar opp problemstillinger knyttet til markedsføringslovens bestemmelser av immaterialrettslig karakter. *Advokatforeningen* viser til at det lenge har vært et problem for rettighetshavere til immaterialrettigheter at det erstatningsrettslige vernet for krenkelser er ineffektivt. *Advokatforeningen* uttaler bl.a. at:

«Dette gjelder særlig § 7 om bedriftshemmeligheter, § 8 om tekniske hjelpemidler, § 8 a om produktetterligning og etter omstendighetene også § 1, generalklausulen. *Advokatforeningen* mener det er et klart behov for effektivisering av det erstatningsrettslige vernet for disse rettighetene, men antar at hovedansvaret for utar-

beidelse av slike regler vil ligge i Justisdepartementet eller Nærings- og handelsdepartementet, og vil derfor fremsette et forslag om en effektivisering av det erstatningsrettslige vernet overfor disse.»

Kreativt Forum mener overskriften i lovforslaget § 5–7 «Etterligning av annens produkt» bør endres. *Kreativt Forum* viser til at:

«Bestemmelsen omfatter langt mer enn produkt, eksempelvis pakningsdesign, logo, reklame, alt som kan føre med seg fare for foreveksling. Det vil være nærliggende å benytte denne anledningen til å innføre en ny og mer korrekt overskrift som enten bare: «Etterligning» eller «Etterligning av andres frembringelser».

14.4 Departementets vurdering

Departementet går inn for å videreføre dagens regler til beskyttelse av næringsdrivendes interesser i lovforslaget. Som følge av at loven i sin helhet omskrives, foreslås reglene skilt ut og samlet i et eget kapittel, se lovforslagets kapittel 6.

I høringsnotatet var det avgrenset mot bestemmelsene til beskyttelse av næringsdrivende og endringer i bestemmelsene er ikke utredet nærmere. De videreføres uendret og departementet går i denne omgang ikke inn for å skille dem ut i en egen lov. Dette er noe man eventuelt må komme tilbake til på et senere stadium, i samråd med berørte fagdepartement.

NHO ber om avklaring på at plikten i markedsføringsloven til å utforme og presentere all markedsføring på en slik måte at den tydelig fremstår som markedsføring, videreføres i næringsforhold, og viser i den sammenheng til problemer med såkalte «kataloghaier». Departementet går inn for å videreføre plikten også i næringsforhold jf. lovforslagets § 3 om presentasjon og dokumentasjon av markedsføring. Se omtale i punkt 4.2. For øvrig viser departementet til at de særskilte forbudene mot å kreve betaling for, eller levere varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale, fortsatt vil gjelde også til beskyttelse av næringsdrivende, se lovforslaget § 11 og merknadene til bestemmelsen.

NORDMA spør om virkeområdet for kravet om forhåndssamtykke for e-postmarkedsføring mv. i gjeldende markedsføringslov § 2 b vil bli utvidet til også å omfatte «juridiske» personer. Kravet til forhåndssamtykke gjelder i dag «fysiske» personer, herunder næringsdrivende fysiske personer, se omtale i Ot.prp. nr. 92 (2003–2004). Departemen-

tet har ikke til hensikt å utvide virkeområdet til å omfatte «juridiske» personer.

Stortinget stilte for øvrig i januar 2008 spørsmål om det vil bli tatt initiativ til å endre gjeldende markedsføringslov § 2 c, slik at også bedrifter kan reservere seg mot uadressert reklame (spørsmål til skriftlig besvarelse fra stortingsrepresentant

Trine Skei Grande). I svar til Stortinget av 21. januar 2008 opplyste departementet at det i etterkant av arbeidet med ny lov vil ta opp med Nærings- og handelsdepartementet om det er behov for å utrede nærmere om også juridiske personer, herunder bedrifter, bør få mulighet til å reservere seg mot slik reklame.

15 Håndheving

15.1 Håndhevingsapparat

15.1.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven håndheves av Forbrukerombudet og Markedsrådet. Både Forbrukerombudet og Markedsrådet hører administrativt inn under Barne- og likestillingsdepartementet, men kan ikke instrueres politisk når det gjelder faglige vurderinger. Slikt sett er de å anse som frittstående forvaltningsorganer. Virksomheten til Forbrukerombudet og Markedsrådet reguleres i markedsføringsloven kapittel III og forskrift 12. desember 1972 nr. 22 om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet.

Forbrukerombudet oppnevnes på åremål i statsråd og har en stab på ca. 30 medarbeidere. Ombudet fører det daglige tilsynet med at markedsføringsloven etterleves av de næringsdrivende.

Markedsrådet er et domstolliknende forvaltningsorgan som vanligvis trer sammen seks til åtte ganger i året. Rådet er bredt sammensatt og består av ni medlemmer som oppnevnes av Kongen. Markedsrådet har den primære kompetansen til å sanksjonere brudd på markedsføringsloven og er ellers Forbrukerombudets faglige overinstans. De aller fleste sakene løses gjennom dialog mellom Forbrukerombudet og de næringsdrivende. Markedsrådet behandler kun et lite mindretall av de saker Forbrukerombudet tar opp. Forbrukerombudet behandler ca. 3500 saker årlig, mens Markedsrådet i 2006 behandlet 17 saker. Markedsrådets vedtak kan ikke påklages administrativt, men kan prøves av domstolene.

Forbrukerombudets og Markedsrådets håndheving av loven skjer ut fra hensynet til forbrukerne. Håndhevingen av forbudet mot kjønnsdiskriminerende reklame, jf. § 1 annet ledd, skjer likevel ut fra hensynet til likestilling mellom kjønnene. Forbrukerombudet er også spesielt tillagt å føre tilsyn med at enkelte andre regelverk overholdes. Det gjelder bl.a. kredittkjøpsloven og deler av kringkastingsregelverket. Videre er det såkalte lovstridsprinsippet utviklet i praksis, jf. omtalen i punkt 3.3.1 og spesialmerknadene til lovforslaget § 34 første ledd. Lovstridsprinsippet innebærer at

Forbrukerombudet med hjemmel i markedsføringsloven kan gripe inn mot brudd på spesiallovgivning som beskytter forbrukerne. Enkelte bestemmelser i markedsføringsloven gjelder kun beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Forbrukerombudet og Markedsrådet har ikke kompetanse til å behandle saker som kun berører interessene til næringsdrivende.

De fleste forbudene i markedsføringsloven kan også sanksjoneres med straff. Straffesaker håndteres av politi og påtalemyndighet. Muligheten til å straffeforfølge brudd på markedsføringsloven er lite brukt. Det vises til punkt 16.1.1 nedenfor.

Næringslivet har dessuten opprettet et eget tvisteløsningsorgan, Næringslivets Konkurranssutvalg. Dette organet behandler tvister næringsdrivende imellom på markedsrettens område. Avgjørelsene til Konkurransutvalget er kun rådgi-vende.

15.1.2 Rettstilstanden i andre nordiske land

Felles for alle de nordiske landene er at man har organer tilsvarende Forbrukerombudet til å føre tilsyn med at markedsføringslovgivningens regler overholdes av de næringsdrivende. Felles for Danmark, Sverige, Finland og Norge er også at tilsynet bygger på en forhandlingsmodell, hvor ombudene søker å løse sakene gjennom en dialog med innklagede. På Island synes Forbrukermyndigheten å ha en mer rendyrket tilsynsrolle. Ellers er det ulikheter når det gjelder hvem som håndhever lovene ved siden av tilsynsorganene.

I *Danmark* ligger kompetansen til å forby handlinger i strid med loven hos domstolene (i praksis Sør- og Handelsretten i København), jf. den danske markedsføringsloven §§ 20 og 21. Forbrukerombudsmanden kan fatte foreløpig forbudsvedtak, jf. § 29. Vilkårene for dette er at det «...er øjensynlig fare for, at formålet med et forbud (...) vil forspildes, hvis rettens afgørelse skal afventes.». Det foreløpige forbudet må så stadfestes av domstolene.

I *Island* fører Forbrukermyndigheten tilsyn med loven om urettmessig markedsføring og markedets gjennomsiktighet (lov nr. 57 av 20. mai 2005) og har også alminnelig kompetanse til å fatte vedtak som førsteinstans. Handelsministeren

utnevner en ankenemnd for forbrukersaker, som er klageorgan for forvaltningsavgjørelsene til Forbrugermyndigheten, jf. lov nr. 62 av 20. mai 2005 om Forbrugermyndigheten og forbrugertalsmannen § 4. Forbrugermyndighetens avgjørelser kan ikke bringes inn for domstolene før nemndas avgjørelse foreligger.

I *Finland* kan Marknadsdomstolen fatte forbudsvedtak mot markedsføring. Domstolen kan også fatte midlertidige forbudsvedtak, jf. §§ 7 og 8 i konsumentskyddslagen kapittel 2 om regulering av markedsføring. Konsumentombudsmannen kan fatte forbudsvedtak i saker «som inte har avsevärd betydelse för tillämpning av lag eller i övrigt», jf. § 8 annet ledd og § 6 i loven om konsumentverket. Midlertidige forbud kan fattes av Konsumentombudsmannen «om det på grund av ärendets omfattning eller förfarandets snabba verkan eller av något annat särskilt skäl är nödvändigt att i brådskande ordning hindra ett förfarande som avses i 1 mom» (hindre lovbrudd). Konsumentombudsmannens midlertidige forbud må bringes inn til Marknadsdomstolen innen en frist på tre dager.

I *Sverige* er det domstolene som har den primære kompetansen til å fatte vedtak mot brudd på loven. Konsumentombudsmannen har kompetanse til å «meddela föreläggande» i saker som «inte är av större vikt» jf. markedsføringslagen 21 §. I andre saker ligger denne kompetansen til Marknadsdomstolen. I tilfelle hvor det legges ned påstand om «marknadsstörningsavgift» eller erstatning, må sak anlegges ved Stockholms Tingrett, jf. 38 §. Det finnes også mulighet for å legge ned midlertidige (interimistiska) forbud. Denne kompetansen er tillagt domstolene (Marknadsdomstolen/Tingretten), jf. 20 §.

I punkt 15.9.4 nedenfor gis en oversikt over sanksjonssystemene i de andre nordiske landene.

15.1.3 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo departementet å videreføre Forbrukerombudet og Markedsrådet som håndhevingsorganer. Ingen høringsinstanser har kommet med innvendinger til dette.

15.1.4 Departementets vurderinger

Forbrukerombudet og Markedsrådet er godt etablerte organer med lang erfaring og særlig kompetanse på å håndheve markedsføringsloven. I Norge opprettes det ikke særdomstoler utenom det ordinære domstolssystemet, med mindre det foreligger svært tungtveiende grunner. Idet man allerede

har en fungerende ordning, ser departementet ikke grunn til å opprette en særskilt markedsdomstol, slik man har i Finland og Sverige. Departementet ser det heller ikke som hensiktsmessig å gi de alminnelige domstolene en større rolle i å håndheve markedsføringsloven. Dette vil kunne forsinke håndhevingsprosessen og legge en ytterligere belastning på domstolsapparatet. Man oppretter Markedsrådet bl.a. nettopp for å få til en mer effektiv håndheving enn gjennom ordinær domstolsprosess. Departementet er derfor blitt stående ved at dagens håndhevingsapparat bør opprettholdes.

15.2 Generelt om vedtakskompetanse

15.2.1 Gjeldende rett

Dagens ordning bygger på at Forbrukerombudet har primært tilsynsansvar og skal gjennom informasjon, dialog og forhandlinger søke å få de næringsdrivende til å innrette seg etter lovens regler (forhandlingsmodellen). Dersom det ikke lykkes å komme til en frivillig ordning, kan Forbrukerombudet bringe saken inn for Markedsrådet til avgjørelse.

Markedsrådet har den primære kompetansen til å fatte forbudsvedtak mot ulovlig markedsføring og urimelige avtalevilkår. I to unntakstilfeller kan Forbrukerombudet fatte forbudsvedtak selv, nemlig dersom det ikke oppnås frivillig ordning og Forbrukerombudet antar at det vil medføre skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak («hastesaker»), samt hvis Markedsrådet tidligere har truffet forbudsvedtak i en tilsvarende sak. Vedtak truffet av Forbrukerombudet kan påklages til Markedsrådet.

15.2.2 EØS-rettslige krav til vedtakskompetanse

Artikkel 11 i direktivet om urimelig handelspraksis 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. Det fremgår videre av bestemmelsen at virkemidlene for å kunne gripe inn mot urimelig handelspraksis skal omfatte en rettslig adgang for forbrukere eller næringsdrivende til å kunne bringe en sak om urimelig handelspraksis inn for domstolene og/eller en administrativ myndighet til vurdering. Dersom man velger å legge kompetansen til en administrativ myndighet, må denne være kompetent til å treffe

avgjørelse om klagen eller innlede rettsforfølging. Medlemslandene kan selv bestemme om domstolene eller den administrative myndighet skal ha mulighet til å kreve saken forelagt for en annen eksisterende klageinstans før de tar stilling til den. Rettsmidlene skal stå til rådighet uavhengig av om de forbrukere som berøres av den lovstridige handlingen befinner seg i samme landet som der den næringsdrivende som utfører handlingen er etablert, eller om de befinner seg i en annen medlemsstat.

Medlemsstatene avgjør selv om rettsmidlene skal kunne rettes særskilt mot hver enkelt næringsdrivende, samlet mot flere næringsdrivende innen samme næringssektor eller mot de som har utarbeidet en bransjenorm. Forutsetningen er at denne bransjenormen er utformet i strid med direktivet.

Videre skal medlemslandene gi domstolene eller de administrative myndigheter hjemmel til å kunne påby at urimelig handelspraksis opphører eller forby praksis som ennå ikke er iverksatt. Dette skal gjelde selv om det ikke er ført bevis for at det er lidt tap eller skade, eller at det er tale om forsett eller uaktsomhet fra den næringsdrivendes side.

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. Medlemsstatene velger selv hvorvidt avgjørelser fattet med hjemmel i den fremskyndede fremgangsmåten skal ha foreløpig eller endelig virkning.

Videre kan medlemsstatene, for å forsøke å fjerne virkningene av en urimelig handelspraksis som er påbudt innstilt ved endelig avgjørelse, tillegge domstolene eller de administrative myndigheter hjemmel til å kreve avgjørelsen publisert. Avgjørelsen skal publiseres enten i sin helhet eller i utdrag, og i en form som domstolene eller myndighetene finner passende. Domstolen eller den administrative myndighet vil også kunne kreve publisering av en korrigerende uttalelse.

Medlemslandene avgjør selv om de vil legge myndigheten til å kunne gripe inn mot urimelig handelspraksis til domstolene eller til forvaltningen. Legges myndigheten til forvaltningen, skal organene være sammensatt på en måte som gjør at deres upartiskhet ikke kan trekkes i tvil. Organene skal i alminnelighet begrunne sine avgjørelser, og ha myndighet som gjør det mulig for dem å effektivt overvåke og håndheve at avgjørelsene deres overholdes.

Når forvaltningen er tillagt myndighet til å påby opphør av eller forby urimelig handelspraksis, skal avgjørelser om dette alltid begrunnes. Dessuten skal det fastlegges en prosedyre som sikrer at enhver urettmessig eller utilbørlig utøvelse eller unnlattelse av å utøve myndighet fra forvaltningens side skal kunne prøves rettslig.

Direktivet om villedende reklame (direktiv 84/450/EØF med senere endringer), som nå erstattes av direktivet om urimelig handelspraksis i forbrukerforhold, har samme bestemmelser om håndheving.

15.2.3 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet la departementet til grunn at dagens system med vedtakskompetanse lagt til forvaltningen ved Forbrukerombudet og Markedsrådet oppfyller kravene i direktivet. Ingen *høringsinstanser* har kommet med innvendinger til dette.

Departementet bad videre om synspunkter på om det bør komme klarere til uttrykk i lovens ordlyd at vedtak også kan rettes mot organer som har utarbeidet bransjenormer.

ANFO uttaler til dette:

«I forhold til hvorvidt vedtak også skal kunne rettes mot organer som har utarbeidet bransjenormer mener ANFO at dagens ordning med medvirkeransvar vil være tilstrekkelig. En konkret presisering av dette slik Departementet foreslår vil kunne medføre risiko for at bransjene er mer tilbakeholdne med å utarbeide bransjenormer i frykt for ansvar. Det vil være uheldig siden denne type normer bør være ønskelige.»

Den norske advokatforening har følgende kommentarer:

«Advokatforeningen vil ikke anbefale at det i loven inntas en uttrykkelig bestemmelse om at vedtak også kan rettes mot organer som har utarbeidet bransjenormer som strider mot lovverket.

Det legges til grunn at loven fortsatt vil inneholde en bestemmelse om medvirkningsansvar jfr. utkastets § 12–1, siste ledd, og lovteknisk anses det ikke ønskelig å foreta noen form for presisering av hvem som kan tenkes å bli rammet av et medvirkningsansvar. Dette må avgjøres konkret i den enkelte sak, og så lenge lovforarbeidene inneholder uttalelser om at bransjeorganer kan rammes av bestemmelsene antas dette tilstrekkelig for å oppnå formålet.»

Forbrukerombudet uttaler:

«Departementet stiller under punkt 14.2.3.4 spørsmål om det bør komme klarere til uttrykk i lovens ordlyd at vedtak også kan rettes mot organer som har utarbeidet bransjenormer.

Forbrukerombudet og Markedsrådet har tidligere fattet vedtak mot bransjeorganer, uten at man har hatt noen direkte presisering av dette i loven. På den ene side kunne det medført større forutberegnlighet for bransjeorganer dersom man hadde hatt en direkte henvisning til dette i teksten. På den annen side har man her å gjøre med profesjonelle parter som må antas å ha de nødvendige forutsetninger for å kunne sette seg inn i hvor grensene for medvirkeransvaret går uten at dette er direkte uttrykt i lovteksten. En presisering i forarbeidene av at også bransjeorganer kan holdes ansvarlige for overtredelse av markedsføringsloven, er derfor etter mitt syn tilstrekkelig.»

15.2.4 Departementets vurderinger

Departementet legger til grunn at håndheving lagt til Forbrukerombudet og Markedsrådet er i overensstemmelse med kravene i direktivet om urimeelig handelspraksis. Markedsføringslovens sanksjonssystem er tidligere ansett å oppfylle kravene i direktivet om villedende reklame, som har samme bestemmelser om håndheving.

Forbrukerombudet og Markedsrådet har fattet vedtak mot bransjeorganer som har stått for utforming av bransjenormer som bryter med lovens krav, men vedtakene får ikke direkte virkning for den enkelte næringsdrivende. Da må det i så fall et nytt vedtak til.

Slik loven har vært utformet, har man også hatt bestemmelser om medvirkningsansvar. Dette foreslås videreført, jf. forslag til § 39 tredje ledd. Departementet finner det tilstrekkelig å presisere at det med hjemmel i denne bestemmelsen kan fattes vedtak mot bransjeorganer som medvirker til overtredelse av markedsføringsloven gjennom å ha utarbeidet bransjenormer som strider mot lovverket. Det vises til de spesielle merknadene til § 39 tredje ledd.

15.3 Spørsmål om fordeling av vedtakskompetanse

15.3.1 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet ble det til høringsinstansenes overveielse foreslått to alternativer når det gjelder fordeling av vedtakskompetanse. Det ene alternativet var å endre på vedtakskompetansen, slik at For-

brukerombudet regulært kan fatte forbudsvedtak som førsteinstans, med Markedsrådet som klageinstans for Forbrukerombudets avgjørelser. Alternativet i høringsnotatet var å beholde dagens ordning ved at Markedsrådet fortsatt skal ha den primære vedtakskompetansen og at Forbrukerombudets vedtakskompetanse er avledet og begrenset til unntakstilfeller. Departementet understreket at uansett alternativ bør utgangspunktet være at Forbrukerombudet skal forsøke å komme frem til frivillige ordninger.

Hovedvekten av *høringsinstansene* som har uttalt seg om dette ønsker å videreføre dagens ordning. Dette gjelder: *Den norske advokatforening, Sparebankforeningen, Finansnæringens Hovedorganisasjon, Kreativt Forum, ANFO, Abelia, Eniro Norge AS, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), NORDMA, Telenor, De norske Bokklubbene, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Nærings- og handelsdepartementet.* Videre er *Markedsrådet* skeptisk til å snu om på vedtakskompetansen.

Det som går igjen i disse høringsuttalelsene er at dagens ordning fungerer godt. Flere peker på at ombudsrollen til Forbrukerombudet vanskelig lar seg forene med primær vedtakskompetanse: Siden Forbrukerombudet har en pådriverrolle i forbrukerspørsmål, er det en fare for at ombudet kan bli noe ensidig i sine vurderinger. Det kan også være en fare for at ombudet vil bruke færre ressurser på å komme til frivillige ordninger dersom ombudet får full vedtakskompetanse. Det faktum at Markedsrådet er et bredt sammensatt organ som anses som mer nøytralt, bidrar til å ivareta rettsikkerheten og gi vedtakene legitimitet. Dette tilsier at Markedsrådet er bedre egnet til å ha den primære vedtakskompetansen.

Følgende høringsinstanser er positive til at Forbrukerombudet skal ha primær vedtakskompetanse og at Markedsrådet blir klageinstans: *Justisdepartementet, Coop Norge AS, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Forbrukerombudet, Norges Automobilforbund og Forbrukerrådet.*

Disse høringsinstansene fremhever gjennomgående hensynet til effektiv håndheving. Siden markedsføringsloven trådte i kraft for 35 år siden har det skjedd en omfattende utvikling når det gjelder markeder og markedsføring, som gjør at det er større behov nå enn før for å føre et aktivt tilsyn med at loven etterlevs. I den forbindelse vil det være en fordel at organet som fører det daglige tilsynet med loven også regulært kan sanksjonere lovbrudd. Det tar tid for Forbrukerombudet å bringe en sak inn for Markedsrådet og det kan være uenighet om det er en «hastesak» eller ikke.

Man vil få muligheten til toinstansbehandling av alle saker, noe som kan sies å øke rettssikkerheten. Verken Forbrukerombudet eller Forbrukerrådet ser grunn til å tvile på at Forbrukerombudet vil fatte balanserte vedtak innenfor gjeldende rett, selv om ombudets rolle også er å ivareta forbrukernes interesser. Uansett vil Markedsrådet som klageinstans kunne rette opp eventuelle ubalanserte vedtak fra Forbrukerombudet.

15.3.2 Departementets vurderinger

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, jf. punkt 15.7 nedenfor.

15.4 Rekkevidden til vedtak og frivillige ordninger

15.4.1 Problemstilling

Forbrukerombudet reiser følgende problemstilling i sin høringsuttalelse:

«Et spørsmål det har vært betydelig debatt og prosess rundt i forbindelse med behandlingen av saker for Markedsrådet, er hvor vide formuleringer som kan benyttes i vedtakene som fattes. Det foreligger langvarig praksis fra Markedsrådet for at et vedtak ikke bare kan fattes mot helt konkrete markedsføringskampanjer eller avtalevilkår, men også omfatte tilsvarende markedsføring og vilkår. En slik praksis innebærer at man kan sanksjonere mot nye lovbrudd i tilfelle hvor næringsdrivende har endret litt på markedsføringen eller vilkårene sine, men fortsatt bryter med den samme prak-

sisen eller prinsippet som vedtaket eksemplifiserer.

Senere avgjørelser fra Markedsrådet synes imidlertid å ha lagt en noe snevrere forståelse til grunn på dette punkt, og da først og fremst ved at det legges avgjørende vekt på hvilket medium markedsføringen er fremkommet i.

Et illustrerende eksempel har vi i Markedsrådets avgjørelse i sak 09/06 (Telio). Her opphevet rådet Forbrukerombudets vedtak med den begrunnelse at den lovstridige markedsføringskampanjen som utløste ombudets beslutning om å fatte vedtak skjedde i et annen markedsføringskanal enn de tidligere kampanjene som Forbrukerombudet hadde diskutert med Telio. Selv om det dreide seg om det samme rettslige prinsippet, nemlig kravet om å oppgi samtlige kostnader forbundet med et tilbud på en klar og tydelig måte i markedsføringen, kunne ikke brudd på dette prinsippet gi Forbrukerombudet rett til å fatte vedtak så lenge ombudet og Telio ikke hadde diskutert hvordan markedsføringen konkret skulle utformes i hver enkelt markedsføringskanal.

Et annet eksempel er MR-sak 21/05 (Telebutikken), hvor Markedsrådet innsnevret Forbrukerombudets opprinnelige vedtak fra å gjelde forbud mot å unnlate å opplyse om totalpris på en tydelig nok måte i markedsføringen sin generelt, til å gjelde bare markedsføring på såkalte superboards.

I henhold til nåværende § 12 i mfl, kan Markedsrådet og Forbrukerombudet forby en «handling» som strider mot lovens bestemmelser. I forarbeidene til loven er det imidlertid ikke sagt noe nærmere om hvordan begrepet «handling» skal forstås. Med bakgrunn i usikkerheten som har kommet til uttrykk rundt spørsmålet, hadde det vært ønskelig med en avklaring.

Jeg vil i denne forbindelse argumentere for at uttrykket «handling» må tolkes på en videre måte enn det Markedsrådet har lagt til grunn i nevnte avgjørelser. Resultatet av Markedsrådets snevre tolking er at en næringsdrivende som har blitt forbudt å drive markedsføring på superboards uten å opplyse om totalpris, neste dag kan iverksette en TV-kampanje som er akkurat like lovstridig uten at dette er i strid med vedtaket. Dette medfører at vedtak som fattes av rådet eller ombudet potensielt blir svært lite effektive.

Dette kan ikke være en ønskelig situasjon i forhold til verken tilsynet som skal føres med markedsføring eller av hensyn til de øvrige aktørene i markedet som firmaer det fattes vedtak mot opererer i. Jeg ber derfor om at det presiseres i forarbeidene til den nye markedsføringsloven at uttrykket «handling», i tillegg

til å omfatte konkrete markedsføringstiltak eller avtalevilkår, også kan omfatte tilsvarende praksis den næringsdrivende følger og som bryter med prinsippet som er eksemplifisert i vedtaket.

I slike tilfelle må det være mulig å fatte et vedtak hvor det tas utgangspunkt i den eller de konkrete handlingene den næringsdrivende har utført som er i strid med loven, men hvor vedtaket utformes på en slik måte at det omfatter den generelle praksisen som er i strid med loven. Dette kan for eksempel gjøres ved at man i vedtaket først forbyr den lovstridige handlingen, for eksempel annonsering uten totalpris på superboards, og i tillegg benytter formuleringer som «og på tilsvarende måte forbys den næringsdrivende i øvrig annonsering å unnlate å opplyse om totalpris».

(...) Forarbeidene til markedsføringsloven sier ikke så mye om hva som ligger i begrepet «frivillig ordning». Spørsmålet om når man skal kunne anse at det er oppnådd frivillig ordning er derfor forsøkt løst gjennom utvikling av praksis hos Forbrukerombudet og Markedsrådet. I denne forbindelse har det dukket opp noen tilfelle hvor det har vært vanskelig å kunne vurdere om «frivillig ordning» er oppnådd, og det kan derfor være på sin plass å få dette nærmere behandlet i forarbeidene til den nye loven.

Typen tilfeller jeg i første rekke tenker på kan illustreres gjennom den allerede omtalte Notar-saken. Her lovet den næringsdrivende å innrette seg etter lovens krav, for så gjentatte ganger å publisere nye annonser som var marginalt forskjellige fra de foregående men som i realiteten utgjorde brudd på det samme prinsippet (villedende å bruke en påstand om at man oppnår best pris uten at dette kunne dokumenteres). Hver publisering av en ny annonse ble etterfulgt av et løfte om at den næringsdrivende skulle innrette seg.

I slike tilfelle må det på et tidspunkt være mulig for Forbrukerombudet å kunne fastslå at det ikke er oppnådd en frivillig ordning så lenge den næringsdrivende faktisk benytter den samme eller en tilsvarende lovstridig markedspraksis gjentatte ganger.

Dette henger nært sammen med spørsmålet ovenfor om det skal kunne fattes vedtak kun mot en konkret handling i form av en bestemt markedsføringskampanje/avtalevilkår eller også mot tilsvarende markedspraksis som er i strid med loven. I tråd med konklusjonen og anmodningen min ovenfor, ber jeg om at dette presiseres i forarbeidene.

Forøvrig kunne det også vært nyttig at forarbeidene henviser til den praksis som er utviklet i Markedsrådet om at det ved vurderingen

av om frivillig ordning er oppnådd ikke bare skal ses hen til hva den næringsdrivende sier, men også til hva han gjør. Det hjelper ikke å love muntlig at man ikke vil gjenta lovstridig markedsføring så lenge denne rent faktisk blir gjentatt, jf. MR-sak 24/01 (Certin Clinic).»

I forbindelse med spørsmålet om fremskyndet fremgangsmåte ved brudd på skriftlig bekreftelse på at den næringsdrivende skal opphøre med lovbrudd, jf. punkt 15.7.3 nedenfor, uttaler *Markedsrådet* følgende:

«Markedsrådet vil i tillegg særlig peke på ett forhold knyttet til den uenighet som kan oppstå mellom Forbrukerombudet og den næringsdrivende om hva man faktisk har blitt enige om (jf. høringsutkastets s. 173), nemlig faren for at Forbrukerombudet legger en videre forståelse av den frivillige ordningen til grunn enn hva man har kompetanse til å treffe vedtak om. Det vises f.eks. til Markedsrådets sak 09/06 (Telio), der partene var enige om at det var oppnådd en frivillig ordning, men der uenighet likevel oppsto om rekkevidden av denne ordningen. Markedsrådet kom i denne saken til at Forbrukerombudets forståelse ikke kunne legges til grunn, idet det vises til den nærmere begrunnelsen i vedtaket for dette. Ved å åpne for krav om en skriftlig bekreftelse, kan det lett oppstå spørsmål om et nytt forhold rammes av en tidligere «bekreftelse». På denne bakgrunn vil det kunne være en risiko for at ombudet ønsker/krever at en slik bekreftelse skal være så generell som mulig, slik at den favner et vidt spekter av tenkelige overtredelser. I så fall skaper bekreftelsene samme slags problemer som ombudets oppfatning av den frivillige ordningen i Telio-saken, samt vedtakene f.eks. i sak 21/05 (Telebutikken) og sak 12/06 (B2C), som begge ble delvis satt til side som for generelt utformet. Markedsrådet ber om at departementet overveier dette aspektet grundig før man eventuelt bestemmer seg for å foreslå en bestemmelse tilsvarende utkastets § 11 femte ledd siste punktum.»

15.4.2 Departementets vurderinger

Loven gir i dag hjemmel for å forby konkrete handlinger. Siden brudd på forbudsvedtak utløser tvangsgebyr og er straffbart, er det grunnleggende at forbudsvedtakene utformes på en slik måte at det skaper forutsigbarhet for den som vedtaket retter seg mot. Samtidig tilsier hensynet til effektiv håndheving at det ikke skal lønne seg å prøve å omgå forbudsvedtakene. I praksis har det vært vanlig å ta inn uttrykk som «eller på tilsva-

rende måte gi inntrykk av...» og «eller benytte vilkår med tilsvarende innhold som innebærer...».

Da man innførte hjemmel for tvangsgebyr i markedsføringsloven, ble denne problemstillingen drøftet i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–95) side 18. Departementet uttalte da at det ved innføring av en ordning med tvangsgebyr blir særlig viktig at vedtakene utformes slik at de klart angir rammene for hva som forbys, og Forbrukerombudet og Markedsrådet ble forutsatt å være spesielt oppmerksomme på disse spørsmålene. Det ble videre presisert at spørsmålet også vil kunne overprøves av domstolene.

Departementet kan ikke se at forutsetningene har endret seg siden dette. Fortsatt bør utgangspunktet være at det er konkrete og aktuelle handlinger som kan forbys. For at vedtakene skal bli effektive og for å hindre omgåelser, bør det i noen grad være adgang til å forby tilsvarende eller lignende handlinger eller vilkår. Dette gjelder for eksempel hvis den næringsdrivende bytter ut enkelte ord, mens meningen og virkningen er den samme. I utgangspunktet bør det heller ikke være nødvendig å knytte vedtakene til et bestemt medium. Så lenge lovbruddets karakter er det samme, bør tilsvarende handlinger som vedtaket retter seg mot kunne rammes. Departementet foreslår å videreføre begrepet «handling» og forutsetter at Forbrukerombudet og Markedsrådet sørger for at det ikke åpnes for omgåelser, samtidig som hensynet til rettssikkerheten ivaretas.

Når det gjelder innholdet i frivillige ordninger, vil det fortsatt måtte bero på en konkret helhetsvurdering hva man er blitt enige om. Innføringen av uttrykkelig hjemmel for å kreve skriftlige bekreftelser, jf. punkt 15.7.3 nedenfor, vil bidra til å klargjøre rekkevidden av den frivillige ordningen. Departementet mener at det vil være ryddig at innholdet i den frivillige ordningen gjenspeiler hva myndighetene har kompetanse til å treffe vedtak om i den konkrete saken. Dette innebærer at Forbrukerombudet i utgangspunktet kan kreve skriftlig bekreftelse på at *konkrete handlinger* eller bruk av konkrete vilkår skal opphøre, eventuelt at den næringsdrivende vil rette seg etter Forbrukerombudets standpunkt. Dette er imidlertid ikke ment å sette begrensninger på ombudets pådriverrolle. Ombudet vil fortsatt kunne arbeide for å få de næringsdrivende til å gjøre mer enn de er forpliktet til etter gjeldende rett. Slike ordninger må adskilles fra «frivillige ordninger» ombudet arbeider for som tilsynsorgan.

Et sentralt spørsmål som er reist i praksis er hvor langt Forbrukerombudets ansvar for å søke å komme til frivillig ordning strekker seg. I Mar-

kedsrådets sak nr. 12/07 (Aftenposten) synes Markedsrådet å legge til grunn at Forbrukerombudet har et stort ansvar for å finne frem til praktiske løsninger sammen med den næringsdrivende etter at frivillig ordning er etablert og at ombudet burde ha gjort mer for å komme til en «fornyet» frivillig ordning. Etter departementets syn stiller Markedsrådet for strenge krav til Forbrukerombudets innsats når det gjelder å oppnå frivillig ordning i den nevnte saken. Departementet vil presisere at det først og fremst må være den næringsdrivendes ansvar å sørge for å iverksette nødvendige praktiske tiltak for å etterleve loven etter at partene har blitt enige om en frivillig ordning.

For øvrig vises det til forslag til § 35 annet ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.5 Saker av prinsipiell betydning

15.5.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 13 sjette ledd gir Forbrukerombudet anledning til å forelegge saker om markedsføring av prinsipiell karakter for Markedsrådet.

15.5.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet foreslo departementet å videreføre dagens ordning ved at Forbrukerombudet fortsatt skal kunne forelegge for Markedsrådet saker av prinsipiell betydning.

Advokatforeningen har følgende kommentarer:

«Advokatforeningen er enig i at Forbrukerombudet fortsatt skal ha mulighet til å bringe spørsmål av prinsipiell betydning inn for Markedsrådet, og tiltrer departementets begrunnelse for dette.»

Justisdepartementet kommenterer forslaget om foreleggelse av prinsipielle saker for Markedsrådet under den forutsetning at Forbrukerombudet skal ha den primære vedtakskompetansen. I så henseende mener Justisdepartementet at regelen på flere måter er uklar.

Forbrukerombudet synes også å kommentere forslaget om foreleggelse av prinsipielle saker for Markedsrådet under den forutsetning at ombudet skal ha full vedtakskompetanse som førsteinstans. Ombudet påpeker at regelen ikke har vært brukt en eneste gang. Bestemmelsen om foreleggelse av prinsipielle saker gjelder markedsføring og ikke avtalevilkår. Forbrukerombudet mener at det først og fremst vil være i saker om urimelige avtalevilkår

at det vil kunne være hensiktsmessig med adgang til prøving av prinsipielle saker for Markedsrådet.

15.5.3 Departementets vurderinger

Regelen om at Forbrukerombudet kan forelegge saker av prinsipiell betydning for Markedsrådet ble innført i 1992. Begrunnelsen for reglen finnes i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 60 (1990–91). Hensikten med regelen var å styrke Markedsrådet som normgiver i prinsippsspørsmål, særlig i tilfeller hvor markedsføringen er avsluttet, og Forbrukerombudet ønsker en avklaring for fremtiden. Som Forbrukerombudet påpeker, har regelen imidlertid ikke vært anvendt i praksis.

Forbrukerombudet uttaler at det ikke er grunn til å videreføre bestemmelsen med mindre den utvides til å gjelde urimelige avtalevilkår. Årsaken til at bestemmelsen i dag ikke omfatter saker om urimelige avtalevilkår, er at departementet i Ot.prp. nr. 60 (1990–91) anførte at slike saker sjelden blir brakt inn for Markedsrådet. Dette er ikke en treffende beskrivelse av dagens situasjon. Etter å ha sett på de senere års praksis fra Markedsrådet, konstaterer departementet at det ikke er spesielt sjelden at Markedsrådet behandler saker om urimelige avtalevilkår, selv om det er nedprioriteringssaker og saker om markedsføring som dominerer saksmengden. Departementet ser ingen avgjørende argumenter mot at Forbrukerombudet skal kunne forelegge saker av prinsipiell karakter om urimelige avtalevilkår for Markedsrådet. Dette vil særlig kunne være aktuelt i tilfeller hvor den næringsdrivende slutter å bruke vilkåret, men Forbrukerombudet ønsker en avklaring for fremtiden. Departementet foreslår derfor å videreføre dagens § 13 sjette ledd, samt utvide den til å gjelde saker om urimelige avtalevilkår. Det foreslås likevel å stryke kravet i gjeldende lovtekst om samtykke fra Markedsrådets leder, som antas å ha liten praktisk betydning. Det vises til forslaget til § 35 fjerde ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.6 Forbrukerombudets beslutninger om å avslutte saker

15.6.1 Gjeldende rett

Det følger av markedsføringsloven § 13 siste ledd at dersom Forbrukerombudet beslutter å ikke bringe en sak inn for Markedsrådet, kan den bringes inn av en næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnskakere.

Forbrukerombudet er et frittstående forvaltningsorgan som i utgangspunktet står fritt til å prioritere hvilke saker som skal realitetsbehandles ut fra hensynet til forbrukerne. Det har likevel utviklet seg en praksis der Forbrukerombudets nedprioritering av enkeltsaker kan bringes inn for Markedsrådet. Markedsrådet har vært tilbakeholdne med å overprøve Forbrukerombudets skjønn med hensyn til hvilke saker som skal realitetsbehandles. Denne «klageadgangen» følger ikke av loven, og antagelig heller ikke av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det er her tale om håndheving av offentligrettslige regler – markedsføringsloven gir i seg selv ikke forbrukerne eller konkurrerende næringsdrivende noen privatrettslige rettigheter, jf. punkt 17.1.

15.6.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet ble det foreslått å lovfeste en rett for berørte parter til å påklage Forbrukerombudets beslutning om å avslutte en sak. Dette vil omfatte to typetilfeller: Tilfellene der Forbrukerombudet finner at loven ikke er brutt og tilfellene der Forbrukerombudet ikke finner å prioritere å realitetsbehandle en sak.

Advokatforeningen uttaler:

«Advokatforeningen har heller ingen prinsipielle motforestillinger mot at dagens praksis med at Forbrukerombudets nedprioritering av enkeltsaker kan påklages til Markedsrådet lovfestes. Også en beslutning om å nedprioritere en sak kan ha en slik betydning for klager at det bør være mulig å få denne vurdering overprøvet av Markedsrådet.»

Forbrukerombudet kommenterer forslaget slik:

«Jeg er også positiv til forslaget om å lovfeste berørte parters rett til å klage Forbrukerombudets beslutning om å avslutte en sak inn for Markedsrådet. Forbrukerombudet skal være en institusjon som har forbrukernes interesser som sin fremste ledestjerne, samtidig som det også tas hensyn til sunne og gode konkurranseforhold i markedene som tilbyr varer og tjenester til forbrukerne. Ut fra dette synes jeg det er helt naturlig å lovfeste en rett for de berørte parter til å få Forbrukerombudets eventuelle unnlattelse av å prioritere saker og vurderinger av at loven ikke er overtrådt prøvet for Markedsrådet. Dette har da også vært praksis frem til nå. I tillegg følger det av artikkel 11 i direktivet om urimelig handelspraksis at det skal finnes framgangsmetoder som gjør det mulig å

klage på forvaltningens unnlattelse av å utøve sin myndighet.

En slik konkret lovfestning vil imidlertid potensielt innebære at flere vil benytte seg av retten til å få nedprioriteringer eller avgjørelser om lovligheten av markedsføring og avtalevilkår prøvet for Markedsrådet. Det er derfor viktig å være klar over den ekstre arbeidsbelastning dette vil kunne medføre for ombudet og rådet, og ta høyde for dette ved vurderingen av hvilke ressurser som skal tilføres organene.»

Justisdepartementet uttaler:

«Vi er videre noe i tvil om hensiktsmessigheten av regelen som er foreslått i § 11–4 annet ledd – i alle fall i den ubetingede formen bestemmelsen har fått. I praksis forekommer det vel ikke sjelden at Forbrukerombudet enten beslutter ikke å bringe en sak inn for Markedsrådet, eller at ombudet ser seg nødt til å nedprioritere saker, og det kan vel være spørsmål om det er hensiktsmessig med klageadgang her, jf. også at kretsen av klageberettigede synes å være nokså vid. Samtidig er det klart at man må respektere direktivets regler også på dette punktet. Det er imidlertid ikke i alle henseender like klart hva som følger av direktivet artikkel 11. Hvis det er meningen at de berørte skal ha en rett til klage (jf. høringsnotatet s. 171), bør dette klargjøres i lovteksten. Det bør også vurderes om kretsen av klageberettigede bør avvike fra det som følger av kriteriene i forvaltningsloven § 28 første ledd.»

15.6.3 Departementets vurderinger

Når Forbrukerombudet har tatt en sak til behandling, kan saken avsluttes ved at det oppnås frivillig ordning eller ved at Forbrukerombudet «henlegger» saken fordi ombudet anser at loven ikke er brutt. Forslaget i høringsnotatet om at Forbrukerombudets beslutning i den forbindelse kunne påklages til Markedsrådet, ble foreslått i lys av at vedtakskompetansen også ble foreslått snudd. Når det ikke er aktuelt, jf. punkt 15.3 ovenfor, er det etter departementets syn mer naturlig å videreføre gjeldende rett. Det betyr at den som berøres av handlingen/vilkåret får anledning til selv å bringe saken inn for Markedsrådet. Dagens § 13 siste ledd foreslås derfor videreført i lovforslaget § 38 første ledd annet punktum.

Det andre typetilfellet av at Forbrukerombudet avslutter en sak, er at ombudet ikke finner å prioritere å realitetsbehandle den, typisk fordi ombudet mener forbrukerhensynene ikke er sterke nok. I slike tilfeller er det i og for seg ikke noe i veien for at klager selv bringer saken inn for Markedsrådet,

jf. avsnittet ovenfor. I så fall vil Forbrukerombudet ikke lenger være part i saken. Spørsmålet er om man skal videreføre og evt. lovfeste klageadgangen på selve nedprioriteringen, slik at Markedsrådet kan pålegge Forbrukerombudet å realitetsbehandle en sak.

Selv om Markedsrådet sjelden overprøver Forbrukerombudets prioriteringer, skjer det sporadisk. Klageadgangen har oppstått gjennom praksis, noe som indikerer at den har fylt et faktisk behov. Etter departementets syn er det ikke grunn til å stramme inn på klageadgangen, så lenge ordningen finnes hensiktsmessig både av Forbrukerombudet og Markedsrådet. Spørsmålet er da om det fortsatt skal være opp til Forbrukerombudet og Markedsrådet om praksisen skal videreføres, eller om klageadgangen skal formaliseres og nedfelles i loven.

En lovfesting av retten til å klage på nedprioriteringer vil kunne slå negativt ut ved at Forbrukerombudet og Markedsrådet må bruke uforholdsmessig mye ressurser på dette, noe som kan gå ut over arbeidet organene egentlig er satt til. Forbrukerombudet har, etter at høringsuttalelsen ble avgitt, overfor departementet gitt uttrykk for at han har revurdert sitt standpunkt. Ombudet har sett en økende tendens til at det klages på nedprioriteringsavgjørelser, samtidig som ombudet får inn flere og flere klager. På denne bakgrunn mener ombudet at klageadgangen ikke bør lovfestes.

Departementet er kommet til at det ikke fremmes forslag om å lovfeste en klageadgang på nedprioriteringer. Dagens praksis vil etter dette kunne videreføres så lenge Forbrukerombudet og Markedsrådet finner det hensiktsmessig. Det følger også av gjeldende praksis at klager gjøres oppmerksom på adgangen til å klage på Forbrukerombudets nedprioritering til Markedsrådet.

Direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 11 siste setning stiller krav om at forvaltningsmyndighetens unnlattelse av å utøve sine fullmakter skal kunne påklages.

Artikkel 11 siste avsnitt lyder:

«Når den myndighet som er nevnt i nr. 2, utelukkende utøves av en forvaltningsmyndighet, skal den alltid begrunne sine vedtak. I dette tilfellet skal det dessuten vedtas framgangsmåter der forvaltningsmyndighetens urettmessige eller urimelige utøvelse av myndighet eller unnlattelse av å utøve slik myndighet kan påklages.»

Som Justisdepartementet påpeker, er det ikke klart hva som ligger i dette kravet. Det kan for eksempel forstås som en klageadgang med sikte

på mer generell systemsvikt hos håndhevingsmyndigheten. Departementet antar at slike hypotetiske tilfeller vil ivaretas etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

15.7 Effektivisering av dagens system for håndheving

15.7.1 Problemstilling

Slik tilsynet med markedsføringsloven fungerer i praksis, fatter ikke Markedsrådet vedtak på eget initiativ. Det følger også av forskriften om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet § 10 at «Markedsrådet behandler saker som det forelegges av Forbrukerombudet.» Det er derfor Forbrukerombudet som først foretar vurderingen av om det bør fattes forbudsvedtak, enten ved at saken legges frem for Markedsrådet, eller ved at Forbrukerombudet fatter vedtak selv. Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at det er behov for å effektivisere muligheten til å gripe inn mot næringsdrivende som bryter loven. Dette gjelder særlig useriøse virksomheter som spekulerer i at Forbrukerombudet ikke kan sanksjonere overtredelser direkte.

Etter dagens system er Forbrukerombudet forpliktet til å prøve å få en overtredelse til å innrette seg frivillig etter regelverket, også når den næringsdrivende bevisst har begått åpenbare lovbrudd. Eneste unntak som kan gjøres fra dette er dersom Markedsrådet tidligere har fattet forbudsvedtak i en tilsvarende sak, jf. nåværende § 14 annet ledd. Unntaket i § 14 annet ledd blir praktisert slik at det likevel alltid innledes dialog dersom man har å gjøre med en næringsdrivende som Forbrukerombudet ikke tidligere har vært i kontakt med. Det er altså kun overfor gjengangere at muligheten til å fatte forbudsvedtak uten forutgående forhandlinger er benyttet.

Dagens system gir spekulative næringsdrivende som tidligere er informert om, eller burde ha alle forutsetninger for å gjøre seg kjent med markedsføringslovens regler, en mulighet til å trenere saker og holde markedsføring som Forbrukerombudet mener er lovstridig gående mens det drøftes om det er mulig å oppnå frivillig ordning.

15.7.2 Oversikt over forslagene i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

15.7.2.1 Forslagene i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått å effektivisere håndhevingen, ved at Forbrukerombudet i tre til-

feller kan fatte vedtak uten forutgående forhandlinger:

1. Ved brudd på skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold skal opphøre
2. Ved brudd på visse spesifikke og ikke skjønnsmessige forbud i loven
3. Ved manglende dokumentasjon overfor Forbrukerombudet/Markedsrådet av påstand om virkning i markedsføring etter en 48-timers frist, eller der påstanden åpenbart ikke kan dokumenteres.

I punkt 15.7.3 til 15.7.5 gjennomgås forslagene mer i detalj. I dette punktet gjennomgås noen felles spørsmål.

15.7.2.2 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen, Forbrukerombudet og Forbrukerrådet er positive til forslagene.

Forbrukerombudet uttaler at hans desidert viktigste oppgave er å føre dialog og forhandlinger med de næringsdrivende. Dette fungerer godt og leder frem til frivillige ordninger i det store flertallet av saker som behandles av Forbrukerombudet. Det fremholdes likevel at det er saker hvor forhandlingsmodellen har vist seg å ikke fungere. Forbrukerombudet opplever at et fåtall næringsdrivende bevisst velger å ikke følge spillereglene og volder store problemer for forbrukerne og markedene de opererer i. Ombudet fremholder at overfor disse aktørene trengs det en større «verktøykasse» enn den som er tilgjengelig i dag. Videre vises det til våre forpliktelser etter EØS-avtalen om tilstrekkelige og effektive virkemidler, samt at politiet ikke har prioritert å forfølge brudd på markedsføringsloven strafferettslig. På denne bakgrunn støtter Forbrukerombudet de tre forslagene om mulighet til å fatte vedtak etter en fremskyndet prosedyre.

Forbrukerrådet uttaler at:

«Forbrukerrådet er positive til forslaget som fremmes om mulighet til å fatte vedtak ved en fremskyndet prosedyre i visse tilfeller. Vi ser behovet for dette bl.a. for å kunne hindre dem som bevisst overtrer markedsføringsloven med den hensikt å innkassere en økonomisk gevinst i løpet av den tiden det tar for FO å gripe inn. Pga. at politiet sjelden reagerer i slike tilfeller, vil de som ønsker det ha frie tøyler til å utnytte situasjonen, bl.a. ved en uthaling av saken med mer. Slik vi har forstått det vil slike regler også være i tråd med direktivet.»

De øvrige høringsinstansene som har uttalt seg om dette er negative. Dette gjelder *ANFO, Han-*

dels- og servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Telenor, Kreativt Forum, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Nærings- og handelsdepartementet og Markedsrådet.

ANFO uttaler at forslaget om å gi håndhevingsmyndighetene anledning til å fatte vedtak uten at det er forsøkt oppnådd en frivillig ordning, er uheldig. Det anføres at kravet om å søke å komme frem til frivillige ordninger bør gjelde i alle saker.

HSH uttaler at en fremskyndet vedtaksprosedyre er betenkelig ut fra rettssikkerhetsaspektet, og at mulighetene til å begjære midlertidig forføyning for de ordinære domstolene i stedet bør brukes i disse tilfellene.

NHO uttaler at de er grunnleggende i mot å gi Forbrukerombudet større vedtakskompetanse. Om det skal gjøres endringer, bør den etter NHOs syn snarere innskrenkes. De fremhever at rettssikkerhetsaspektet er særlig fremtredende i hastesaker. Det naturlige alternativet vil da være for Forbrukerombudet å kreve midlertidig forføyning overfor de alminnelige domstolene, evt. innføre en hasteprosedyre for behandling i Markedsrådet.

Nærings- og handelsdepartementet uttaler at en eventuell økt adgang til fremskyndet fremgangsmåte bør være snever og klart avgrenset. De uttaler at slike vedtak bør ha foreløpig virkning og bare bør gjelde handelspraksis på direktivets svarteliste.

Telenor uttaler at vedtak uten forsøk på minnelig ordning vil være lite heldig og viser særlig til den reduserte forutberegnelighet som dette kan innebære.

15.7.2.3 Departementets vurderinger

Flere høringsinstanser har påpekt muligheten for at Forbrukerombudet kan gå til domstolene for å søke en midlertidig forføyning for å få stanset lovbrudd. Forbrukerombudet har imidlertid ikke sett dette som en hensiktsmessig eller særlig praktisk måte å gripe inn mot lovstridig markedsføring på. Departementet vil også vise til at man har etablert et eget forvaltningsrettslig system med spesialkompetanse på markedsføringsloven. Da synes det lite hensiktsmessig å legge deler av den ordinære håndhevingen til domstolene, som heller ikke bør belastes unødig. En annen sak er at domstolenes prøvingsrett er en rettssikkerhetsgaranti i siste instans. Etter departementets syn er det behov for nye tiltak for å kunne effektivisere håndhevingen.

15.7.3 Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved brudd på skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold skal opphøre

15.7.3.1 Innledning

Ved gjennomføring av forordning (EF) nr. 2006/2004 om forbrukervernsamarbeid, ble det lovfestet en uttrykkelig rett for Forbrukerombudet til å kreve skriftlig bekreftelse fra overtrederen på at ulovlige forhold skal opphøre, jf. Ot.prp. nr. 102 (2005–2006) og markedsføringsloven § 13 femte ledd. Bestemmelsen trådte i kraft fra 1. mars 2007. Dersom overtrederen gir en skriftlig bekreftelse på at det ulovlige skal opphøre, vil vedkommende være avtalerettslig forpliktet til det. Det knyttes ingen andre sanksjoner til brudd på denne bestemmelsen enn at Forbrukerombudet kan velge å forfølge saken videre, evt. med forbudsvedtak.

Også etter tidligere praksis krevde Forbrukerombudet i mange tilfeller en form for skriftlig bekreftelse fra næringsdrivende på at de i fremtidig markedsføring vil innrette seg etter de regler som ombudet har informert dem om. Fikk ikke Forbrukerombudet en slik bekreftelse, kunne det i mange tilfeller være grunnlag for å fatte forbudsvedtak, da det ikke kunne sies å være oppnådd frivillig ordning.

Det oppstod imidlertid i enkelte saker usikkerhet rundt hvordan utsagn fra en næringsdrivende skulle tolkes, og om denne faktisk bekreftet at vedkommende innrettet seg etter ombudets krav eller ikke.

15.7.3.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet å videreføre og utbygge regelen om skriftlig bekreftelse fra den næringsdrivende – nærmere bestemt slik at vedtak kan fattes uten at man forsøker å oppnå «frivillig ordning» i tilfeller hvor den næringsdrivende bryter med en tidligere gitt skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold som Forbrukerombudet har påtalt skal opphøre.

15.7.3.3 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen uttaler at de i lys av at hjemmel for skriftlig bekreftelse allerede er foreslått gjennomført, ser positivt på å utbygge denne bestemmelsen slik som departementet foreslo.

Forbrukerombudet støtter forslaget og uttaler bl.a.:

«Ved å formalisere enigheten man kommer frem til gjennom at det skrives under på en skriftlig bekreftelse, oppnår man potensielt større klarhet rundt hva som har blitt utfallet av dialogen. Dette gjør det mulig å finne et skjæringspunkt med et klart innhold, som man senere kan gå tilbake til dersom det skulle dukke opp ytterligere markedsføring fra den næringsdrivende som reiser de samme problemstillingene.

Jeg er av den oppfatning at en slik ordning med mulighet til å kreve skriftlige bekreftelser vil være positiv for alle parter, da den bidrar til å kunne få avklaring og sikkerhet rundt spørsmål som har blitt diskutert med næringsdrivende. På denne måten kunne saker som eksempelvis Notar-saken (MR 21/02) vært løst ved at man gir en klar beskrivelse av hva man har blitt enige om, og bekrefter denne enigheten skriftlig.

Dersom den næringsdrivende handler i strid med det man har bekreftet skriftlig at man vil gjøre, bør det være mulig å fatte vedtak gjennom en fremskyndet prosedyre. Firmaet vil her ha fått veiledning om kravene som følger av lovverket, og bekreftet skriftlig at de vil bli fulgt. Dersom man likevel handler i strid med dette, er det få betenkeligheter ved at det fattes et vedtak uten gjennomføring av ytterligere dialog. Dette følger også langt på vei av den praksis man har i dag.»

Videre ber Forbrukerombudet om at det presiseres i forarbeidene at virkningen av at det ikke gis skriftlig bekreftelse vil være at frivillig ordning ikke er oppnådd.

ANFO er i utgangspunktet kritisk til at man skal kunne kreve skriftlig bekreftelse fra overtrederen og mener at det vil kunne legge et utilbørlig press på overtrederen. Dessuten vises det til at et slikt krav ikke skulle være nødvendig, da det faktisk at overtrederen retter seg etter Forbrukerombudets anmodning bør være tilstrekkelig.

Markedsrådet peker på at muligheten til å kreve skriftlig bekreftelse, kombinert med Forbrukerombudets eventuelle generelle vedtakskompetanse, kan legge et utilbørlig press på den næringsdrivende. Videre mener de det vil være en risiko for at Forbrukerombudet vil kreve at bekreftelsen skal være så vid som mulig, slik at den favner et vidt spekter overtredelser, og at dette kan være problematisk. Markedsrådet ber om at departementet overveier dette grundig før man eventuelt går videre med forslaget.

15.7.3.4 Departementets vurderinger

Spørsmålet er ikke om det skal innføres hjemmel for å kreve skriftlig bekreftelse, men om regelen

skal utbygges. Direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 11 krever at håndhevingstiltak skal kunne treffes etter en fremskyndet fremgangsmåte. EUs forordning om forbrukervernsamarbeid krever at håndhevingsmyndigheten skal kunne kreve skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold skal opphøre. Det vil være frivillig å gi skriftlig bekreftelse. Departementet er enig med Forbrukerombudet i at rettsvirkningen av at det ikke gis skriftlig bekreftelse vil være at det ikke er oppnådd frivillig ordning. Forbrukerombudet kan da bringe saken inn for Markedsrådet, evt. treffe vedtak selv i «hastesaker» mv. Man oppnår å formalisere den frivillige ordningen, evt. å få klarlagt at det ikke er oppnådd frivillig ordning. Departementet mener at det ikke er nødvendig med ytterligere dialog dersom den næringsdrivende opptrer i strid med den skriftlige bekreftelsen vedkommende har gitt. Når det gjelder spørsmålet om hvor vidtgående skriftlige bekreftelser Forbrukerombudet kan kreve, vises det til punkt 15.4.2 ovenfor. For øvrig viser departementet til forslag til § 36 første ledd, jf. § 35 annet ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsene.

15.7.4 Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved brudd på visse spesifikke forbud

15.7.4.1 Innledning

Markedsføringsloven har gjennom årene blitt utvidet slik at den inneholder en del spesifikke forbud som skiller seg fra de generelle og skjønnsmessige forbudene mot for eksempel villedende markedsføring og urimelige avtalevilkår. De spesifikke forbudene inneholder mer konkrete og objektive kriterier, som det i utgangspunktet er lettere for de næringsdrivende å forholde seg til. Som eksempler kan nevnes forbudene mot negativt salg, uanmodete elektroniske markedsføringshenvendelser («spam») og uønsket uadressert reklame i nåværende §§ 2 a, 2 b og 2 c. I tillegg kommer i forbindelse med implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis de konkrete eksemplene på urimelig handelspraksis som er tatt inn i den såkalte «svartelisten».

15.7.4.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet stilte departementet spørsmål om det bør åpnes for å gripe inn mot overtredere uten at det gjennomføres forhandlinger i forkant, i de tilfellene hvor det er denne typen bestemmelser som er overtrådt.

15.7.4.3 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen uttaler at de ser behovet for en mer effektiv håndheving av brudd på enkelte bestemmelser i markedsføringsloven. Foreningen stiller seg positiv til å innføre regler i tråd med departementets forslag som gir grunnlag for i nærmere bestemte tilfeller å fatte vedtak uten å forsøke å oppnå frivillig ordning.

Forbrukerombudet støtter forslaget og uttaler bl.a.:

«I slike tilfelle, hvor man har å gjøre med klare lovhjemler som ikke etterlater noe rom for rettslig skjønn, er det mindre grunn til at det skulle være nødvendig for Forbrukerombudet å gjennomføre en dialog med de næringsdrivende for å forklare hvor grensene etter loven går.

(...)

Denne situasjonen blir en helt annen enn den man står overfor når de generelle forbudene mot villedende, urimelig eller utilstrekkelig veiledende markedsføring skal anvendes. I slike tilfelle vil det være en hel rekke faktorer av skjønsmessig karakter i den enkelte sak, noe som gjør at det er vanskeligere for den næringsdrivende å vite hvorvidt reklamekampanjen han tenker å iverksette vil være i strid med loven. Det er derfor hensiktsmessig å ha et system hvor det gjennomføres dialog mellom den næringsdrivende og Forbrukerombudet i etterkant, dersom det har blitt iverksatt markedsføring som ombudet reagerer på.

Men har man et lovforbud som er klart og tydelig formulert uten store innslag av skjønsmessige elementer, er jeg av den oppfatning at det ikke er urimelig å kreve av næringslivet at disse følges, og at brudd på bestemmelsene kan sanksjoneres av Forbrukerombudet og Markedsrådet uten at det gjennomføres noen forutgående dialog.»

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) uttaler at de er enige i at det er mindre betenkelig å tilate at Markedsrådet fatter vedtak uten forutgående forhandlinger der det dreier seg om ikke-skjønsmessige bestemmelser.

Markedsrådet kommenterer forslaget slik:

«Markedsrådet vil videre påpeke problemer knyttet til forslaget om å gi Forbrukerombudet kompetanse til å fatte vedtak mot visse typer «klare» lovbrudd som uønsket uadressert reklame og negativt salg, uten at det er forsøkt oppnådd en frivillig ordning, jf. høringsnotatets s. 174 flg. og utkastets § 12–3 første ledd.

Selv om vedtakskompetansen uten forutgående forhandlinger i henhold til departemen-

tets forslag er begrenset til å gjelde visse typer saker, vil Markedsrådet stille spørsmål ved om de hensyn som trekkes frem til støtte for en slik regel, er tungtveiende nok til å tilside sette hensynet til kontradiksjon, som kravet om forutgående forhandlinger ivaretar.

Særlig i saker om påstått negativt salg vil det ofte være ulikheter i Forbrukerombudets og den næringsdrivendes oppfatning av den faktiske situasjonen. Forbrukerombudet vil basere seg på påstander fra forbrukere om at man ikke har avgitt noe forpliktende utsagn, mens den næringsdrivende vil mene at påstandene er uten grunnlag. Av hensyn til den bevismessige situasjonen i disse sakene, ser Markedsrådet det som viktig at den næringsdrivende får forelagt seg klagegrunnlaget for uttalelse, og muligheter for å imøtegå klagerens påstander, før ombudet fatter vedtak. Selv om lovbruddene juridisk sett fremstår som «klare» dersom forbrukerklagene legges til grunn, kan en plikt til å søke å oppnå frivillig ordning være nødvendig for å avklare den faktiske situasjonen i denne typen saker. Markedsrådet ser en fare for at Forbrukerombudet kan komme til å undervurdere problemene knyttet til den faktiske siden av saker om negativt salg og uadressert reklame dersom ombudet gis kompetanse til å treffe vedtak i denne typer saker etter en «fremskyndet fremgangsmåte». Departementet bes derfor om å overveie dette problemet nærmere.»

15.7.4.4 Departementets vurderinger

Uklarheter i loven, f.eks. tolking av hva som anses som «urimelig» eller «villedende» taler for den «myke» fremgangsmåten gjennom forhandlingsmodellen. I den grad dette ikke er tilfelle, ved at man nokså klart kan lese i loven hva som ikke er tillatt, er hensynene bak forhandlingsmodellen i mindre grad relevante.

En ordning med at forhandlinger ikke er nødvendige ved overtredelse av de mer spesifikke forbudene, vil utfylle ordningen med skriftlig bekreftelse. Dersom loven er uklar, vil Forbrukerombudet forklare hva som er forbudt gjennom dialog og ved å kunne kreve en skriftlig bekreftelse. Dersom loven er «klar», har den næringsdrivende på tilsvarende måte noe mer håndfast enn ellers å forholde seg til.

Departementet ser at det kan være tvil om fakta, for eksempel ved påstander om negativt salg. Det kan for eksempel være ord mot ord om det faktisk ble inngått en avtale. Da hjelper det ikke at jusen for så vidt er klar. I dag er eneste unntak fra kravet om at Forbrukerombudet skal forsøke å

oppnå frivillig ordening tilfeller der Forbrukerombudet anser markedsføringen/avtalevilkåret i det vesentlig identisk med slike som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot. Bestemmelsen kom inn i 1997 for så vidt gjelder markedsføring, fra før av gjaldt den kun for avtalevilkår. Også her kan det være tvil om fakta på tilsvarende måte som ved de spesifikke forbudene. I forarbeidene er det presisert at unntaket for tilsvarende saker er «ment for de helt klare tilfellene av lovstrid». Det er imidlertid ikke presisert nærmere hva som ligger i dette, eller om man med dette mente å innføre særlige beviskrav. I sivilretten er utgangspunktet ellers at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. I saker der det dreier seg om alvorlige forhold og inngrepene sanksjoner, vil det likevel være aktuelt å stille strengere krav til bevisene. Tilsvarende spørsmål oppstår ved ileggelse av overtredelsesgebyr, noe som drøftes i punkt 15.9.7.3 nedenfor. I tråd med det som foreslås for ileggelse av overtredelsesgebyr, mener departementet at vanlige sivilrettslige bevisregler også bør gjelde ved ileggelse av tvangsmulkt etter forslaget her.

Forbudsvedtak etter markedsføringsloven er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Dermed vil de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven for enkeltvedtak gjelde ved siden av markedsføringsloven. Dette betyr at den næringsdrivende i utgangspunktet vil måtte forhåndsvarsles om vedtaket, 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. Hvor omfattende plikten til å klarlegge fakta før vedtak treffes går, vil avhenge av en rekke faktorer, bl.a. sakens alvorlighet og hvor viktig det vil være med en rask avgjørelse. Vedtakene forutsettes å bygge på korrekte fakta. Hvis det ikke skulle være tilfelle kan den næringsdrivende klage, eventuelt i siste instans bringe saken inn for domstolene.

Siden forvaltningsloven stiller en rekke krav til forsvarlig saksbehandling, er det etter departementets syn ikke betenkelig at Forbrukerombudet kan fatte forbudsvedtak ved brudd på enkelte bestemmelser med klar gjerningsbeskrivelse, uten å gå inn i forhandlinger på vanlig måte. I disse tilfellene blir det nok for Forbrukerombudet å konstatere at lovbrudd har funnet sted, varsle vedkommende om at forbudsvedtak kan treffes, og deretter fatte vedtak (forutsatt at det er en «hastesak») hvis han ikke får et tilfredsstillende svar (eller ikke får svar innen fristen). Dersom saken er av en slik art at det er Markedsrådet som kan treffe vedtak,

vil tilsvarende fremgangsmåte kunne benyttes for å bringe saken inn for Markedsrådet.

Forbrukerombudets vedtak vil kunne påklages til Markedsrådet, som kan prøve alle sider av vedtaket. Videre skal Markedsrådet underrettes om Forbrukerombudets vedtak og rådet kan kreve at Forbrukerombudet bringer bestemte saker inn for Markedsrådet, jf. forslag til § 37 tredje ledd og § 38 første ledd i.f. Endelig er det mulig å bringe Markedsrådets vedtak inn for domstolene. Dette vil etter departementets syn ivareta hensynet til rettsikkerheten.

Fordelen med forslaget er at Forbrukerombudet kan gripe raskere inn enn ellers for å få stoppet negativt salg, «spam» mv. Ut fra hensynet til å effektivisere dagens håndheving, opprettholder departementet etter dette forslaget i høringsnotatet. Forslaget må også ses i sammenheng med forslaget om overtredelsesgebyr, jf. punkt 15.9.6 og 15.9.7.1 nedenfor. Det vises til forslag til § 36 første ledd første punktum og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.7.5 Mulighet for vedtak uten forutgående forhandlinger ved manglende dokumentasjon

15.7.5.1 Gjeldende rett

Hvis det brukes udokumenterte påstander om et produkts virkning i markedsføring som kan påvirke etterspørselen, har Forbrukerombudet gjennom en lang praksis funnet at dette er i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Dette er også i samsvar med Markedsrådets praksis i blant annet sakene 21/91, 18/92, 2/96 og 11/98, der Markedsrådet fant det urimelig i forhold til forbrukerne og i strid med markedsføringsloven § 1 å benytte en reklamepåstand uten at det er godtgjort at innholdet av påstanden medfører riktighet.

Det er den som benytter påstander i markedsføringen som må godtgjøre at påstandene er riktige. For å kunne håndheve markedsføringsloven, f.eks. for å vurdere om et utsagn i markedsføring er uriktig eller på annen måte villedende, er det derfor ansett nødvendig at Forbrukerombudet kan kreve å få fremlagt dokumentasjon for påstander i markedsføringen. Forbrukerombudet kan med hjemmel i § 15 kreve å få fremlagt slik dokumentasjon.

Dokumentasjon for at påstander er riktige, skal foreligge når markedsføringen skjer og kunne fremlegges når det kreves. Dersom dokumentasjon ikke kan fremlegges på Forbrukerombudets forespørsel, kan påstanden anses som udokumentert, og det kan i utgangspunktet fattes vedtak mot

videre bruk av påstanden. I praksis er det imidlertid ofte slik at den næringsdrivende hevder å ha tilgang til dokumentasjon, men at det tar noe tid å fremlegge denne for Forbrukerombudet. Ofte oppstår det tvil om hvor lenge Forbrukerombudet må vente med å fastslå at dokumentasjon ikke foreligger når dokumentasjon er meldt å være underveis.

15.7.5.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet bad departementet om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en regel om at dokumentasjonsmaterialet skal være sendt til Forbrukerombudet innen 48 timer fra begjæring om dette er mottatt, og om manglende fristoverholdelse i seg selv skal gi grunnlag for å treffe et forbudsvedtak mot videre bruk av påstanden.

Når det gjelder påstander som erfaringsmessig ikke lar seg dokumentere, typisk svært overdrevne påstander om slankende effekt, vil det ikke ha særlig hensikt å innhente dokumentasjon. For påstander om virkning som åpenbart ikke kan dokumenteres, kan det derfor være ønskelig med regler som spesielt retter seg mot disse situasjonene. Det ble vist til at man i Sverige har utviklet praksis om dette.

På denne bakgrunn bad departementet om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en regel som gir anledning til å nedlegge forbud uten å innhente dokumentasjon dersom en påstand om virkning åpenbart ikke kan dokumenteres.

15.7.5.3 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen uttaler følgende:

«Advokatforeningen ser også her behovet for å effektivisere håndhevingen av visse bestemmelser i markedsføringsloven. Det må som vanlig stilles klare krav til rettssikkerhet, men når det gjelder kravene til dokumentasjon for påstander i markedsføringen skal disse som det fremgår ovenfor foreligge på markedsføringstidspunktet. Det må være grunnlag for å kreve at denne dokumentasjonen kan fremlegges umiddelbart på anmodning. En frist på 48 timer er knapp, men skulle likevel være tilstrekkelig for den næringsdrivende, som forutsettes å ha dokumentasjonen når markedsføringen igangsettes, jf. utkastet § 1–3 annet ledd.

Også for de helt åpenbare tilfeller der en påstand helt klart aldri kan dokumenteres bør det være grunnlag for å nedlegge et forbudsvedtak umiddelbart.»

Forbrukerombudet støtter forslaget og uttaler bl.a.:

«Det er et grunnleggende prinsipp, slått fast gjennom Markedsrådet og Forbrukerombudets praksis, at påstander om virkning som fremsettes i markedsføringen må kunne dokumenteres, samt at denne dokumentasjonen må foreligge på markedsføringstidspunktet. Likevel har vi sett en mengde saker hvor det blant annet fremsettes påstander om slankende effekt eller positiv virkning i forhold til helseplager uten at den næringsdrivende har kunnet fremlegge dokumentasjon ved forespørsel fra Forbrukerombudet. I enkelte tilfelle har det også vært klart at slik dokumentasjon under ingen omstendighet kan eksistere, da påstandene har vært for utrolige.

I slike tilfelle er det viktig å kunne gripe inn raskt mot markedsføringen, da det er med en gang denne er formidlet at de fleste forbrukere vil bestille produktene i tiltro til at de virker som påstått. Denne typen markedsføring er erfaringsvis egnet til å lure et betydelig antall forbrukere, spesielt i sårbare grupper. Det er derfor viktig å kunne stanse den gjennom hurtig og effektiv inngripen for å unngå skadevirkningene som ellers vil oppstå.

Skal slik effektiv inngripen være mulig, må det være anledning til å knytte en tvangsmulkt til vedtak om at markedsføringen skal stanses. I motsatt fall kan useriøse næringsdrivende som spekulerer i å bryte bestemmelsene for å oppnå en økonomisk vinning bare fortsette med dette uten fare for at det får noen økonomiske konsekvenser for dem. Erfaringen til Forbrukerombudet med slike useriøse selskaper viser at det kun er trusler om økonomiske sanksjoner som er effektive for å få stanset disse overtredelse av markedsføringsloven.

For å gjøre det klart at det dreier seg om påstander om konkrete virkninger og ikke av helt generell karakter av typen «gjør deg sunn og glad», foreslår jeg at ordlyden i bestemmelsen presiseres slik at den kun omfatter påstander om «konkret virkning».

ANFO er sterkt kritisk til forslaget om dokumentasjon innen 48 timer. Det fremholdes at det vil legge et utilbørlig press på en potensiell overtredere og at det rent faktisk kan være vanskelig å etterkomme et slikt krav. Når det gjelder hva som skal regnes som tilstrekkelig dokumentasjon, mener *ANFO* at vanlig bevisbyrde må gjelde, slik at kravet om dokumentasjon må anses oppfylt dersom det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for påstanden som fremsettes i markedsføringen.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) er meget kritisk til forslaget om å innføre en 48 timers frist for å fremlegge dokumentasjon. *HSH* mener at det rent faktisk kan være vanskelig å etterkomme et slikt krav og at det er

betenkelig at regelen skal kunne få så store konsekvenser for de næringsdrivende.

Kreativt Forum går mot forslaget om å innføre dokumentasjonsplikt innen 48 timer. De uttaler at et slikt krav kan være svært vanskelig å imøtekomme, og vil legge et utilbørlig press på en potensiell overtreders. Det fremholdes at alminnelig bevisbyrde må gjelde for hva som skal anses som tilstrekkelig dokumentasjon.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) uttaler at det er betenkelig å knytte så store konsekvenser (forbudsvedtak) til mislighold av en så kort frist. NHO er videre skeptisk til at det skal kunne nedlegges forbudsvedtak uten å gi den næringsdrivende anledning til å dokumentere påstander myndigheten selv mener er åpenbart udokumenterbar. NHO stiller spørsmål ved hvordan myndigheten skal kunne vurdere dette.

Nærings- og handelsdepartementet uttaler at et tidskrav på 48 timer for innlevering av dokumentasjon er meget strengt. Det vises til at i en slik situasjon vil det gjerne foreligge en tvistesituasjon og at den som får en begjæring mot seg kan ha et legitimt behov for å underbygge sin sak og må få rimelig tid til å svare for seg. NHD mener derfor at regelen ikke bør gjennomføres.

Markedsrådet uttaler:

«Fristen på 48 timer virker svært knapp og tilfeldig satt. Rent faktisk kan det være vanskelig å etterkomme et slikt krav, idet fristene for å trekke tilbake annonser og annet markedsføringsmaterieell – etter hva Markedsrådet erfarer – ofte er atskillig lengre enn 48 timer. Derksom det skal gis en slik hjemmel som følger av utkastets § 12–3 annet ledd første punktum, bør de næringsdrivende få rimelig tid til å treffe nødvendige foranstaltninger for å unngå forbudsvedtak. Fastsettelse av en absolutt tidsgrense forutsetter at man foretar en nærmere vurdering av hvilke praktiske muligheter de næringsdrivende har for å etterkomme håndhevingsmyndighetenes anmodning. Markedsrådet anmoder departementet om at spørsmålet utredes nærmere før det eventuelt fastsettes en slik absolutt tidsfrist som høringsutkastet legger opp til.

I tillegg tilsier hensynet til kontradiksjon i saksbehandlingen at den næringsdrivende bør gis mulighet til å uttale seg før det treffes forbud mot påstander som ikke lar seg dokumentere, jf. utkastets § 12–3 annet ledd annet punktum.»

15.7.5.4 Departementets vurderinger

Departementet ser at den foreslåtte regelen kan virke streng. Samtidig er den en konsekvens av det som allerede følger av gjeldende rett, nemlig at dokumentasjonen skal foreligge på annonsørens hånd når markedsføringen skjer, jf. forslag til § 3 annet ledd. Dette prinsippet er det ingen som har kommet med innvendinger til, jf. punkt 4.3 ovenfor. Etter departementets syn er det ikke urimelig strengt å kreve at *eksisterende* dokumentasjonen skal sendes til Forbrukerombudet innen 48 timer. En skarp regel vil effektivt hindre uthaling, som Forbrukerombudet opplever som et problem i dag. Departementet er enig med Forbrukerombudet i at regelen bør begrenses til påstander om *konkret* virkning, f.eks. slankende effekt.

Departementet opprettholder forslaget og viser til § 36 annet ledd og de spesielle merkningene til bestemmelsen.

15.8 Grenseoverskridende håndheving

EU har gjennom direktiv 98/27/EF (forbudsdirektivet) og forordning 2006/2004/EF (forordningen om forbrukervernsamarbeid) gitt nærmere bestemmelser om samarbeid over landegrensene innen EØS for å gripe inn mot grenseoverskridende lovbrudd i strid med forbrukernes kollektive interesser.

Hovedinnholdet i direktivet og forordningen er etablering av et rammeverk for behandling av saker hvor forbrukernes kollektive interesser, slik disse er definert gjennom nærmere angitt fellesskapslovgivning om forbrukervern, krenkes av næringsdrivende etablert i et annet EU/EØS-land enn der forbrukerne som rammes befinner seg.

Forordningen om forbrukervernsamarbeid krever at alle medlemsland skal ha organer, kalt «vedkommende myndigheter», som er pliktige til å behandle grenseoverskridende saker om brudd på fellesskapsretten. Disse organene skal ha et visst minimum av håndhevingsvirkemidler til sin rådighet. Forbudsdirektivet fastslår at hvert land skal kunne motta eller begjære at det gripes inn med forbud eller lignende sanksjoner mot grenseoverskridende brudd på direktivenes bestemmelser.

Direktivet om urimelig handelspraksis er omfattet av samarbeidsmekanismene etter både forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid, jf. direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 16.

Forbudsdirektivet ble implementert som del av markedsføringsloven i 2002. Forordningen om for-

brukervernsamarbeid ble gjennomført med virkning fra 1. mars 2007, hovedsakelig gjennom endringer i markedsføringsloven.

Bestemmelsene om gjennomføring av forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid er i dag samlet i markedsføringsloven kapittel II b med tittelen *Grenseoverskridende handlinger som skader forbrukernes kollektive interesser*. Bestemmelsene foreslås videreført uten realitetsendringer i lovforslaget kapittel 8.

15.9 Administrative sanksjoner og andre forvaltningstiltak

15.9.1 Innledning

Sanksjonssystemet i markedsføringsloven bygger på et tosporet system: Et administrativt og et strafferettslig spor. Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever loven administrativt etter sivilrettslige regler, mens politi, påtalemyndighet og domstolene håndterer straffesaker. I det følgende behandles administrative sanksjoner og andre forvaltningstiltak, nærmere bestemt overtredelsesgebyr og tvangsmulkt. Straff behandles nærmere i kapittel 16.

I sine vurderinger har departementet bl.a. sett hen til Sanksjonsutvalgets anbefalinger i NOU 2003:15 *Fra bot til bedring*. Et av hovedsynspunktene i utredningen til Sanksjonsutvalget er at man bør gå over til økt bruk av administrative sanksjoner og mindre bruk av straff. Forslagene i kapitlet her må ses i sammenheng med at departementet foreslår å innskrenke straffehjemlene i markedsføringsloven, jf. punkt 16.1.3.2 nedenfor.

15.9.2 Gjeldende rett

Ved brudd på markedsføringsloven kan Forbrukerombudet og Markedsrådet treffe forbudsvedtak, dvs. at de kan forby en næringsdrivende å gjenta en handling som anses i strid med loven. Forbudsvedtak får bare virkning for eventuelle fremtidige overtredelser.

I et forbudsvedtak skal det som hovedregel fastsettes et tvangsgebyr, som skal betales av den som vedtaket retter seg mot dersom vedkommende handler i strid med vedtaket eller medvirker til at andre gjør det, jf. nåværende § 16 første ledd.

Det følger av forarbeidene at tvangsgebyret bør settes minst så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–95) side 21. Dette er også fulgt opp i praksis.

15.9.3 EØS-rettslige krav til sanksjoner

Direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 13 stiller opp minstekrav til sanksjoner man skal ha i hvert medlemsland. Bestemmelsen lyder slik:

«Medlemsstatene skal fastsette sanksjoner for overtredelser av de nasjonale bestemmelser de vedtar for å gjennomføre dette direktiv, og treffe de nødvendige tiltak for å sikre at de anvendes. Sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.»

Direktivets formuleringer er forholdsvis runde og gir medlemslandene stor grad av valgfrihet. For øvrig vises det til redegjørelsen under punkt 15.2.2. Direktivet fokuserer på å få stanset den ulovlige virksomheten, men berører for eksempel ikke strafferetten.

Forordningen om forbrukervernsamarbeid (2006/2004/EF) er gjennomført i norsk rett fra 1. mars 2007, og Norge deltar i et forpliktende samarbeid mellom håndhevingsmyndigheter i EØS-området om å håndheve forbrukerregelverk på tvers av landegrensene. Det skal også samarbeides om å håndheve direktivet om urimelig handelspraksis i grenseoverskridende saker. Forordningen har en katalog over håndhevingsvirkemidler som myndighetene i medlemslandene skal ha i saker etter forordningen. Et av kravene er at myndighetene skal kunne ilegge økonomiske sanksjoner.

Fra norsk side er Forbrukerombudet gitt en hovedrolle i å følge opp grenseoverskridende saker etter forordningen. Markedsføringslovens nåværende sanksjonssystem er ansett å oppfylle kravene i forordningen. Om grenseoverskridende saker vises det for øvrig til punkt 15.8 ovenfor.

15.9.4 Rettstilstanden i andre nordiske land

Om håndhevingsapparatene i de andre nordiske land vises det til punkt 15.1.2 ovenfor. I kapitlet her gis en oversikt over sanksjonssystemene.

I *Danmark* har man ingen ordning med tvangsgebyr eller andre sivilrettslige reaksjoner ved brudd på loven. Det er imidlertid straffbart å handle i strid med forbud og påbud som er nedlagt av retten eller Forbrukerombudsmannen, jf. § 30 i den danske markedsføringsloven. Videre er overtredelse av visse av lovens bestemmelser belagt med straff.

I *Island* kan Forbrukermyndigheten ilegge administrative bøter ved brudd på loven om tilsyn med urettmessig markedsføring og markedets

gjennomsiktighet, jf. lovens § 22. Dersom en avgjørelse i medhold av loven ikke etterkommes, kan Forbrukermyndigheten treffe avgjørelse om (administrative) dagbøter som skal betales inntil den som avgjørelsen retter seg mot innretter seg, jf. § 23. Videre kan overtredelse av loven straffes med bøter eller fengsel opp til 6 måneder, jf. § 26.

I *Sverige* har man en ordning med «vite», som kan sammenliknes med den norske ordningen med tvangsgebyr. Forbud og påbud skal som hovedregel forenes med vite, for å sikre etterlevelse av vedtaket. Dersom vitet skal fullbyrdes, må saken bringes inn for domstolene. Videre har man en ordning med «marknadsstørningsavgift». Dette er en økonomisk sanksjon ved brudd på første gangs overtredelse av nærmere bestemte bestemmelser i loven. Ifølge markedsføringslagen 24 § skal marknadsstørningsavgiften fastsettes til minst fem tusen kroner og høyst 5 millioner kroner. Handlinger i strid med loven kan i en viss utrekning være straffbare.

I *Finland* har man en ordning med vite (gebyr) som i hovedsak tilsvarende den svenske ordningen. Således heter det i konsumentskyddslagen kapittel 2, 9 § at forbud ilagt av Marknadsdomstolen kan «förstärkas med vite». Også midlertidige forbud nedlagt av konsumentombudsmannen kan forsterkes med vite, men beslutning om «utdömande av vite» (fullbyrdelse), må fattes av Marknadsdomstolen, jf. lag om konsumentverket 6 §. Visse markedsføringslovbrudd er dessuten belagt med straff i henhold til den finske straffeloven.

15.9.5 Spørsmål om videreføring av ordningen med tvangsgebyr

15.9.5.1 Innledning

I 1996 ble det innført hjemmel for tvangsgebyr ved brudd på forbudsvedtak. Tidligere var straff den eneste mulige sanksjon. Tvangsgebyr er «fremoverrettet» og har som formål å sørge for at vedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet etterleveres. Dersom den næringsdrivende respekterer vedtaket blir det ikke noe å betale. Om bakgrunnen og begrunnelsen for reglene vises det til Ot.prp. nr. 34 (1994–95).

Tvangsgebyret er ikke en reaksjon for en allerede begått handling, og dermed heller ikke en *sanksjon* slik Sanksjonsutvalget har definert sanksjonsbegrepet i NOU:2003:15 på side 139. Utvalget har definert «sanksjon» slik:

«En sanksjon er en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet med hjemmel i lov, som retter seg mot en begått overtredelse

av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som har et hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål.»

Utvalget benytter begrepet «andre forvaltningstiltak» om vedtak som ikke er sanksjoner.

15.9.5.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for at tvangsgebyrordningen synes å ha fungert godt og etter sin hensikt. Det ble derfor foreslått å videreføre ordningen. Det ble imidlertid foreslått å endre begrepsbruken i henhold til terminologien i Sanksjonsutvalgets utredning, slik at man benytter «tvangsmulkt» i stedet for «tvangsgebyr». Det ble videre foreslått å angi i lovteksten at ved fastsettelsen av tvangsmulkten skal det særlig legges vekt på den næringsdrivendes økonomiske forhold og antatt økonomisk gevinst av å overtre vedtaket.

15.9.5.3 Høringsinstansenes syn

Advokatforeningen uttaler at de er enige i at det er hensiktsmessig å beholde ordningen med tvangsgebyr og at dette i praksis har vist seg å være et effektivt tiltak for å sikre håndheving av reglene. Foreningen støtter også at begrepet «tvangsmulkt» kan benyttes i stedet for «tvangsgebyr».

ANFO uttaler at dagens ordning med tvangsgebyr bør videreføres og har ingen motforestillinger til forslaget om å endre terminologien som foreslått.

De norske Bokklubbene støtter departementets forslag.

Justisdepartementet støtter den terminologiske endringen.

Forbrukerombudet uttaler at det er svært viktig at Forbrukerombudet og Markedsrådet beholder muligheten til å fastsette en tvangsmulkt. Videre støtter han å endre benevnelsen «tvangsgebyr» til «tvangsmulkt». Når det gjelder utmåling av tvangsmulkten, mener Forbrukerombudet at det er viktig å inkludere det preventive hensynet i lovteksten. Ombudet uttaler at det har vært et av de absolutt viktigste momentene ved fastsettelsen av tvangsgebyret etter Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis.

TV2 stiller seg kritisk til å benytte tvangsmulkt overfor ytringer. Det anføres at dette i prinsippet bør legges til domstolene. *TV2* uttaler videre at i den grad administrative sanksjoner skal videreføres, bør det fremgå at hensynet til yttringsfriheten skal ivaretas ved praktiseringen av denne kompetansen.

For øvrig har ingen høringsinstanser kommet med innvendinger til forslagene.

15.9.5.4 Departementets vurderinger

Ordningen med tvangsgebyr fungerer etter departementets syn godt, og er nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av markedsføringsloven.

Når det gjelder forslaget om å endre dagens begrep «tvangsgebyr» til «tvangsmulkt», har departementet merket seg at Sanksjonsutvalget i NOU 2003:15 side 170 uttaler at tvangsgebyrordningen i markedsføringsloven er vanskelig å klassifisere (terminologisk), fordi den inneholder både elementer av overtredelsesgebyr og tvangsmulkt. Departementet mener likevel at dagens ordning ligger nærmest det som i utredningen omtales som «tvangsmulkt». Den viktigste grunnen til det er at dagens tvangsgebyrordning er «fremover-rettet», i motsetning til overtredelsesgebyr som er «tilbake-skuende».

Departementet opprettholder etter dette forslaget i høringsnotatet om å videreføre ordningen med tvangsgebyr under betegnelsen «tvangsmulkt». Det foreslås likevel endringer når det gjelder fullbyrding av tvangsmulkten, jf. punkt 15.9.8.

Når det gjelder utmåling av tvangsgebyret, er det i dagens bestemmelse (§ 16), ikke angitt nærmere hvilke momenter som er relevante i vurderingen. Det følger av forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 34 (1994–95) side 20–21, at:

«Tvangsgebyrets størrelse skal fastsettes ut fra en konkret vurdering av det tilfellet som foreligger til avgjørelse. Det har vært vurdert om det bør opereres med standardiserte satser, men en har kommet til at en individuell vurdering er å foretrekke. Det legges videre til grunn at tvangsgebyrets størrelse må være avhengig av sakens art og adressatens økonomiske forhold. Gebyret må fastsettes ut fra den forutsetning at dersom vedtaket respekteres blir det ikke noe å betale. Tvangsgebyrets funksjon som incitament for etterlevelse av forbudsvedtak er sentral, og det bør derfor settes minst så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtred vedtaket. Antatt gevinst av den ulovlige markedsføringen bør derfor ofte bringes på det rene og tillegges vekt ved fastsettelsen av tvangsgebyret der det er mulig.»

Praksis viser at det i mange tilfeller blir sett forholdsvis lite hen til den næringsdrivendes økonomiske forhold. Det hender regnskapene til useriøse virksomheter viser ingen eller lave inntekter, selv om man har all grunn til å tro at det kommer penger inn. Markedsrådet har ilagt relativt høye

tvangsgebyrer i slike saker, selv om den næringsdrivende kan vise til at vedkommende på papiret ikke tjener penger.

Departementet foreslår å videreføre dagens praksis om utmåling av tvangsgebyret og at det i lovtaksten fremgår at det ved fastsettelse av tvangsmulkten skal legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtred vedtaket. Det foreslås å videreføre dagens forskriftshjemmel, som kan brukes til å gi nærmere regler for utmåling av tvangsmulkt.

Det vises til forslag til § 42 og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.9.6 Spørsmål om innføring av hjemmel for overtredelsesgebyr

15.9.6.1 Bakgrunn

Sanksjonsutvalget har i sin utredning gått nærmere inn på bruken av *overtredelsesgebyr* som sanksjonsmiddel. På side 169–170 i NOU 2003:15 gis følgende karakteristikk av et overtredelsesgebyr:

«forvaltningen pålegger en person eller et foretak å betale et pengebeløp til det offentlige som følge av at personen eller noen som identifiseres med foretaket, har overtrådt en handlingsnorm (et forbud eller et påbud) fastsatt i lov eller forskrift i medhold av lov eller i individuell avgjørelse.»

Overtredelsesgebyr er en sanksjon slik utvalget har definert sanksjonsbegrepet, jf. punkt 15.9.5.1 ovenfor. I likhet med straff har overtredelsesgebyr både preventiv og pønalt hensikt og retter seg mot handlinger eller unnlatelser i fortiden. Selv om overtredelsesgebyr har likheter med en bot, regnes det ikke som straff i norsk rett. Det betyr bl.a. at saksbehandlingen reguleres av forvaltningsloven, ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper og loven som hjemler overtredelsesgebyret. Straffeprosessloven kommer ikke til anvendelse. Sanksjonsutvalget foreslår et særskilt kapittel om administrative sanksjoner i forvaltningsloven. Det er for tiden uklart når og i hvilken grad dette blir fulgt opp.

I nyere tid er det innført overtredelsesgebyr flere steder i lovverket, bl.a. i konkurranseloven, kringkastingsloven, luftfartsloven, energiloven og ekomloven (i sistnevnte kalt «overtredelsesbot»).

15.9.6.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet gav departementet uttrykk for at det kan være hensiktsmessig å innføre hjemmel for overtredelsesgebyr i markedsføringsloven. Det ble anført at en regel om overtredelsesgebyr bør

være begrenset til kun å omfatte brudd på enkelte av forbudene i loven som er rettet mot klart definerte handlinger, nemlig nåværende §§ 2 a, 2 b, 2 c, 3 a, 9 c, 9 d, samt den såkalte «svartelisten» i direktivet om urimelig handelspraksis. På grunn av de øvrige bestemmelsenes mer skjønsmessige karakter, ble det ikke foreslått at brudd på disse bestemmelsene kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

15.9.6.3 Høringsinstansenes syn

Følgende høringsinstanser er positive til forslaget:

Advokatforeningen, De norske Bokklubbene, Forbrukerrådet, Forbrukerombudet, Justisdepartementet (kommenterer forslaget uten innvendinger), *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* (bl.a. under forutsetning av at overtredelsesgebyr kun kan ilegges av Markedsrådet).

Følgende høringsinstanser er negative til forslaget:

ANFO, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Markedsrådet, Telenor og TV2.

ANFO uttaler følgende:

«Etter ANFOs syn er innføring av et slikt overtredelsesgebyr svært uheldig. Både dagens Markedsføringslov og det nye forslaget består av en rekke svært skjønsmessige bestemmelser. Dette gjelder etter ANFOs oppfatning også de bestemmelsene som er forslått omfattet av en regel om overtredelsesgebyr. Grensen for bestemmelsene vil derfor være vanskelig å trekke, slik at aktørene i liten grad vil kunne forutse muligheten for ileggelse av et eventuelt overtredelsesgebyr. Slike overtredelsesgebyr er generelt sett bedre egnet i forhold til konkrete, avgrensede forbuds- og straffebestemmelser, som for eksempel overtredelser på veitrafikkloven, enn slike skjønsmessige forbud som Markedsføringsloven oppstiller. ANFO mener derfor at dagens ordning med straff og tvangsgebyr som sanksjoner bør opprettholdes.»

HSH kommenterer forslaget slik:

«HSH er uenig i departementets vurdering av at det vil være hensiktsmessig å innføre en hjemmel for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet foreslår at regelen om overtredelsesgebyr bør vær begrenset til kun å omfatte brudd på de av lovens forbud som er rettet mot klart definerte handlinger. HSHs oppfatning er at også de bestemmelser som er foreslått omfattet inneholder skjønsmessige elementer. Dersom det likevel vedtas å innføre en hjemmel for overtredelsesgebyr bør kompe-

tansen til å ilegge gebyret legges til Markedsrådet.»

Markedsrådet uttaler:

«Markedsrådet vil stille spørsmål ved rettmessigheten og hensiktsmessigheten av innføringen av et overtredelsesgebyr i henhold til utkastets § 12–6. Rådet deler ikke departementets oppfatning om at det her dreier seg om bestemmelser hvor «det er enkelt å avgjøre om det foreligger en overtredelse». Det må her tas hensyn til at vurderingen av om det foreligger en overtredelse ikke bare har en juridisk, men også en faktisk side. Som påpekt ovenfor, gjør det seg gjeldende til dels betydelige bevismessige problemer ved spørsmålet om det foreligger brudd på de bestemmelser overtredelsesgebyret vil gjelde. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om overtredelsesgebyr er en egnet sanksjon også når det gjelder overtredelse av de regler som er nevnt i utkastets § 12–6. Departementet anmodes om å ta nevnte forhold nærmere opp til vurdering.»

Telenor har følgende merknader:

«Telenor anser at forslaget om et overtredelsesgebyr både er unødig og ikke ønsket. Med skjønsmessige bestemmelser vil grensene for overtredelse av samme måtte gåes opp. Det er lite hensiktsmessig og gir meget liten grad av forutberegnelighet å operere med et slikt gebyr. At gebyr kan ilegges uten at overtrederen har vært i dialog med tilsynsmyndighet eller har fått anledning til å utbedre/stanse/endre det aktuelle tiltaket, anses også å være urimelig hardt og unødvendig.

Telenor har god erfaring med dialog og samarbeid/forhandlinger med tilsynsmyndigheter. Dialog og samarbeid har gitt gode og balanserte løsninger, for så vel forbrukere som næringsaktørene. Videre, så har partene spart tid og ressurser. Og ikke minst så har dialog og samarbeid bidratt til at klima mellom myndigheter og aktører er slik at fremtidige avklaringer/forhandlinger både i forbindelse med konkrete saker/tema eller utarbeidelse av bransjeregler er godt og bidrar til ressursbesparende prosesser.»

TV2 stiller seg kritisk til å benytte administrative sanksjoner som overtredelsesgebyr overfor ytringer. Det anføres at dette i prinsippet bør legges til domstolene. *TV2* uttaler videre at i den grad administrative sanksjoner skal videreføres, bør det fremgå at hensynet til yttringsfriheten skal ivaretas ved praktiseringen av denne kompetansen.

Advokatforeningen støtter at det innføres hjemmel for overtredelsesgebyr og uttaler bl.a. følgende:

«For å få en effektiv håndheving av markedsføringsloven synes det å være behov for å kunne sanksjonere brudd på de av lovens forbud som er rettet mot klart definerte handlinger med et gebyr allerede ved første gangs overtredelse. Tilsvarende bestemmelser er nå inntatt også i annen forvaltningslovgivning. Advokatforeningen vil imidlertid påpeke at hensynet til rettsikkerhet må ivaretas og er av den oppfatning at bestemmelsen i markedsføringsloven om overtredelsesgebyr bør utformes etter mønster av konkurranseloven § 29. Slik utkastet til § 12–16 er utformet fremgår det ikke direkte hvilket skyldkrav som oppstilles. Etter Advokatforeningens oppfatning bør dette tas inn i selve lovbestemmelsen, slik det også er gjort i konkurranseloven § 29, og skyldkravet bør være det samme. Dette innebærer at vilkåret for å ilegge overtredelsesgebyr skal være at overtredelsen har skjedd forsettlig eller uaktsomt.» Videre etterlyser Advokatforeningen en klargjøring av forholdet mellom ileggelse av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr.

De norske Bokklubbene støtter at det innføres bestemmelser som gjør det mulig å stoppe useriøse aktører på en bedre måte enn i dag. Herunder støtter Bokklubbene at det innføres en regel om overtredelsesgebyr som en lovovertreder pålegges å betale for lovbrudd som allerede er skjedd.

Forbrukerrådet stiller seg positiv til innføring av hjemmel for overtredelsesgebyr. Dette begrunnes med at utviklingen med Internett og telekommunikasjon i markedsføring, hardere konkurranse mv., gjør det nødvendig at Forbrukerombudet og Markedsrådet kan sanksjonere ulovlig markedsføringspraksis. Etter rådets syn gjelder det særlig siden politiet sjelden tar strafferettslige skritt i slike saker. Videre uttaler Forbrukerrådet at det bør presiseres enten i loven eller forarbeidene når det er aktuelt å ilegge henholdsvis tvangsmulkt og overtredelsesgebyr.

Forbrukerombudet har bl.a. følgende merknader:

«Næringsdrivende som bevisst bryter markedsføringsloven for å oppnå økonomisk vinning, har i dag mulighet til å tjene store penger på dette uten at de i realiteten risikerer noen som helst økonomisk sanksjon eller straff. Politiet har i løpet av markedsføringslovens eksistens aldri vært interessert i å benytte straffebestemmelsen for å straffe overtreidere. Slike saker har ikke blitt prioritert, selv om enkelte av disse har dreid seg om tilfelle hvor selskaper og enkeltpersoner har tjent flere titalls millioner ved å drive grovt villedende markedsføring.

Av denne årsak er det nødvendig at forvaltningen, i dette tilfellet Forbrukerombudet og

Markedsrådet, tillegges oppgaven med å reagere og sanksjonere mot overtredelse av regelverket vi er satt til å håndheve. For at dette skal kunne fungere, må det gis hjemler til å fastsette sanksjoner som effektivt kan forhindre eller stanse brudd på loven. Dette er en linje som er i tråd med de generelle anbefalingene i rapporten til Sanksjonsutvalget, og som de beste grunner taler for at blir fulgt også ved utarbeidelsen av ny markedsføringslov.

Når dette er sagt, er det klart at Forbrukerombudet aldri skal bli noe «markedsføringspolit». Ombudets viktigste oppgave skal selvsagt være å føre dialog og gi veiledning til næringsdrivende slik at lovens regler overholdes. Det er kun i de særlige tilfellene hvor man har å gjøre med useriøse næringsdrivende som bevisst bryter reglene, eller firmaer som i sin iver etter å kapre kunder i konkurranseutsatte markeder overtrer de klareste forbudene som finnes i lovgivningen at Forbrukerombudet og Markedsrådet må kunne gripe inn med sterkere virkemidler enn de man har i dagens lov.

Slik dagens sanksjonssystem er utformet, kan en næringsdrivende sende ut for eksempel en million e-poster med reklame for produktene sine til personer som ikke har samtykket til å motta dette. Det eneste Forbrukerombudet kan gjøre første gang en næringsdrivende gjør dette, er å sende et brev til firmaet hvor vi informerer om forbudet mot å sende uanmodet e-postreklame til fysiske personer og ber om en bekreftelse på at det aldri vil skje igjen. Selv med en gjennomsnittlig responsrate på 0.01 % pr utsendelse vil en næringsdrivende som markedsfører et produkt til 400 kroner kunne oppnå en salgsinntekt på til sammen 400.000 kroner ved å sende ut en million spam mailer.

Et annet eksempel hvor det er store penger å hente for firmaer med uærlige hensikter, er villedende postordre-reklame. Dette kan dreie seg om tiltak av typen «Du har vunnet 10.000 kr. Alt du må gjøre for å få pengene er å kjøpe et slankemiddel». En annen variant er falske lottosystemer som garanterer gevinst. Beløpet som forbrukere bes betale i slike saker ligger mellom 200 og 400 kr, vanligvis ca. 300 kr.

I sak for Borgarting Lagmannsrett (dom av 26. juni 2002 – Staten v/Forbrukerombudet mot Euromail og Frank Otto Brunstrøm) uttalte daglig leder for postordrefirmaet Euromail AS at den villedende markedsføringen ble sendt ut til ca. 150.000 mottakere pr utsendelse, og at maks 10 % av disse responderte. Dersom 10 % av mottakerne svarer og summen hver enkelt av disse betaler er 300 kroner, gir dette da en salgsinntekt i størrelsesorden 4.500.000 pr utsendte markedsføringstiltak.

Som et siste eksempel kan nevnes enkelte selskaper som hver i løpet av ett års tid har foranlediget over 1000 klager på villedende markedsføring og negativt salg til Forbrukerrådet og Forbrukerombudet etter å ha benyttet pågående former for markedsføring som for eksempel telefonsalg og gatesalg. I disse sakene er det svært mange forbrukere som havner i tvist med selskapene om betaling av beløp fra om lag 200 kroner og opp til kr. 1000. Til sammen utgjør alle disse kravene betydelige beløp som firmaene forsøker å tilvende seg ved hjelp av villedende metoder og påstander om at det er inngått avtaler uten at dette er tilfelle. Når forbrukerne nekter å betale, blir de så truet med inkasso.

Alle disse eksemplene er tilfeller hvor Forbrukerombudet og Markedsrådet med de sanksjonsmulighetene vi har til rådighet i dag kommer til kort. Og når politiet ikke prioriterer disse sakene, blir resultatet både en dårlig beskyttelse av forbrukerne og tilnærmet fritt leide for useriøse næringsdrivende som gjennom sin opptreden kan volde tap av omdømme og skadevirkninger for en hel bransje.

Det er derfor svært viktig at Forbrukerombudet og Markedsrådet, i tillegg til å beholde muligheten for å fastsette en tvangsmulkt, også gis mulighet til å kunne fastsette et overtredelsesgebyr i de sakene hvor dette er nødvendig for å stanse den lovstridige virksomheten.

Trussel om en direkte og ubetinget sanksjon som overtredelsesgebyr vil i langt større grad enn trusselen om en betinget tvangsmulkt virke avskrekkende på useriøse aktører. Og skulle disse likevel bli fristet til å iverksette markedsføring i strid med loven, kan det raskt og effektivt gripes inn mot denne med en direkte økonomisk sanksjon. Resultatet vil bli at færre grove overtredelser av loven i det hele tatt iverksettes, og at de overtredelsene som skjer raskere vil bli stanset, samtidig som den ansvarlige får en reaksjon som står i forhold til lovbruddet.

Etter at Sanksjonsutvalgets utredning forelå, er det en rekke offentlige organer som har fått eller er i ferd med å bli gitt hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på enkelte deler av lovgivningen de fører kontroll med. Som eksempler kan nevnes Konkurransetilsynet, Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) og Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB). Dette viser at overtredelsesgebyr blir ansett som et hensiktsmessig og nødvendig sanksjonsmiddel for å gripe inn mot dem som bryter klare forbud eller påbud i lovgivningen. Som jeg har redegjort for ovenfor, er det et klart behov for at også Markedsrådet og Forbrukerombudet gis hjemmel til å benytte

dette virkemiddelet ved enkelte overtredelser av markedsføringsloven.

Ut fra hensynet til forutberegnlighet er jeg helt enig i at hjemmelen til å knytte overtredelsesgebyr til vedtak begrenses til de klare overtredelsene av markedsføringsloven som tilsvarende dagens § 2a, § 2b, § 2c, § 3a og § 9d, samt den såkalte «svartelisten».

Justisdepartementet har ikke merknader til at det innføres hjemmel for overtredelsesgebyr, men kommenterer enkelte lovtekniske spørsmål i den forbindelse, jf. punkt 15.9.9 nedenfor. Videre anmoder Justisdepartementet om at skyldkravet blir drøftet i proposisjonen.

Næringslives Hovedorganisasjon (NHO) uttaler følgende:

«NHO mener at administrative sanksjoner kun bør kunne ilegges av Markedsrådet.

NHO ser at dagens sanksjonssystem åpner for misbruk. Aktører kan klare å gjennomføre ulovlige markedsføringstiltak før forbrukermyndighetene rekker å gripe inn og uten at myndighetene kan komme med en reaksjon i ettertid, annet enn trusselen om tvangsgebyr ved gjentakelse. Det er ingen grunn til å beskytte slik utnyttelse av systemet. De grove tilfellene bør straffefølges. For de andre tilfellene kan ileggelse av overtredelsesgebyr kunne være effektivt. NHO mener at overtredelsesgebyr kun skal kunne ilegges av Markedsrådet. Det bør ikke kunne ilegges ved brudd på rettslige standarder, hvor vurderingene vil være utpreget skjønnsmessige.»

15.9.6.4 Departementets vurderinger

En svakhet ved dagens ordning, er at spekulative næringsdrivende kan slippe unna med førstegangs overtredelser. Det er mulig både å tjene store penger og unndra seg reaksjoner ved å gå raskt inn og ut av markedet med ulovlige markedsføringskampanjer. Problemene er utførlig redegjort for i Forbrukerombudets høringsuttalelse. Departementet vil også vise til at tilsvarende problemer i Sverige medførte at man der i 1995 innførte «marknadstørningsavgift», jf. punkt 15.9.4 ovenfor.

Innføring av overtredelsesgebyr må antas å ha en preventiv effekt, ved at det vil være en mer reell risiko for å bli stilt økonomisk til ansvar for brudd på markedsføringsloven enn dagens trussel om straff (bøter) utgjør. Departementet legger til grunn at man også i fremtiden vil måtte leve med at politiet og påtalemyndigheten ikke vil prioritere å straffefølge brudd på markedsføringsloven.

Overtredelsesgebyr vil være et effektivt virkemiddel som i stor grad vil kunne erstatte straff som

sanksjon, noe som vil være i tråd med Sanksjonsutvalgets anbefalinger.

Til TV2s merknader vil departementet vise til at effektive sanksjoner anses nødvendige, og vil for øvrig vise til punkt 3.5 om forholdet til ytringsfriheten.

Departementet ser at det kan være utfordringer når det gjelder å klarlegge fakta, slik Markedsrådet har påpekt. Etter departementets syn er dette likevel ikke et avgjørende argument mot å innføre hjemmel for overtredelsesgebyr. Forvaltningens vedtak forutsettes å bygge på korrekte fakta, jf. forvaltningsloven § 17 om forvaltningsorganets utrednings- og informasjonsplikt. Hvis feil fakta skulle legges til grunn, vil den næringsdrivende kunne få vedtaket omgjort eller kjent ugyldig.

På denne bakgrunn opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet og foreslår at det innføres hjemmel for overtredelsesgebyr ved brudd på enkelte av de spesifikke forbudene i markedsføringsloven. Det vises til forslag til § 43 og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.9.7 Diverse spørsmål i forbindelse med overtredelsesgebyr

15.9.7.1 Hvilke bestemmelser bør sanksjoneres med overtredelsesgebyr?

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).

15.9.7.2 Skyldkrav

Justisdepartementet og Advokatforeningen tar opp spørsmål om skyldkrav for ileggelse av overtredelsesgebyr. Advokatforeningen foreslår å bruke konkurranseloven § 29 som mønster, slik at det i lovtaksten fremgår at skyldkravet er forsett eller uaktsomhet.

Sanksjonsutvalget drøfter spørsmål om skyld i NOU 2003:15 på side 185. Etter utvalgets syn vil et naturlig utgangspunkt være at skyldkravet ved administrative sanksjoner er forsett eller uaktsomhet.

Etter departementets syn er det ønskelig å fange opp uaktsomme overtredelser av de aktuelle bestemmelsene i markedsføringsloven. Et rent objektivt ansvar synes på den annen side for strengt. Departementet er etter dette blitt stående ved at skyldkravet bør være forsett eller uaktsomhet, og foreslår at dette kommer til uttrykk i forslag til § 43 første ledd.

15.9.7.3 Beviskrav

Når det gjelder beviskrav er utgangspunktet forskjellig i sivile saker og straffesaker. I sivile saker er utgangspunktet at retten skal legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig (i prinsippet er 51 % sannsynlighet nok). I straffesaker er det oppstilt meget strenge krav til bevisene, og enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.

Sanksjonsutvalget drøfter spørsmål om beviskrav i NOU 2003:15 på side 185. Det gjøres rede for at det fra begge utgangspunktene vil kunne skje nyanseringer i praksis. I realiteten er det derfor ikke stor forskjell mellom beviskravene i straffesaker og sivile saker. Utvalget finner ikke grunn til å fastsette særlige beviskrav for saker om administrative sanksjoner. Utvalget mener at gjeldende regler gir rom for nyansering som i praksis må anses tilfredsstillende. I saker der det dreier seg om alvorlige forhold og en inngrepende sanksjon, vil det være aktuelt å stille strenge krav til bevisene. I enklere saker der det er aktuelt med mindre reaksjoner kan beviskravene settes lavere.

Spørsmål om beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr ble grundig vurdert i forbindelse med vedtagelsen av konkurranseloven. I forarbeid

dene til konkurranseloven, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 117 uttales følgende:

«Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakens interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Etter departementet vurdering bør ikke denne avveiningen vektes skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosessrettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtredersens disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik fleksibel sanksjon som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak.»

I stortingsbehandlingen støttet flertallet i komiteen at det ikke er grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker.

Departementet ser klare paralleller mellom konkurranseloven og markedsføringsloven når det gjelder de samfunnsmessige hensyn lovene skal ivareta. Vurderingen som ble foretatt i forbindelse med vedtagelsen av konkurranseloven, har derfor langt på vei gyldighet når det gjelder det tilsvarende spørsmålet etter markedsføringsloven.

I rettspraksis har det i ulike sammenhenger vært stillet krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt når det er tale om å bygge på et særlig belastende faktum for parten. Det vises til Høyesteretts dom 21. desember 2007 (HR-2007–02162-A), særlig avsnitt 32 med videre henvisninger.

På denne bakgrunn foreslår departementet ingen særlige bevisregler når det gjelder ileggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven. Det betyr at alminnelige bevisregler i sivile saker foreslås å gjelde for disse sakene.

15.9.7.4 Forholdet til Grunnloven 96

Det følger av Grunnloven § 96 at ingen må straffes uten etter dom. Som nevnt i punkt 15.9.6.1 regnes ikke overtredelsesgebyr som straff i norsk rett, selv om det er klare likheter med bøtestraff. I prinsippet er det likevel ikke avgjørende om en sanksjon formelt benevnes som straff eller ikke, da en må vurdere sanksjonen opp mot Grunnloven § 96 materielt sett. Spørsmålet er da hvilke skranker for administrative sanksjoner som ligger i bestemmelsen.

Sanksjonsutvalget drøfter hva som ligger i begrepet «straff» i Grunnloven § 96 i NOU 2003:15 side 54–58. Det vises til at det i praksis har blitt lagt stor vekt på om den aktuelle sanksjonen formelt er definert som straff etter straffeloven. Ikke-frihetsberøvende sanksjoner ilagt av administrative myndigheter har så langt ikke i noe tilfelle blitt ansett for å være i strid med Grunnloven § 96. Det kan likevel ikke utelukkes at en administrativ sanksjon unntaksvis kan bedømmes som straff etter Grunnloven § 96. Hensyn ved vurderingen vil være reaksjonens art og omfang, samt hva slags overtredelse den er en reaksjon på. Etter utvalgets syn må forholdet til Grunnloven vurderes for den enkelte sanksjonshjemmel i lovverket. Utvalget legger til grunn at bl.a. større overtredelsesgebyrer vil være forenlige med Grunnloven dersom ordningen er sakelig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier – herunder klageadgang og adgang til domstolsprøvelse – og lovgiver har gitt uttrykk for at sanksjonen ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand.

Departementet har vurdert forslaget om hjemmel for overtredelsesgebyr i markedsføringsloven opp mot disse kriteriene. Det legges særlig vekt på at den primære kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr vil ligge hos Markedsrådet, som er et domstolsliknende forvaltningsorgan. Videre vil vedtakene kunne prøves av de ordinære domstolene. Etter departementets vurdering går forslaget klar av Grunnloven § 96.

15.9.7.5 Forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1 har et forbud mot gjentatt forfølgning («dobbelstraff»). Sanksjonsutvalget redegjør for innholdet i bestemmelsen i NOU 2003:15 på side 111–118. Videre heter det på side 158 i utredningen at:

«Slik rettstilstanden nå avtegner seg, særlig etter Høyesteretts plenumsavgjørelser av 3. mai 2002 (Rt 2002 side 497, Rt 2002 side 509 og Rt 2002 side 557) og de senere avgjørelser i Rt 2002 side 1216 (førerkort), Rt 2002 side 1271 (inndragning) og avgjørelsen av 28. februar 2003 (utestegning fra dagpenger) er det grunn til å regne med at administrative sanksjoner, slik utvalget har definert dem i punkt 9.4 og 11.3 lett vil bli oppfattet som «criminal charge» etter EMK artikkel 6/«penalty» etter artikkel 7. Dermed vil det kunne inntre forbud etter tilleggsprotokollens artikkel 4 mot gjentatt forfølgning for samme forhold. Etter plenumsdommene fra 2002 er det uten betydning om den administrative sanksjon eller straffen ilegges først.»

Departementet legger etter dette til grunn at en overtredelse ikke kan ilegges overtredelsesgebyr og straff for samme handling. Om forholdet mellom administrative sanksjoner, andre forvaltnings tiltak og straff vises det ellers til punkt 16.2 nedenfor.

Videre er det innfortolket et vern mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til rettferdig rettergang. Innføring av hjemmel for overtredelsesgebyr som sanksjon, reiser nye spørsmål om Forbrukerombudets og Markedsrådets rett til å kreve opplysninger etter markedsføringsloven. I dag har de en vidtgående rett til å kreve relevante opplysninger etter markedsføringsloven § 15, som foreslås videreført i forslag til § 33.

Sanksjonsutvalget redegjør for innholdet i selvinkrimineringsvernet etter EMK i NOU 2003:15 på side 103–107. Forholdet mellom opplysningsplikten til forvaltningen og vernet mot selvinkriminering er behandlet på side 188–191. På side 188 heter det bl.a.:

«Kjernen i dette [selvinkrimineringsvernet etter EMK] er at den som får en straffesiktelse eller sak om administrative sanksjoner rettet mot seg, ikke under trussel om straff eller annen tvang skal pålegges å gi opplysninger om forhold av betydning for sanksjonsspørsmålet. Utvalget legger også til grunn at det kan være i strid med selvinkrimineringsvernet å pålegge en «siktet» å delta aktivt i å finne frem til inkriminerende dokumenter, jf. punkt 5.7.12.3, selv om det er adgang til å ta beslag i slike dokumenter eller andre eksisterende bevisgjester. Vedkommende har altså ikke rett til å motsette seg eller hindre at slike dokumenter utleveres eller fremskaffes på annen måte, herunder ved å nekte tilgang til kontorlokaler ved lovhjemlede kontrollundersøkelser, inspeksjoner o.l.»

Utvalget foreslår en ny bestemmelse i forvaltningsloven, som er ment å gjelde generelt i saker om administrative sanksjoner. Forslaget lyder slik:

«§ 53. (vern mot selvinkriminering)

I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.»

Selvinkrimineringsvernet i forhold til opplysningsplikt til forvaltningen er også behandlet i forarbeidene til konkurranseloven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 145–146. I den forbindelse ble det ikke lovfestet spesielle regler om dette, men det ble bl.a. vist til at en avventet oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets innstilling.

Det er klart at vernet mot selvinkriminering etter EMK gjelder uavhengig av reglene i markedsføringsloven. På dette området er retten under stadig utvikling, og avklaringene vil måtte skje i Den europeiske menneskerettighetsdomstol og norsk rettspraksis. Dersom forslaget til en generell bestemmelse om vern mot selvinkriminering innføres i forvaltningsloven, vil den også gjelde for saker etter markedsføringsloven. Departementet ser etter dette ikke grunn til å innføre spesielle regler om selvinkriminering i markedsføringsloven.

15.9.7.6 Utmåling

Overtredelsesgebyr kan utmåles individuelt eller etter faste satser. Brudd på de aktuelle bestemmelsene i markedsføringsloven kan ha svært ulikt omfang og virkninger. Departementet mener på denne bakgrunn at gebyrene bør utmåles individuelt.

I *høringsforslaget* ble det foreslått at det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret særlig skal legges vekt på den næringsdrivendes økonomiske forhold og overtredelsens grovhet og varighet.

Forbrukerombudet uttaler at «varighet» bør byttes ut med «omfang». Ombudet mener dette vil være mer dekkende i mange situasjoner hvor man har å gjøre med markedsføring, f.eks. ved utsendelse av uanmodet e-postreklame.

Etter en fornyet vurdering foreslår departementet å angi i lovteksten at det skal legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. forslag til § 43 annet ledd. «Grovhet» vil hensepeile generelt på hvor alvorlig lovbruddet er. «Omfang»

vil innbefatte både det kvantitative aspektet og varigheten. Det foreslås også en forskriftshjemmel som kan brukes til å gi mer utfyllende regler om utmåling, jf. forslag til § 43 fjerde ledd.

Det vises til forslag til § 43 og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

15.9.8 Fullbyrding av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr

15.9.8.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 16 annet til femte ledd har regler om fullbyrding av tvangsgebyr. Ved overtredelse av et forbudsvedtak hvor det er fastsatt et tvangsgebyr, utferdiger Forbrukerombudet forelegg, med mindre særlige grunner foreligger. Forelegg kan likevel ikke utferdiges dersom forbudsvedtaket er truffet for mer enn 3 år siden, eller overtredelsen er avsluttet for mer enn 2 år siden. Vedkommende som blir ilagt forelegget har en frist på minst 3 uker til å erklære om forelegget vedtas. Et vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg.

Dersom forelegget ikke vedtas frivillig, skal Forbrukerombudet reise søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret. Mekling i Forliksrådet er ikke nødvendig i disse tilfellene. Forbrukerombudet kan unnlate å reise søksmål dersom særlige grunner foreligger. Foruten å prøve lovligheten av forelegget kan domstolen innenfor rammen av partenes påstander prøve de skjønnsmessige sider ved utmålingen av tvangsgebyret. Forbrukerombudets utferdigelse av forelegg og beslutning om å reise søksmål kan ikke påklages til Markedsrådet.

15.9.8.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

I høringsnotatet redegjorde departementet for at Forbrukerombudet en rekke ganger har måttet gå til sak for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret. Det er sjelden næringsdrivende har vedtatt forelegget frivillig. Dagens ordning medfører at Forbrukerombudet må bruke store ressurser på å inndrive tvangsgebyrene. Samtidig tar det lang tid fra overtredelsen fant sted til det foreligger en rettskraftig avgjørelse fra domstolene som bekrefter at den næringsdrivende må betale tvangsgebyret, gjerne opp mot et par år. Forbrukerombudet har sett en rekke eksempler på at den næringsdrivende har tappet selskapet eller gått konkurs i mellomtiden.

På bakgrunn av dette, samt anbefalingene til Sanksjonsutvalget, ble det i høringsnotatet foreslått at vedtak om betaling av tvangsmulkt og over-

tredelsesgebyr i seg selv skal være tvangsgrunnlag for utlegg. Det lå også i forslaget i høringsnotatet at det må være opp til den næringsdrivende å bringe vedtaket inn for domstolene hvis vedkommende vil ha saken prøvet der.

Handels- og Servicenærings Hovedorganisasjon (HSH) er sterkt kritisk til en ordning hvor vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skal være særskilte tvangsgrunnlag. HSH mener at de alminnelige regler om tvangsgrunnlag og tvangsfullbyrdelse fortsatt må gjelde i disse tilfeller.

Nærings- og handelsdepartementet uttaler at dersom forslaget gjennomføres, bør reglene kun gjelde for endelige vedtak av Markedsrådet. Fremskyndede vedtak truffet av Forbrukerombudet bør etter NHDs oppfatning ikke kunne være tvangsgrunnlag, særlig dersom slike vedtak skal være midlertidige.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) kommenterer forslaget slik:

«Overtredelsesgebyr er en straffeliknende sanksjon, og NHO mener at dette må medføre at det legges inn en rettssikkerhetsgaranti i form av krav om at dersom ikke overtredelsesgebyret vedtas har Markedsrådet søksmålsbyrden. Dette kan gjøres etter den modell som er brukt i dagens § 16 fjerde ledd.

NHO mener også at tilsvarende søksmålsbyrderregel må gjelde (som i dag) for ileggelse av tvangsmulkt.

For det tilfelle at det blir fastsatt at også Forbrukerombudet har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr eller tvangsmulkt, er det av rettsikkerhetshensyn svært viktig at Forbrukerombudets vedtak kan klages inn for Markedsrådet og at det lovfestes at klagen har oppsettende virkning (automatisk, uten at det må begjæres).

(...)

NHO går sterkt imot at vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skal være særlig tvangsgrunnlag, slik at forbrukermyndighetene skal kunne gå til direkte inndrivelse av mulkten/gebyret med mindre den næringsdrivende tar ut søksmål. Dette vil innebære en svekkelse av de næringsdrivendes rettssikkerhet. Dette gjelder særlig dersom også Forbrukerombudet har vedtakskompetanse, se argumentasjonen i de to foregående punkt. NHO anbefaler at de alminnelige regler om tvangsgrunnlag og tvangsfullbyrdelse fortsatt skal gjelde for tvangsmulkt og (eventuelt) overtredelsesgebyr.»

Markedsrådet slutter seg til departementets forslag om at vedtak fra Forbrukerombudet og Mar-

kedsrådet skal være tvangsgrunnlag. Det samme gjelder forslaget om å snu søksmålsbyrden.

Forbrukerrådet støtter at vedtak om overtredelsesgebyr og tvangsmulkt gis tvangskraft. Videre stiller Forbrukerrådet seg positivt til forslaget om å snu søksmålsbyrden ved at den legges på den næringsdrivende i stedet for på Forbrukerombudet som nå. Dette bl.a. fordi det vil kunne hindre at den næringsdrivende trenerer saken i den hensikt å innkassere økonomisk gevinst ved fortsatt ulovlig markedsføring, eller tappe virksomheten for midler med mer. Forbrukerrådet uttaler at en slik regel trolig vil føre til raskere prosesser ved at Forbrukerombudet kan gå direkte til tvangsinndrivning uten å måtte gå om domstolen, så sant ikke den næringsdrivende tar rettslige skritt. Det vises til at en slik ordning trolig vil gi prosessøkonomiske fordeler ved at færre saker reises for domstolene.

Forbrukerombudet støtter forslaget ut fra hensynet til effektivitet og å unngå å belaste domstolene unødige. Ombudet viser til at han i bortimot samtlige av sakene som har vært anlagt har fått medhold av domstolene. Det fremholdes at saker som har gått så langt at det har blitt skrevet ut forelegg om tvangsgebyr, som regel også har vært saker hvor man har hatt å gjøre med klare overtredelser av markedsføringsloven. Forbrukerombudet uttaler at det er grunn til å tro at flere næringsdrivende som ved unnløstelse av å vedta forelegg har havnet i en rettsprosess, ville sett at det beste ville vært å vedta forelegget dersom de selv hadde måttet initiere søksmålsprosessen og rådføre seg med juridisk ekspertise i denne forbindelse. Videre viser ombudet til at forslaget er i tråd med anbefalingene til Sanksjonsutvalget og at det også allerede i dag er slik når det gjelder mange av de vedtak om gebyrer som forvaltningen treffer.

15.9.8.3 Departementets vurderinger

Om bakgrunnen og begrunnelsen for dagens ordning vises det til Ot.prp. nr. 34 (1994–1995), særlig side 5–6 og 15–16. Det daværende Forbruker- og administrasjonsdepartementet opprettet en arbeidsgruppe, som i 1990 kom med forslag til en tvangsgebyrordning. I henhold til dette forslaget skulle administrativt tvangsgebyr være grunnlag for betalingsplikt, og endelig fastsatt tvangsgebyr skulle være gjenstand for utpanting. Forslaget ble sendt på høring i 1990, og det ble fra flere hold reist spørsmål om forslaget kunne anses å være i strid med Grunnloven § 96 og om hensynet til rettsikkerheten var tilstrekkelig ivaretatt. På denne bakgrunn ble forslaget ikke fulgt opp. Departementet

sendte i 1994 et nytt forslag på høring som danner grunnlag for dagens regler. I dag kreves en domstolsavgjørelse for å inndrive tvangsgebyret hvis den næringsdrivende ikke selv vedtar det.

Sanksjonsutvalget behandler spørsmålet om fullbyrding av administrative sanksjoner i NOU 2003:15 på side 206–210. Om tvangsgrunnlag sies bl.a. følgende på side 206–207:

«Etter tvangsfullbyrdelsesloven må kravshavere for å kunne tvangsfullbyrde sine krav, ha et tvangsgrunnlag. Det er upraktisk at det offentlige skal være henvist til å reise sivilt søksmål og oppnå dom for å kunne tvangsfullbyrde en administrativ sanksjon. Det vil være urimelig byrdefullt og tungvint, og vil dessuten lede til unødige og store ekstrakostnader for den som ilegges en administrativ sanksjon og ikke betaler i tide. Ordningen for administrative sanksjoner bør etter utvalgets syn være slik den i dag er på de aller fleste offentligrettslige områder, der krav fastsatt i medhold av lovgivningen er såkalt særskilt tvangsgrunnlag, se tvangsfullbyrdelsesloven § 4–1 tredje ledd. Det innebærer at sanksjonsvedtaket som sådan danner tvangsgrunnlag og at forvaltningen ikke er nødt til å få fastslått oppfyllelseplikten ved dom, men kan gå direkte til tvangsinndrivning. En slik løsning er etter utvalgets syn ikke betenkelig ut fra hensynet til den som ilegges administrativ sanksjon. Vedkommende har uansett anledning til å få prøvet de innsigelsene han måtte ha mot sanksjonen. Innsigelsene kan både fremmes gjennom administrativ klage og på de måter som omtales under punkt 12.10.6.»

Et vedtak om tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr vil kunne bringes inn for domstolene til prøving. Den vanlige ordningen er at den som er misfornøyd med et forvaltningsvedtak selv må reise sak for å få det prøvet. Sanksjonsutvalget behandler spørsmålet om hvem som skal ha søksmålsbyrden i NOU 2003:15 side 195. Utvalget finner at hensynet til effektivitet må føre til at hovedregelen bør være at den private part har ansvar for å reise sak om sanksjonens lovlighet, i samsvar med den alminnelige regel om dette for forvaltningen ellers.

Departementet slutter seg til Sanksjonsutvalgets vurderinger. Som redegjort for i høringsnotatet, er dagens ordning ressurskrevende for Forbrukerombudet og det kan være uheldig at det går lang tid mellom overtredelse av et forbudsvedtak til det foreligger tvangsgrunnlag. I mellomtiden kan den næringsdrivende ha gått konkurs og ha opprettet nye selskaper, slik at det opprinnelige tvangsgebyret ikke kan gjøres gjeldende. På denne bakgrunn opprettholder departementet forslagene i høringsnotatet, og foreslår at vedtak om overtredelse

delsesgebyr og tvangsmulkt skal være tvangsgrunnlag for utlegg. I samsvar med den vanlige ordningen ellers, vil det være opp til den næringsdrivende å gå til søksmål om vedtakene skal prøves for domstolene.

Etter forslaget her vil det fortsatt være Markedsrådet som har den primære kompetansen til å fatte vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr. Forbrukerombudet vil unntaksvis kunne fatte vedtak selv i «hastesaker» mv., og vedtaket vil da kunne påklages til Markedsrådet. Spørsmålet blir da om klage på Forbrukerombudets vedtak skal gis oppsettende virkning, dvs. at vedtaket ikke iverksettes i påvente av Markedsrådets avgjørelse.

Den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 42 er at klage ikke gis oppsettende virkning med mindre det bestemmes i det enkelte tilfelle. Det samme gjelder dersom det reises søksmål for å få prøvet vedtaket for domstolene. Sanksjonsutvalget har ikke funnet grunn til å fravike disse reglene når det gjelder spørsmålet om når vedtak om administrative sanksjoner blir bindende, jf. NOU 2003:15 side 207. I utvalgets forslag til mønsterbestemmelse om overtredelsesgebyr, fremgår det at oppfyllelsesfristen for et overtredelsesgebyr er 4 uker etter at førsteinstansvedtaket er truffet, med mindre annet fastsettes i særregler eller vedtaket selv. Når det gjelder spørsmålet om når vedtakene skal få tvangskraft, mener utvalget at de beste grunner taler for at bare *endelige* vedtak skal gi tvangsgrunnlag. Det betyr at tvangfullbyrdelse ikke kan skje før klagefristen er ute, eller dersom ileggelsen er påklaget, før klageinstansen har truffet vedtak. På den annen side vil tvangfullbyrdelse kunne skje selv om det anlegges sivilt søksmål der sanksjonsvedtakets gyldighet bestrides.

Etter departementets syn er dette en balansert løsning, og det foreslås en ordning i tråd med Sanksjonsutvalgets anbefaling. Dette er også i tråd med Nærings- og handelsdepartementets syn om at tvangskraften bør knyttes til endelige vedtak av Markedsrådet. I forslaget til lovtekst er det presisert at «endelig vedtak» om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Ellers vil den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 42 gjelde. Dette innebærer at en klage på Forbrukerombudets vedtak til Markedsrådet ikke gis oppsettende virkning med mindre dette bestemmes i det enkelte tilfelle.

Det vises til forslag til §§ 42 tredje ledd og 43 tredje ledd og de spesielle merknadene til bestemmelsene.

15.9.9 Forholdet mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr

I *høringsforlaget* ble det foreslått at både vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skulle være tilknyttet Forbrukerombudets og Markedsrådets individuelle forbuds- eller påbudsvedtak.

Forbrukerombudet, Forbrukerrådet og Advokatforeningen etterlyser i sine høringsuttalelser en avklaring av i hvilke tilfeller det er aktuelt å ilegge henholdsvis overtredelsesgebyr og tvangsmulkt. Forbrukerombudet uttaler at overtredelsesgebyr bør anvendes når det dreier seg om grov eller gjentatt overtredelse, mens vedtak om tvangsmulkt bør anvendes i øvrige tilfelle.

Justisdepartementet stiller spørsmål ved om man lovteknisk bør formulere seg slik at overtredelsesgebyr løsrives fra de individuelle forbuds- eller påbudsvedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet. Justisdepartementet viser til at hvis en overtredelse allerede er opphørt, kan det være at det ikke er aktuelt å fatte forbudsvedtak, men det kan likevel være på sin plass å ilegge et overtredelsesgebyr.

Som redegjort for i punkt 15.9.5 og 15.9.6 ovenfor er det grunnleggende forskjeller mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr. Tvangsmulkt er «fremover-rettet» og regnes ikke som en sanksjon etter Sanksjonsutvalgets terminologi. Overtredelsesgebyr er «tilbakeskuende» og regnes om en administrativ sanksjon slik utvalget har definert begrepet.

Siden overtredelsesgebyr vil rette seg mot noe som har skjedd, mens tvangsmulkten retter seg mot eventuelle fremtidige overtredelser, kan ikke samme overtredelse/handling utløse begge reaksjoner.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at begge reaksjoner fastsettes i samme vedtak. I vedtaket kan det således konstateres at en overtredelse har skjedd og fastsettes et overtredelsesgebyr, mens det kan fattes forbudsvedtak mot gjentakelse som eventuelt vil utløse tvangsmulkt.

Som Justisdepartementet peker på, kan det i prinsippet tenkes at det ikke er aktuelt å fatte forbuds- eller påbudsvedtak, men likevel være på sin plass å ilegge overtredelsesgebyr. På denne bakgrunn har departementet omformulert lovteksten, slik at det fremgår at vedtak om overtredelsesgebyr kan fattes på selvstendig grunnlag dersom visse bestemmelser er overtrådt. Det vises til forslag til § 43 første ledd.

Etter forslaget her vil overtredelsesgebyr bare være aktuelt for visse av lovens «klare» og ikke skjønnsmessige bestemmelser. Ved brudd på de

samme bestemmelsene foreslås en fremskyndet fremgangsmåte, ved at Forbrukerombudet ikke behøver å forsøke å komme til frivillig ordning på vanlig måte, jf. punkt 15.7.4 ovenfor. På denne bakgrunn er departementet enig med Forbrukerombudet i at overtredelsesgebyr bør være forbeholdt grove eller gjentatte overtredelser av de aktuelle bestemmelsene. For øvrig vil (fremskyndet) forbudsvedtak med tvangsmulkt etter departementets syn være adekvate reaksjoner.

Ut fra hensynet til forutberegnelighet finner departementet det naturlig at «gjentatt» overtredelse henspeiler på at det er ilagt en reaksjon for brudd på *samme bestemmelse* tidligere. På dette punkt foreslås en annen løsning for straff, jf. punkt 16.1.3.2 nedenfor.

Når det gjelder forholdet mellom straff som raksjon og illeggelse av overtredelsesgebyr, vises det til punkt 16.2 nedenfor.

16 Straff og straffeprosessuelle regler

16.1 Straff

16.1.1 Gjeldende rett

Etter markedsføringsloven § 17 er brudd på de fleste av lovens materielle bestemmelser om markedsføring, dvs. nåværende §§ 2 til 9, straffbare. Videre er overtredelse av vedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet i seg selv straffbart. Overtredelse av den alminnelige bestemmelsen i § 1, samt § 9 a om urimelige avtalevilkår er derimot ikke belagt med straff. Årsaken til dette er hensynet til forutberegnelighet og at disse bestemmelsene har en utpreget skjønnsmessig karakter.

Skyldkravet er forsett, likevel slik at uaktsom overtredelse av §§ 2 (villedende forretningsmetoder), 2 a første ledd (negativt salg) og 3 (utilstrekkelig veiledning) også kan straffes. Uaktsomhet er også tilstrekkelig når det gjelder overtredelse av vedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet.

Medvirkning rammes, og overtredelse anses som forseelse og ikke som forbrytelse etter straffeloven. Dette siste innebærer bl.a. at forsøk ikke er straffbart, jf. straffeloven § 49 annet ledd.

Straffen er bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse. I grove tilfeller kan det for eksempel være aktuelt å benytte bedrageribestemmelsen i straffeloven.

Straff kommer ikke til anvendelse for overtredelse foretatt av en ekspeditør, betjent eller annen liknende underordnet når den vesentlig har vært foranlediget av vedkommendes avhengige stilling til den næringsdrivende.

Straff kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av § 7 (bedriftshemmeligheter) når kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheten er oppnådd i et tjeneste- eller tillitsvervsforhold eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold og mer enn 2 år er gått siden forholdet opphørte.

Straffebestemmelsen i markedsføringsloven har vært endret flere ganger siden vedtagelsen i 1972. Bl.a. er flere uaktsomme overtredelser gjort straffbare av bevismessige hensyn. Strafferammen ble også utvidet fra 3 til 6 måneders fengsel i 2001,

særlig for å gi bedre muligheter for å bruke straffeprosessuelle virkemidler, jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) side 27.

Brudd på markedsføringsloven er sjelden gjenstand for straffeforfølgning. I forbrukerforhold er det derfor den administrative håndhevingen til Forbrukerombudet og Markedsrådet som er desidert viktigst. Disse behandler til sammen flere tusen saker årlig. Til sammenligning har departementet registrert at Høyesterett i alt har behandlet 6 saker om straff etter markedsføringsloven i løpet av de 35 årene loven har vært i kraft.

16.1.2 Forslaget i høringsnotatet og høringsinstansenes syn

Under forutsetning av at de administrative sanksjonsmulighetene styrkes, foreslo departementet i høringsnotatet at straffebestemmelsen i markedsføringsloven innskrenkes. Dvs. at straff forbeholdes grove eller gjentatte overtredelser. Det ble også foreslått at de nye bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis, samt de nye bestemmelsene om beskyttelse av barn, også inkluderes i straffehjemmelen. For øvrig ble det foreslått å videreføre dagens straffebestemmelse.

Advokatforeningen uttaler bl.a.:

«Under forutsetning av at de administrative sanksjonsmulighetene styrkes, slik departementet har foreslått, er Advokatforeningen enig i at straffebestemmelsen kan innskrenkes. Det vises til departementets uttalelser i høringsnotatet på side 180 om at en dobbeltsporet behandling bør unngås. Det vises også til de generelle vurderinger som er gjort av dette i NOU 2003:15 fra Bot til Bedring.

Advokatforeningens syn er at hele straffebestemmelsen bør gjennomgås på nytt.

Når det gjelder utkastet til straffebestemmelse § 13–1 kan Advokatforeningen ikke se at det er gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor mønsterbestemmelsen for straff i NOU 2003:15 ikke er lagt til grunn for forslaget. Advokatforeningen vil anbefale at det tas utgangspunkt i den foreslåtte mønsterbestemmelse, slik at for eksempel skyldkravet fremgår uttrykkelig av selve lovbestemmelsen, og at ter-

minologien for øvrig følger de anbefalinger som der er gitt.»

Videre mener Advokatforeningen at det er behov for en begrunnelse for hvorfor enkelte bestemmelser i høringsutkastet, bl.a. deler av dagens generalklausul, straffsanksjoneres.

Forbrukerombudet har følgende merknader:

«Samtidig som jeg støtter forslaget om overtredelsesgebyr, støtter jeg også forslaget om å begrense straffehjemmelen i markedsføringsloven. I tråd med Sanksjonsutvalgets anbefalinger blir en naturlig konsekvens av en utvidelse av forvaltningens muligheter til å gripe inn mot nærmere angitte handlinger, at politiets begrensnes. Tatt i betraktning at politiet i meget liten grad har anvendt straffehjemmelen, er det neppe problematisk å innskrenke denne.»

16.1.3 Departementets vurderinger

16.1.3.1 Spørsmål om videreføring av straff

Sanksjonsutvalget går grundig inn på spørsmål om bruk av straff ved brudd på særlovgivningen i utredningen NOU 2003:15 *Fra bot til bedring*. Som nevnt i punkt 15.9.1 ovenfor, er et av hovedsynspunktene til utvalget at man bør gå over til økt bruk av administrative sanksjoner og mindre bruk av straff. Forslaget her må ses i sammenheng med at departementet foreslår å effektivisere håndhevingen til Forbrukerombudet og Markedsrådet på enkelte punkter, samt å innføre hjemmel for overtredelsesgebyr, jf. kapittel 15 ovenfor.

Utvalget har satt opp følgende momentliste som de mener lovgiver bør legge vekt på når det vurderes om brudd på en handlingsnorm skal gjøres straffbar:

- *Nødvendighet*: Det grunnleggende spørsmål er om det er nødvendig med en sanksjon ved overtredelse, og om sanksjonen i tilfelle må være straff. Behovet for kriminalisering bør vurderes konkret for hver enkelt handlingsnorm.
- *Subsidiaritet*: Det er normalt ikke grunn til å reagere med straff hvis tilstrekkelig grad av etterlevelse kan oppnås på annen måte.
- *De vernede interesser*: De interesser straffebestemmelsen skal beskytte bør i et samfunnsmessig perspektiv være så viktige at de forsvarer bruken av straff.
- *Alvorlighet*: Normalt bør straff bare brukes ved alvorlige overtredelser.
- *Håndheving*: Når en overtredelse gjøres straffbar, bør det være en forutsetning at straffbare handlinger i praksis vil bli søkt avdekket og straffetrusselen håndhevet.

På denne bakgrunn har departementet vurdert hvorvidt dagens straffehjemmel bør videreføres.

Departementet legger for det første vekt på at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke har kompetanse til å gripe inn overfor alle brudd på markedsføringsloven. Dette gjelder tilfellene der lovbruddet kun berører interessene til næringsdrivende, jf. lovforslaget kapittel 6. For disse tilfellene vil straff være den eneste mulige offentligrettslige sanksjon.

Markedsføringsloven bidrar til velfungerende markeder både sett fra forbrukernes og næringslivets side, og ivaretar dermed viktige samfunnsmessige hensyn. Departementet finner det ikke tvilsomt at disse hensynene er viktige nok til å forsvare bruk av straff.

Et moment er også at myndighetene har sterkere virkemidler til å inndrive bøter enn for eksempel overtredelsesgebyr. Ved illeggelse av bøter fastsettes det en subsidiær fengselsstraff som må sones dersom boten ikke betales. Departementet har merket seg at Sanksjonsutvalget på side 150 i NOU 2003:15 har uttalt seg spesielt om dette når det gjelder markedsføringsloven:

«På områder der trusselen om fengselsstraff ved unnlatt betaling er viktig av hensyn til sanksjonens preventive effekt bør man derfor beholde bøtestraffen. Et eksempel kan være brudd på markedsføringsloven, der overtredelsesgebyrer kan være vanskelige å inndrive. Det finnes flere eksempler på useriøse aktører i markedet som opptre gjennom stadig nye selskaper som går konkurs etter relativt kort tid, og der de aktuelle personer mangler både evne og vilje til å betale.»

Departementet ser at dette momentet taler for å beholde straffetrusselen i markedsføringsloven.

Siden straff er samfunnets strengeste sanksjon, antar departementet at trussel om straff har en større preventiv effekt enn risikoen for andre sanksjoner. Det vil også gi et mer fleksibelt og helhetlig sanksjonssystem, ved at myndighetene vil få større valgfrihet når det gjelder hvordan lovbruddet skal forfølges. Politiet og påtalemyndigheten har bedre etterforskningskompetanse enn Forbrukerombudet. Etter straffeprosessloven har de også adgang til å bruke tvangsmidler under etterforskningen, noe Forbrukerombudet ikke har. I saker der etterforskningskompetanse eller tvangsmidler er viktige, kan det være mest hensiktsmessig å forfølge saken strafferettslig.

For effektivt å motvirke useriøs næringsvirksomhet mv. er det etter departementets syn nødvendig med en trussel om straff for de mer kvalifi-

serte bruddene på markedsføringsloven. Ingen *høringsinstanser* har hatt innvendinger til dette. Departementets foreslår derfor at straff videreføres i markedsføringsloven, om enn i et mer begrenset omfang enn i dag.

16.1.3.2 *Kravet om kvalifiserte lovbrudd*

I høringsnotatet foreslo departementet å begrense bruken av straff til grove eller gjentatte overtredelser og at det skulle fremgå av lovteksten. Dette er i samsvar med anbefalingene til Sanksjonsutvalget. Ingen *høringsinstanser* har kommet med innvendinger til dette. Departementet opprettholder derfor forslaget, likevel med den forskjell at man i lovteksten benytter begrepet «vesentlig» i stedet for «grov». Dette er i overensstemmelse med begrepsbruken i Sanksjonsutvalgets mønsterbestemmelse om straff.

Når det gjelder hva som nærmere ligger i begrepet «vesentlig» vises det til spesialmerkningene til forslag til § 48.

Det foreslås et unntak fra vesentlighetskravet ved gjentatte overtredelser, dvs. der en næringsdrivende tidligere er ilagt straff eller overtredelsesgebyr for brudd på markedsføringsloven. Hvis overtrederen har brutt loven flere ganger, men ikke tidligere er ilagt noen sanksjon, er det etter departementets syn mer naturlig å vurdere forholdene opp mot vesentlighetskravet. Om det foreligger gjentagelse blir da et spørsmål om overtrederen tidligere er ilagt straff eller overtredelsesgebyr. Dette er i samsvar med Sanksjonsutvalgets syn, jf. NOU 2003:15 side 155.

Ved vurderingen av om det foreligger gjentagelse oppstår spørsmålet om man skal kreve at det er den samme bestemmelsen som er brutt, eller om det er nok at den tidligere overtredelsen gjaldt en annen bestemmelse i loven. Sanksjonsutvalget drøfter problemstillingen på generelt grunnlag i NOU 2003:15 på side 156. Utvalgets konklusjon er at normalordningen bør være at det avgjørende er om overtredelsene gjelder samme lov, eller forskrift i medhold av loven. Det fremheves at dette vil være en retts teknisk enkel og god løsning. Dette kommer også til uttrykk i utvalgets mønsterbestemmelser om straff.

Etter departementets syn vil man ved å kreve gjentatte brudd på samme bestemmelse, snevre inn grensen for det straffbare mer enn ønskelig. Departementet er derfor blitt stående ved at det er tilstrekkelig at det har skjedd gjentatte overtredelser av loven, evt. av forskrift gitt i medhold av loven dersom det fremgår av forskriften selv at overtredelse av forskriften er straffbar.

Forslaget om å stille vilkår om kvalifiserte overtredelser (vesentlige eller gjentatte) innebærer en delvis avkriminalisering av brudd på markedsføringsloven. Begrunnelsen er at de administrative sanksjonene styrkes, men dette gjelder likevel ikke for alle brudd på markedsføringsloven. Som nevnt i punkt 15.1.1 har ikke Forbrukerombudet og Markedsrådet kompetanse til å behandle saker som kun gjelder interessene til næringsdrivende, dvs. lovforslaget §§ 25 til 31. For brudd på disse bestemmelsene vil straff være eneste mulige offentligrettslige sanksjon. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om det er grunn til å snevre inn grensen for det straffbare, ved å stille krav om vesentlig eller gjentatt overtredelse, når det gjelder disse bestemmelsene.

Departementet kjenner ikke til at det har vært reist straffesaker for brudd på bestemmelsene i markedsføringsloven som kun gjelder beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Det er først og fremst erstatningsansvar som er aktuelt ved brudd på disse bestemmelsene. Departementet antar at for alle praktiske formål vil det være tilstrekkelig at vesentlige eller gjentatte overtredelser kan sanksjoneres med straff. På denne bakgrunn foreslår departementet at kvalifikasjonskravet også skal gjelde brudd på bestemmelsene om beskyttelse av næringsdrivendes interesser.

Departementet ser derimot ikke grunn til at kvalifikasjonskravet skal gjelde for overtredelse av Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak.

For øvrig har departementet i forslaget til § 48 formulert kvalifikasjonskravet i tråd med mønsterbestemmelsen til Sanksjonsutvalget.

16.1.3.3 *Spørsmål om hvilke bestemmelser som skal inkluderes i straffehjemmelen*

Det er for det første spørsmål om hvilke av de nye bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis som bør kunne sanksjoneres med straff. Etter departementets syn bør § 6 fjerde jf. første ledd omfattes av straffebestemmelsen. Disse reglene tilsvarer materielt sett gjeldende regler om markedsføring som i dag er straffebelagt. Videre bør direktivets «svarteliste», som vil bli gjennomført ved forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd kunne straffesanksjoneres. Det foreslås derimot å ikke straffesanksjonere § 6 annet ledd, som er en mer skjønnsmessig bestemmelse.

Etter en fornyet vurdering, har departementet kommet til at de nye bestemmelsene om barn ikke bør straffesanksjoneres, bortsett fra § 20 annet ledd som innholdsmessig tilsvarer direktivets «svarteliste» punkt 28. Barnebestemmelsene anses ellers

å være så vidt skjønsmessige at straff ikke vil være hensiktsmessig.

Det anses ikke hensiktsmessig å straffesankjonere brudd på §§ 12, 14, 16, 17 og 18 (regler om reservasjon mot markedsføring, forbud mot telefonmarkedsføring på enkelte tidspunkter, opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post samt utlodninger, konkurranser, samlemerker mv.) men det presiseres at brudd på Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak mot brudd på disse bestemmelsene er straffbart, jf. § 48 fjerde ledd. Videre vil brudd på disse bestemmelsene kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter § 43 (bortsett fra § 18 tredje ledd). Paragraf 13 om virkninger av reservasjon bør etter departementets syn straffesankjoneres. Denne bestemmelsen har tematisk likheter med forslaget til § 15, som også foreslås straffesankjonert (som i dag).

Forbudet mot krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale mv. «negativt salg» (forslaget § 11) og forbudet mot uanmodet elektronisk markedsføring mv. (forslaget § 15) er straffesankjonert i dag, noe som anses hensiktsmessig å videreføre.

Forbrukerombudet og Markedsrådet vil etter forslaget ikke håndheve reglene i lovforslaget kapittel 6 om beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Det anses derfor viktig å videreføre straffeansvar når det gjelder brudd på disse reglene, som vil være eneste offentligrettslige sanksjon. Dette innebærer at §§ 26 til 31 kan straffesankjoneres, men ikke generalklausulen i § 25 (som etter gjeldende rett).

16.1.3.4 Skyldkrav

I Saksjonsutvalgets forslag til mønsterbestemmelse om straff er skyldkravet forsett eller uaktsomhet. I markedsføringsloven § 17 er skyldkravet forsett, men ved brudd på enkelte bestemmelser er uaktsomhet tilstrekkelig, jf. punkt 16.1.1 ovenfor. Det samme gjelder for brudd på Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak.

I Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) om lov om straff punkt 10.3.4 (side 115) er det lagt føringer for at straffansvar for uaktsomme handlinger i større grad enn tidligere bør begrenses til grovt uaktsomme handlinger. I lovforslaget her er uaktsomhet tilstrekkelig ved vesentlig overtredelse av bestemmelsene om villedende handlinger eller utelatelse, negativt salg og ved brudd på Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak. Etter departementets syn tilsier hensynet til effektive sanksjoner at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig,

og at det ikke bør stilles krav om at uaktsomheten skal være grov. Departementet ser på den annen side ikke grunn til å utvide straffeansvaret for uaktsomme overtredelser i forhold til gjeldende straffebestemmelse i markedsføringsloven. På dette punkt foreslår departementet å videreføre gjeldende rett. Etter gjeldende rett er for øvrig straffesammene de samme for forsettlige og uaktsomme handlinger. Departementet ser ikke grunn til å endre på dette.

16.1.3.5 Medvirkning

I gjeldende straffelov av 1902 er medvirkning til lovbrudd kriminalisert bare når det uttrykkelig er sagt i det enkelte straffebud. Dette er gjort i dagens straffebestemmelse i markedsføringsloven § 17. I straffeloven av 2005 (lov nr. 28 av 20. mai 2005), er det innført en generell bestemmelse som kriminaliserer medvirkning i § 15. Den nye straffeloven er imidlertid ennå ikke trådt i kraft. Etter det departementet kjenner til, tas det sikte på å sette loven i kraft fra 1. juli 2009. Fra dette tidspunkt vil medvirkningsbestemmelser i markedsføringsloven være overflødige. Etter departementets syn er det likevel nødvendig at lovforslaget her omfatter medvirkning, da den nye markedsføringsloven ventelig vil tre i kraft før straffeloven av 2005. Det tas sikte på å fjerne disse bestemmelsene fra det tidspunkt den nye straffeloven trer i kraft.

16.1.3.6 Skillet forseelse/forbrytelse

Det følger av straffeloven av 1902 § 2 at hvis lovbrudd i spesiallovgivningen har en strafferamme på mer enn 3 måneder, skal det anses som en forbrytelse med mindre annet er bestemt. Ved lavere strafferamme vil lovbruddet anses som en forseelse. I 2001 ble strafferammen i markedsføringsloven § 17 skjerpet fra fengsel inntil 3 måneder til fengsel inntil 6 måneder og evt. bøter, jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000). For å gjøre unntak fra hovedregelen i straffeloven, ble det inntatt et nytt tredje ledd i § 17, slik at lovbrudd fortsatt skulle regnes som forseelse.

I straffeloven av 2005 er skillet mellom forseelse og forbrytelse opphevet. Tidligere var skillet viktigere pga. straffeprosessuelle regler. Tradisjonelt har politiet hatt påtalekompetanse for forseelser men ikke for forbrytelser. Ved lovendring fra 2004 ble politiet som utgangspunkt gitt påtalekompetanse i saker om forbrytelser som ikke kan medføre strengere straff enn fengsel i 1 år, jf. straffeprosessloven § 67. Dette har medført at mye av

begrunnelsen og behovet for å betegne et lovbrudd som forseelse har falt bort.

Departementet kan ikke se at det er noen grunn til at brudd på straffebestemmelsen i markedsføringsloven skal anses som forseelse, og foreslår å ikke videreføre dette.

For øvrig foreslår departementet å videreføre dagens straffebestemmelse. Det vises til forslag til § 48 og de spesielle merknadene til bestemmelsen.

16.2 Straffeprosessuelle regler mv.

16.2.1 Gjeldende rett

Hovedregelen er at brudd på markedsføringsloven er undergitt ubetinget offentlig påtale, jf. straffeloven § 77. Etter markedsføringsloven § 18 første ledd påtales likevel brudd på § 7 (bedriftshemmeligheter), § 8 (tekniske hjelpemidler) og § 8 a (etterlikning av annens produkt) kun når fornærmede begjærer det. Det samme gjelder for § 2 (villedende forretningsmetoder) og § 3 (utilstrekkelig veiledning) når handlingen består i skadelig omtale av en annen næringsdrivende eller av forhold som særskilt angår denne. I disse tilfellene, som kun gjelder beskyttelse av næringsdrivendes interesser, er straff ikke ansett nødvendig ut fra allmenne hensyn.

Etter markedsføringsloven § 18 annet ledd kan påtalemyndigheten i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen opphører og for å hindre at den gjentas. Dette tilsvarer kompetansen Markedsrådet har til å gi de påbud som finnes nødvendige for å sikre at forbudene overholdes, jf. markedsføringsloven § 12 første ledd siste punktum.

16.2.2 Sanksjonsutvalgets anbefalinger

Sanksjonsutvalget drøfter forholdet mellom administrativ forfølgning og straffeforfølgning i NOU 2003:15 på side 158–167. Det vises til at i mange tilfeller vil det være hjemmel både for administrativ sanksjon og straff. Sanksjonssystemet bør likevel

utformes slik at man hindrer gjentatt forfølgning av samme person/foretak for samme forhold. Gjentatt forfølgning kan også være i strid med den såkalte dobbelstrafferegelen i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4, jf. punkt 15.9.7.5 ovenfor. Utvalget foreslår at forbudet mot gjentatt forfølgning blir lovfestet både i straffeprosessloven og forvaltningsloven. Videre foreslår utvalget et *ensporet* system gjennom valg av spor i den enkelte sak: Enten må forfølgningen skje administrativt, eller så må overtredelsen anmeldes til påtalemyndigheten med sikte på straffeforfølgning. Det foreslås at dette lovfestes i straffeloven ved at overtredelse som kan medføre administrativ sanksjon bare er undergitt offentlig påtale når forholdet er anmeldt av forvaltningen eller det kreves av allmenne hensyn.

16.2.3 Departementets vurderinger

Justisdepartementet har ansvaret for oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets utredning.

I forslaget her foreslås en begrenset hjemmel for overtredelsesgebyr, som potensielt kan reise spørsmål om gjentatt forfølgning. Departementet legger til grunn at en overtreder ikke kan ilegges både overtredelsesgebyr og straff for samme handling. Dette antas likevel å være en lite praktisk problemstilling. En nærmere avklaring vil måtte skje mellom Forbrukerombudet, Markedsrådet og påtalemyndigheten. I påvente av oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets utredning, finner departementet det ikke hensiktsmessig å regulere forholdet mellom administrativ forfølgning og straffeforfølgning spesielt i markedsføringsloven.

For ordens skyld presiserer departementet at ileggelse av *tvangsmulkt* kan skje uavhengig av både overtredelsesgebyr og straff, da tvangsmulken ikke har hovedsakelig pønalt formål. Som nevnt ovenfor i punkt 15.9.5.1 regnes tvangsmulkt heller ikke som en sanksjon etter Sanksjonsutvalgets terminologi.

For øvrig foreslår departementet å videreføre de straffeprosessuelle reglene i gjeldende § 18 i forslag til § 49.

17 Reklamens bindende virkning

17.1 Innledning

Markedsføringsloven er en lov om *offentlig* kontroll med markedsføring og avtalevilkår. Reglene tar sikte på å beskytte forbrukerkollektivet som sådan. Derimot regulerer loven ikke individuelle forbrukerrettigheter. For eksempel er forbudet mot villedende markedsføring i § 2 utformet slik at det er et vilkår at fremgangsmåten er «egnet til å villedede forbrukere». Det er ikke noe vilkår at man faktisk har villedet en eller flere bestemte forbrukere.

De offentligrettslige sanksjonene etter markedsføringsloven har ingen reparerende funksjon for den enkelte forbruker. Forbrukere som er utsatt for ulovlig markedsføring eller urimelige avtalevilkår, vil kunne søke avhjelp eller kompensasjon etter privatrettslige regler. Man er da over på områder som avtalerett, erstatningsrett og kontraktsrett.

I 2001 ble det i regi av Nordisk ministerråd utgitt en utredning med tittelen «Tema Nord 2001:549 *Reklamens bindende virkning*». Der tas det opp spørsmål om sivilrettslige konsekvenser av villedende markedsføring, og om den avtalerettslige betydningen av reklameutsagn. Forfatterne kommer med forslag til enkelte lovendringer, og anbefaler på denne bakgrunn at det settes i gang et fellesnordisk lovgivningsinitiativ. Dette er imidlertid ikke gjort.

I utredningen foreslås at det i de nordiske markedsføringslovene gis nye bestemmelser med følgende ordlyd (i dansk språkdrakt):

«§ A. Misvisende eller villedende reklame medfører erstatningsansvar for annoncøren i overensstemmelse med de almindelige erstatningsregler, i det omfang reklamen påfører en forbruker tab eller udgifter i begrundet tillid til, at aftale kunne inngås på grundlag av reklamens oplysninger. Er forbrukeren påført væsentlig ulempe har forbrukeren dessuden krav på en godtgørelse.

§ B. En aftaleparts oplysninger i reklamer anses for en del af aftalen med forbrukeren, medmindre det kan antages, at oplysningerne har været uden betydning for forbrukerens vurdering af aftalens fordelagtighed.

Stk. 2. Stk. 1 gælder tilsvarende om oplysningerne i reklamer, som hidrører fra et tidligere salgsled eller fra nogen, der har handlet for aftaleparten.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 gælder ikke, hvis oplysningerne er rettet i tide på tydelig måde.

§ C. Reklame, der som ledd i markedsføring af varer og tjenester er rettet til almenheden, anses for et aftaleretligt bindende tilbud for annoncøren, hvis en forbruker på grund af reklamens indhold, udformning eller andre omstændigheder ved reklamen har haft rimelig grund til å tro på reklamens bindende virkning.

Stk.2 Reklame som nævnt i stk. 1 tilbagekaldes ved en lignende meddelelse til almenheden.»

I *høringsnotatet* tok departementet opp spørsmål om forslagene bør følges opp. Enkelte *høringsinstanser* har kommet med noen overordnede og generelle kommentarer til forslagene. Disse gjengis i det følgende. Hovedinntrykket av høringen er at flertallet av høringsinstansene er negative til alle forslagene. De mer spesifikke merknadene er tatt med under behandlingen av de enkelte forslagene i punkt 17.2 til 17.4 nedenfor.

ANFO og *Kreativt Forum* mener prinsipielt at det er betenkelig å innta bestemmelser av denne karakter i markedsføringsloven, som til dels også vil gripe inn i andre lovverk og etablerte rettslige prinsipper. De kan heller ikke se at det er noe behov for å ta inn slike bestemmelser i markedsføringsloven. I alle fall mener *ANFO* og *Kreativt Forum* at lovbestemmelser av denne karakter ikke kan vedtas uten at det er undergitt en mer grundig behandling og vurdering enn det departementet har lagt opp til i *høringsnotatet*.

Forbrukerombudet uttaler at innføring av regler om reklamens bindende virkning vil være en fremtidsrettet og viktig forbrukerpolitisk lovreform. Det vises til at *Forbrukerombudet* mottar svært mange henvendelser fra forbrukere som opplever at de har forsøkt å kjøpe en vare eller tjeneste i henhold til reklame, men at dette på grunn av forhold på selgers side ikke har latt seg gjøre. En klassisk situasjon er de såkalte lokketilbud. Det vil si at en næringsdrivende annonserer en vare eller tjeneste til en svært gunstig pris, men når forbrukere tar

kontakt for å inngå avtale, er produktet eller tjenesten til denne prisen ikke å oppdrive. Forbrukerombudet viser også til at felles for de forbrukere som henvender seg til ombudet er at de primært ønsker å få kjøpt varen eller tjenesten til den pris og på de betingelser som er angitt i reklamen (oppfyllelse). For det tilfelle at dette ikke er mulig, og reklamen anses villedende, synes de fleste å forvente at dette skal ha privatrettslige konsekvenser for dem i form av økonomisk kompensasjon.

Forbrukerrådet uttaler at behovet for en lovregulering av reklamens bindende virkning synes å være tilstede. Det vises til at mange forbrukere i dag har økonomisk handlefrihet samtidig som markedet flommer over av tilbud på varer og tjenester. Markedsføringen er aktiv og skjer i mange kanaler med vidt nedslagsfelt. I et slikt marked er det viktig å finne virkemidler som lokker kundene til seg, og noen næringsdrivende vil bevisst eller ubevisst gå over streken.

For kunder som har grunn til å innrette seg etter tilbudet og som handler deretter, vil en oppdagelse av at tilbudet aldri var reelt eller atskillig dårligere enn antatt være uhyre irriterende, og vil også kunne medføre tap av tid og penger. Forbrukerrådet anfører at slike utgifter bør forbrukeren kunne kreve dekket.

Videre fremholder Forbrukerrådet at i enkelte tilfeller vil det dessuten være rimelig å legge til grunn at avtale er inngått, for eksempel i tilfeller der forbrukeren har berettiget grunn til å tro at det er gitt et bindende tilbud. Dette må vurderes konkret. Resultatet av en slik regel vil i så fall bli at forbrukeren kan kreve avtalen oppfylt iht. tilbudet, eventuelt kreve omlevering, dekning av differanse mellom det opprinnelige tilbudet og alternativ vare, og erstatning.

Det fremholdes at like viktig som hensynet til forbrukerne som blir lurt, er preventive hensyn, dvs. i størst mulig grad å hindre bruken av urimelig og ulovlig markedsføring. Etter Forbrukerrådets oppfatning vil lovfesting av prinsippet om reklamens bindende virkning ha en klar preventiv effekt overfor næringsdrivende ved at de i større grad må ta stilling til markedsføringen før den lanseres.

Forbrukerrådet anfører at regler om reklamens bindende virkning vil være et verdifullt supplement til de tradisjonelle offentligrettslige sanksjoner i markedsføringsloven.

Forbrukerrådet mener at det må være klart at ny lovgivning på dette punktet må se fremover for å kunne ta høyde for fremtidige forhold, fremfor å se bakover til avtalelovens formålsbestemmelser fra tidligere tider. Videre uttaler Forbrukerrådet at

ved å vedta regler om reklamens bindende virkning, vil man bidra til en viktig forbrukerpolitisk reform, tilpasset dagens samfunn.

Norges Automobilforbund (NAF) uttaler:

«Selv om vi i dag har bestemmelser hvor reklameutsagn kan tillegges vekt, eks. forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd litra c, vil NAF ut fra et forbrukerpolitisk syn anbefale at det i den nye markedsføringsloven gis regler som gir forbrukeren rettigheter i h.t. utsagnene og ditto forpliktelser for de næringsdrivende. Dette selv om bestemmelsen formodentlig må inneholde visse reservasjoner i relasjon til utsagnets «nivå».»

17.2 § A – spørsmål om erstatning for villedende markedsføring

17.2.1 Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning

Som gjengitt i punkt 17.1, lyder den foreslåtte § A slik:

«§ A. Misvisende eller villedende reklame medfører erstatningsansvar for annoncøren i overensstemmelse med de almindelige erstatningsregler, i det omfang reklamen påfører en forbruger tab eller utgifter i begrundet tillid til, at aftale kunne inngås på grunnlag av reklamens opplysninger. Er forbrukeren påført væsentlig ulempe har forbrukeren dessuden krav på en godtgørelse.»

17.2.2 Redegjørelsen i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for følgende:

«I perioden forut for en avtaleinngåelse kan det tenkes at partene pådrar seg kostnader knyttet til forberedelse mv. Eksempelvis kan en tenke seg at en advokat som er forespeilet at han vil få et betenkingsoppdrag, pådrar seg kostnader ved innkjøp av spesiallitteratur. Dersom avtalen likevel ikke kommer i stand – eksempelvis fordi «oppdragsgiveren» uten grunn trekker seg – kan det bli spørsmål om advokaten kan få erstattet innkjøpskostnadene. Etter gjeldende rett synes det å være på det rene at en part som innretter seg i tillit til at det kan inngås en avtale med et visst innhold, undertiden kan få erstattet denne typen kostnader. En sier gjerne at dette bygger på et prinsipp om såkalt culpa in contrahendo, det vil si uaktsom opptreden i perioden forut for avtaleinngåelse.

Også på forbrukerområdet kan en tenke seg at det kan bli spørsmål om slik erstatning.

Dersom en næringsdrivende annonserer med at han selger et produkt til en gitt pris, kan det tenkes at mange forbrukere vil ønske å inngå avtale om kjøp av produktet. Forbrukerne vil i den forbindelse kunne bruke tid og penger – eksempelvis til transport – for å få inngått avtalen. Dersom det viser seg at den næringsdrivende kanskje aldri har hatt noen eksemplarer av produktet, men bare har benyttet annonsen som et «lokketilbud», kan det bli spørsmål om forbrukerne kan kreve å få erstattet sine utgifter (og eventuelt også kompensere for eventuell ulempe). I nevnte rapport foreslås det en generell regulering av dette, jf. § A, som lyder:

«Misvisende eller villedende reklame medfører erstatningsansvar for annoncøren i overensstemmelse med de almindelige erstatningsregler, i det omfang reklamen påfører en forbruker tab eller utgifter i begrundet tillid til, at aftale kunne inngås på grundlag av reklamens opplysninger. Er forbrukeren påført væsentlig ulempe har forbrukeren dessuden krav på en godtgørelse.»

Det kan virke noe uklart hvordan forslaget skal forstås i forhold til forslaget til § C. Som nevnt under punkt 2.4 nedenfor, går forslaget til § C ut på at reklameutsagn skal være forpliktende for avgiveren. Forslaget under dette punktet synes imidlertid å forutsette at utsagnet likevel ikke er forpliktende.

Det er videre noe uklart hva erstatningsregelen nærmere går ut på. På den ene siden kan det se ut som om brudd på forbudet mot misvisende eller villedende reklame i seg selv skal være tilstrekkelig for å pådra ansvar. På den annen side kan det – på bakgrunn av at det vises til alminnelige erstatningsregler – se ut som om en kun mener å vise til gjeldende, ulovfestet rett. Etter departementets foreløpige syn taler mye for å legge til grunn den siste tolkingen.

Forslaget til lovregulering innebærer også en regel om ulempeerstatning, det vil si erstatning for ikke økonomisk tap. Hensynet bak synes å være at en anser det som rimelig at forbrukeren ikke bare kompenseres for sitt økonomiske tap, men også for ulike former for plunder og heft som han eller hun har pådratt seg.

Det kan hevdes at det vil være rimelig at en forbruker som har innrettet seg i henhold til reklamen, tilkjennes erstatning for sitt økonomiske tap. Samtidig kan det etter departementets syn reises spørsmål om en slik lovfesting vil tilføre noe utover det gjeldende rett allerede åpner for, jf. det som er sagt ovenfor om at en part som innretter seg i tillit til at det kan inngås en avtale med et visst innhold, undertiden kan få erstattet kostnader han har hatt som ledd i

kontraktsforberedelsen. Videre kan det kanskje reises spørsmål om det er behov for en slik regel, fordi de tap som oppstår i forbrukerforhold, gjennomgående vil være beskjedne. Det typiske tapet vil være begrenset til transportutgifter eller lignende. Som nevnt ovenfor, synes dette å være bakgrunnen for at det er tatt i orde for at det gis en regel også om ulempeerstatning. En slik regel vil imidlertid gå lenger enn det gjeldende rett i dag åpner for. Mot en slik regel kan det innvendes at en i norsk rett tradisjonelt i svært liten grad anerkjenner denne typen ikke-økonomisk erstatning, jf. blant annet det som er lagt til grunn i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001 – 2002) s. 199. Etter departementets syn er det vanskelig å se at det er hensyn som tilsier særlige regler på dette området.

Av de nordiske landene er det i dag kun Sverige og Danmark som har lovfestet regler om erstatning som følge av brudd på markedsføringsloven.

Den gjeldende danske markedsføringslov inneholder i § 13 andre ledd en erstatningsbestemmelse. Bestemmelsen videreføres i den nye danske markedsføringsloven (i kraft fra 1. juli 2006) § 20 annet ledd og lyder som følger:

«Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler».

Bestemmelsen, som viser til alminnelige erstatningsregler, har fortrinnsvis vært anvendt ved erstatningskrav mellom konkurrerende næringsdrivende, men det antas at bestemmelsen også kan påberopes av forbrukere som har lidt tap som følge av overtredelse av markedsføringsloven. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom forbrukeren har pådratt seg reiseutgifter i forbindelse med villedende reklame. I og med at erstatning etter bestemmelsen utmåles etter prinsippet om negativ kontraktsinteresse, vil det imidlertid sjelden være tale om erstatningsbeløp av noen særlig størrelse.

Den svenske markedsføringsloven (Marknadsföringslag 1995:450) § 29 har også regler om erstatning ved brudd på loven:

«Den som uppsåtligen eller av oaktsomhet bryter mot ett förbud eller ett åläggande som har meddelats med stöd av 14, 15 eller 16 a § eller mot en föreskrift i 5–13 d §§, skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare.»

Vid bestämmande av ersättningen till näringsidkare får hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art.)»

Det følger etter dette at forbrukere vil kunne ha krav på erstatning i visse tilfeller der

den næringsdrivende har brutt lovens spesialbestemmelser i §§ 5–13. Dette gjelder dersom den næringsdrivende har opptrådt forsettlig eller uaktsomt, og dersom det er nedlagt konkrete forbud/påbud i forbindelse med overtredelse av loven. I praksis er erstatning i disse tilfellene begrenset til økonomisk tap i form av reiseutgifter og lignende. Brudd på lovens generalklausul gir ikke rett til erstatning.»

17.2.3 Høringsinstansenes syn

Forbrukerrådet og *Norges Automobilforbund* er positive til forslag § A i den nordiske rapporten. *Forbrukerombudet* gir en mer forbeholden støtte til forslaget.

Følgende høringsinstanser går mot en slik regulering: *Advokatforeningen*, *ANFO*, *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)*, *Justisdepartementet*, *Kreativt Forum*, *NetCom AS* og *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*.

Advokatforeningen uttaler at ikke bør oppstilles bestemmelser om reklamens bindende virkning i markedsføringsloven, da dette verken synes hensiktsmessig eller nødvendig. Det fremholdes at forslaget til bestemmelse om erstatning ikke synes å tilføyе noe av viktighet utover det som allerede følger av gjeldende rett. Dersom det likevel skulle bli aktuelt å oppstille en erstatningsbestemmelse, bør denne uansett begrenses til erstatning for økonomisk tap, og ikke hjemle godtgjørelse for ulempe, da dette bryter med de utmålingsregler som normalt gjelder i dag. Behovet for bestemmelser for å hindre at forbrukerne villedes av mer kampanjepregede lokketilbud der det viser seg at næringsdrivende kun har et fåtall varer, kan ivaretas ved at næringsdrivende i stedet pålegges å oppgi antall artikler som selges til den aktuelle prisen dersom det er lavere enn et gitt antall.

ANFO og *Kreativt Forum* har kommet med samsvarende merknader og uttaler at de ikke kan se at det er hensiktsmessig å innføre en særskilt lovbestemmelse som § A. De tap som måtte oppstå i en slik situasjon vil vanligvis være nokså begrensede. *ANFO* og *Kreativt Forum* kan derfor ikke se at det er noe behov for å regulere dette utover det ansvar som eventuelt følger av alminnelig erstatningsrett. Det fremholdes at en bestemmelse om ansvar for forhold forut for avtaleinngåelse også vil kunne gi grunnlag for en rekke relativt små krav fra forbrukerne, herunder også krav som senere viser seg å være uberettigede. *ANFO* og *Kreativt Forum* mener derfor at en slik bestemmelse vil kunne være uforholdsmessig konfliktskapende og ressurskrevende, sett i forhold til de begrensede

krav det vil være snakk om. De kan heller ikke se at det bør åpnes for ulempeerstatning, og viser bl.a. til at det er vanskelig å se at en forbruker kan bli påført noen særlig omfattende «ulemper». Noen regel om ulempeeserstatning for forbrukere finnes etter det de kan se verken i Danmark eller i Sverige, og vil følgelig være en særnorsk regel. Dette mener de i seg selv er uheldig.

Forbrukerombudet viser til at forbrukerne etter omstendighetene også i dag kan ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Den relativt beskjedne erstatning dette som regel vil innebære for forbrukeren, medfører imidlertid at han eller hun i svært få tilfeller vil forfølge saken. Dette vil langt på vei fortsatt være tilfellet dersom prinsippet lovfestes. Dersom man likevel ønsker å lovfeste prinsippet, må man etter *Forbrukerombudet*s syn utforme en regel som gir en uttrykkelig, mer automatisk rett til økonomisk kompensasjon på bakgrunn av den villedende, utilstrekkelig veiledende eller på annen måte urimelige markedsføringen. Denne kompensasjonen bør utformes så standardisert og sjablongmessig som mulig, ut fra en form for normaltapsrerstatning for den negative kontraktsinteresse og for ulempe.

Forbrukerrådet viser til at § A første setning antas å gi uttrykk for hva som kan sies å være gjeldende rett i dag. Aktuelle tapsposter som kommer i betraktning iht. tradisjonelle skadeserstatningsregler, vil være direkte utgifter som transportutgifter og lignende. At bestemmelsen i annen setning også åpner opp for ulempeerstatning, kan imidlertid åpne opp for erstatning utover direkte faktiske utgifter. Som et eksempel på noe som kan komme inn under dette punktet, nevner rapporten bl.a. tap av fritid. Dette synes rimelig ettersom handling til private formål normalt skjer i fritiden, og dersom verdifull fritid brukes til å oppsøke for eksempel ikke-reelle lokketilbud, er det rimelig at dette dekkes helt eller delvis. *Forbrukerrådet* mener at for å forenkle erstatningsoppgjøret, bør ordlyden i bestemmelsen utformes på en måte som gir en klarere og mer automatisk rett til erstatning ved villedende (mangelfull) eller urimelig markedsføring. Det anføres at kompensasjonen bør utformes så standardisert og sjablonmessig som mulig, på grunnlag av en normaltapsrerstatning for den negative kontraktsinteresse og ulempe.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) uttaler at de er enige i departementets vurdering av at det er usikkert om forslaget tilfører noe utover det som allerede følger av gjeldende rett. *HSH* ser dermed ikke behov for at erstatningsansvaret lovfestes. Videre mener *HSH* at det vil

være uheldig å åpne for ikke-økonomisk erstatning og viser til det som departementet trekker frem i høringsnotatet på dette punkt.

Justisdepartementet har vanskelig for å se hensyn som taler for at det bør gis lovregler om erstatning for villedende markedsføring. Det eventuelle økonomiske tapet forbrukeren vil lide i disse tilfellene vil gjennomgående være meget beskjedent, typisk begrenset til transportutgifter eller lignende. Justisdepartementet viser til at de danske og svenske erfaringene på dette området synes å tilsi at en slik erstatningsregel overhodet ikke spiller noen rolle på forbrukerområdet. Når det gjelder den delen av forslaget som gjelder erstatning for ikke-økonomisk tap, fremhever Justisdepartementet at det klare utgangspunktet i norsk rett er at erstatning er forbeholdt økonomisk tap og at de ikke kan se noen grunner til at man her skulle fravike dette utgangspunktet. Uansett har de vanskelig for å se for seg hvordan en utmåling av et slikt ikke-økonomisk tap skal skje. Det er for eksempel uklart om en forbruker som hadde veldig lyst på den aktuelle varen, skal få større erstatning enn den forbrukeren som ikke var like opptatt av å få varen. Det er også uklart om ulempeerstatning også kan gis til forbrukere som ikke har lidd økonomisk tap.

NetCom AS uttaler at de ikke ser behov for egne regler i markedsføringsloven som gir forbrukerne anledning til å kreve erstatning. De antar også at gjeldende rett vil kunne åpne for erstatning til forbrukerne. Dertil vil en slik bestemmelse kunne skape et inntrykk hos forbrukerne av at de kan få erstatning. Dette vil igjen sannsynligvis skape mye merarbeid for de instanser som skal håndheve regelverket, uten at forbrukeren vil få noe særlig igjen for det, da erstatningen i de fleste tilfeller antas å være beskjeden.

Norges Automobilforbund støtter forslagene i den nordiske rapporten på et mer generelt grunnlag, jf. punkt 17.1.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) anbefaler at det ikke innføres eksplisitte lovbestemmelser i markedsføringsloven om erstatning. Det vises til at rettstilstanden er slik at det i gitte tilfeller er erstatningsplikt for brudd på utsagn fremsatt i reklame. Vurderingene er svært konkrete. En positiv regulering er etter NHOs syn vanskelig å få til.

17.2.4 Departementets vurderinger

Høringsrunden etterlater ikke inntrykk av at det er behov for en særlig regel om erstatning for villedende markedsføring. Siden det allerede følger av gjeldende rett at en forbruker etter omstendighe-

tene kan få dekket sitt økonomiske tap på grunn av villedende markedsføring, samt at det i regelen vil dreie seg om små beløp, vil en lovfesting neppe få noen praktisk betydning. Departementet kan heller ikke se at det er særlige grunner som tilsier at det skal være en spesiell ulempeerstatning på dette området.

Forbrukerombudet og Forbrukerrådet tar til orde for en standardisert og sjablonmessig erstatningsutmåling, som både skal omfatte «normaltaps-erstatning» og ulempe. Man kommer da ikke utenom at beløpene vil bli nokså tilfeldig fastsatt, da det ikke lar seg gjøre å beregne en «riktig» erstatning som passer for alle tilfeller. En annen sak er at standarderstatning brukes en del i kontrakter i form av dagbøter mv. Departementet finner ikke grunn til å gå videre med dette forslaget. Etter en samlet vurdering er departementet kommet til at forslag til § A i den nordiske rapporten ikke bør lovfestes i markedsføringsloven.

17.3 § B – spørsmål om betydningen av reklameutsagn for mangelsbedømmelse mv.

17.3.1 Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning

Som nevnt i punkt 17.1 foreslås det i den nordiske rapporten en bestemmelse med følgende ordlyd:

«§ B En aftaleparts opplysninger i reklamer anses for en del af aftalen med forbrukeren, medmindre det kan antages, at opplysningerne har været uden betydning for forbrukerens vurdering af aftalens fordelagtighed.

Stk 2. Stk 1 gælder tilsvarende om opplysningerne i reklamer, som hidrører fra et tidligere salgslid eller fra nogen, der har handlet for aftaleparten.

Stk 3. Stk 1 og 2 gælder ikke, hvis opplysningerne er rettet i tide på tydelig måde.»

17.3.2 Redegjørelsen i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for følgende:

«Når en skal avgjøre om en gjenstand har en mangel, vil en normalt ta utgangspunkt i det som er avtalt mellom partene. På forbrukerområdet vil det imidlertid ofte være slik at man ikke har noen særskilt avtaleregulering av hvilke egenskaper, hvilken kvalitet mv. varen skal ha. En er derfor ofte henvist til å falle tilbake på en mer abstrakt mangelsbedømmelse. Som ledd i denne, kan en blant annet legge vekt

på opplysninger som har fremkommet i markedsføring. Eksempelvis heter det i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c at tingen har mangel dersom «den ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene før kjøpet er rettet på en tydelig måte, eller at de ikke kan ha innvirket på kjøpet». Videre følger det av forbrukerkjøpsloven § 16 annet ledd at det tilsvarende gjelder for «opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgsledd». Tilsvarende regulering følger av annen forbrukerlovgivning, jf. blant annet håndverkertjenesteloven § 18, avhendingsloven § 3–8 og bustadoppføringslova § 27. I nevnte rapport tas det til orde for en generell regulering av dette, jf. § B som lyder:

«§ B En aftaleparts opplysninger i reklamer anses for en del af aftalen med forbrugeren, medmindre det kan antages, at opplysningerne har været uden betydning for forbrugeren vurdering af aftalens fordelagtighed.

Stk 2. Stk 1 gjelder tilsvarende om opplysningerne i reklamer, som hidrører fra et tidligere salgsledd eller fra nogen, der har handlet for aftaleparten.

Stk 3. Stk 1 og 2 gjelder ikke, hvis opplysningerne er rettet i tide på tydelig måte.»

Bestemmelsen synes å innebære forslag om en generell lovfesting av det prinsippet som er kommet til uttrykk i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c, jf. § 16 annet ledd og annen lovregulering.

Det kan kanskje hevdes at det vil være en fordel at det på generelt grunnlag fastslås at reklameutsagn mv. anses som en del av avtalegrunnlaget, og således kan tillegges betydning blant annet for kontraktsbruddsvurderingen. Bestemmelsen vil i det vesentlige få betydning for kontraktsforhold hvor det ikke allerede foreligger noen slik lovregulering. Mot dette kan det imidlertid innvendes at en slik lovregulering ikke er nødvendig, fordi den neppe tilfører noe utover det som etter ulovfestet rett vil følge av en naturlig tolkning av avtaleforholdet. Dersom en tenker seg en avtale som går ut på at forbrukeren skal leie en båt, vil avtaleforholdet ikke være underlagt noen positiv lovregulering på linje med forbrukerkjøpsloven. Imidlertid er det neppe tvilsomt at det i en mangelsbedømmelse kan legges vekt på at utleieren i sin markedsføring har reklamert med at båten har visse egenskaper som viser seg ikke å være til stede. Etter departementets syn kan det videre spørres om det er naturlig at en lovfester en

regel som kun vil reflektere ett av flere elementer i en sammensatt mangelsbedømmelse.»

17.3.3 Høringsinstansenes syn

Forbrukerrådet støtter at § B nedfelles i markedsføringsloven. De øvrige høringsinstansene som har uttalt seg spesielt om dette går i mot, dvs. *ANFO*, *Forbrukerombudet*, *Justisdepartementet*, *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)* og *Kreativt Forum*.

ANFO og *Kreativt Forum* har likelydende kommentarer, og uttaler at de ikke kan se at en generell bestemmelse om dette i markedsføringsloven vil tilføre noe utover det som allerede følger av gjeldende rett. De kan heller ikke se at det er vist til noe særskilt behov for å innføre en slik regel og at bestemmelsen derfor virker unødvendig. *ANFO* og *Kreativt Forum* uttrykker også skepsis til å lovfeste en regel som kun vil reflektere ett av flere elementer i en sammensatt mangelsvurdering. Det vises til at mangels spørsmålet vil kunne stille seg annerledes dersom man ikke bare tar i betraktning markedsføringen, men også andre omstendigheter i forbindelse med avtaleinngåelsen. Særlig opplysninger gitt ved en etterfølgende direkte kontakt mellom kjøper og selger (annonsør) i forbindelse med kjøpet, vil nødvendigvis være viktig for en mangelsvurdering. Videre fremholdes at forslaget vil kunne gi grunnlag for unødige tvister og vanskelige avgrensningsspørsmål.

Forbrukerombudet uttaler at det er mulig innholdet i § B burde lovfestes som et generelt prinsipp, men at det etter hans mening ikke passer inn i markedsføringsloven.

Forbrukerrådet uttaler følgende:

«Hva gjelder § B sier denne i korthet at opplysninger gitt i anledning markedsføringen anses for å være en del av avtalen som er inngått, mao. at villedende markedsføring derfor inngår i mangelsvurderingen. Det samme prinsippet er bl.a. nedfelt i forbrukerkjøpsloven § 16 c) hva gjelder forbrukerkjøp, men må gjelde generelt. På dette grunnlag mener vi at prinsippet bør lovfestes i markedsføringsloven som et alminnelig prinsipp.»

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) uttaler at en slik bestemmelse ikke vil medføre endringer i forhold til gjeldende rett. Det vises til at spørsmålet er regulert i en rekke lover, for eksempel forbrukerkjøpsloven, og vil også følge av ulovfestet rett for så vidt gjelder avtaleforhold som ikke er underlagt positiv lovgivning. *HSH* ser derfor ikke behov for en slik regel. Det anføres at tvert i mot vil en generell lovfesting kunne skape

en uklarhet i forhold til eksisterende, positiv lovregulering, dersom man fjerner denne ved innføringen av en generell lovbestemmelse. HSH mener dette vil føre til en uheldig fragmentering av de vurderinger som gjøres, f.eks. i forhold til forbrukerkjøpsloven § 16.

Justisdepartementet kan ikke se at det er behov for en slik regel. Det vises til at det må være klart at slike utsagn også etter gjeldende ulovfestet rett vil ha betydning når man skal avgjøre om en vare eller tjeneste er kontraktmessig. Justisdepartementet kan heller ikke se at rettspedagogiske hensyn eller lignende taler for at man lovfester en slik regel. Reklameutsagn mv. vil bare være ett av flere elementer i en mangelsbedømmelse. Det vil blant annet også måtte tas hensyn til avtalens innhold og kjøperens forventninger, jf. forbrukerkjøpsloven §§ 15 og 16 som har nærmere regler om mangelsbedømmelsen. Å lovfeste kun ett av elementene vil etter Justisdepartementets syn snarere kunne virke tilslørende enn opplysende. Videre uttaler Justisdepartementet at det er lite naturlig å plassere en slik regel i markedsføringsloven, samtidig som det er vanskelig å se at en slik bestemmelse lar seg naturlig innpasse i annet regelverk.

17.3.4 Departementets vurderinger

Med unntak av Forbrukerrådet, er det enighet blant høringsinstansene om at det ikke er behov for en slik regel. Departementet kan heller ikke se noe særlig sterkt behov for å lovfeste § B. Videre ser departementet, som noen høringsinstanser har pekt på, at det kan være uheldig å lovfeste kun ett av flere elementer i en sammensatt mangelsvurdering som et generelt prinsipp. Departementet er også enig med Justisdepartementet og Forbrukerombudet i at en slik bestemmelse ikke passer naturlig inn i markedsføringsloven. På denne bakgrunn mener departementet at § B ikke bør gjennomføres i markedsføringsloven. Det fremmes derfor ikke lovforslag om dette.

17.4 § C – spørsmål om reklameutsagn bør anses som et rettslig bindende tilbud

17.4.1 Forslaget i Tema Nord 2001:549 Reklamens bindende virkning

Den tredje bestemmelsen som foreslås i den nordiske rapporten lyder slik:

«§ C. Reklame, der som ledd i markedsføring av varer og tjenester er rettet til almenheten,

anses for et aftaleretligt bindende tilbud for annonsøren, hvis en forbruger på grund af reklamens indhold, udformning eller andre omstændigheder ved reklamen har haft rimelig grund til å tro på reklamens bindende virkning.

Stk.2 Reklame som nævnt i stk. 1 tilbagekaldes ved en lignende meddelelse til almenheden.»

17.4.2 Redegjørelsen i høringsnotatet

I høringsnotatet redegjorde departementet for følgende:

«Tradisjonelt har det vært vanlig å si at en avtale består av en sammenkobling av to utsagn: et løfte (tilbud) og en aksept. Begge disse utsagnene har det vært vanlig å omtale som «dispositive» utsagn, det vil si at utsagnet gir uttrykk for at avgiveren påtar seg plikter eller gir fra seg rettigheter. Det å avgjøre om et utsagn er dispositivt, beror i utgangspunktet på en konkret vurdering, hvor en blant annet vil legge vekt på ordlyden i utsagnet, hvor klart og utømmende utsagnet er, i hvilken sammenheng utsagnet fremkommer, til hvem det er rettet mv. Utsagnet kan etter omstendighetene anses som dispositivt selv om avgiveren ikke nødvendigvis mente å forplikte seg. Det avgjørende vil i praksis være om mottakeren med rimelighet kunne oppfatte utsagnet som forpliktende.

Tradisjonelt har en ikke ansett utsagn i annonser mv. som rettslig forpliktende for avgiveren. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til avtaleloven, jf. Ukast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens område 1914 s. 24, hvor det i merknadene til § 1 i lovutkastet heter:

«Utkastet har ingen bestemmelse om hva der skal forståes ved t i l b u d (...) Efter almindelige opfatning foreligger saaledes som regel ikke noget tilbud, naar nogen sender rundt priskuranter eller i avertissementer eller ved opslag kundgjør priserne paa sine varer.»

Videre heter det på s. 38 i merknadene til § 10 følgende om denne typen utsagn:

«Som regel vil vistnok en trykt henvendelse ha et saa upersonlig præg, at den som mottar den, maa gaa ut fra at den er rettet til et meget stort antal personer, og at den nærmest er å opfatte som reklame og derfor ikke kan antages at indeholde noget tilbud. Er den derimot stilet til bestemte mottagere, og den videre er underskrevet og datert, kan forholdet stille seg anderledes. Det kan i det hele opstilles en almindelig regel, om at jo mer personlig en henvendelse er, des snarere vil den bli at anse som tilbud.»

Denne typen utsagn har med andre ord snarere vært ansett slik at avgiveren gjennom utsagnet gir en oppfordring om å komme med tilbud. Etter gjeldende rett kan det nok imidlertid være noe usikkert om og i hvilken grad denne typen utsagn etter en konkret vurdering kan anses forpliktende for avgiveren. I rapporten omtalt under punkt 1 foreslås det en generell regulering av dette, jf. § C som lyder:

«§ C. Reklame, der som ledd i markedsføring af varer og tjenester er rettet til almenheden, anses for et aftaleretligt bindende tilbud for annoncøren, hvis en forbruger på grund af reklamens indhold, udformning eller andre omstændigheder ved reklamen har haft rimelig grund til å tro på reklamens bindende virkning.

Stk 2. Reklame som nævnt i stk. 1 tilbagekaldes ved en lignende meddelelse til almenheden.»

Forslaget synes i korthet å gå ut på at en i lovs form slår fast at avgiveren anses forpliktet til å oppfylle i henhold til utsagnet. Dette vil eksempelvis innebære at en selger som reklamerer med at han selger et produkt av en spesiell modell til en gitt pris, i utgangspunktet vil være forpliktet til å inngå en avtale med dette innholdet dersom en forbruker henvender seg med ønske om å kjøpe produktet. Reklamen anses med andre ord som et bindende tilbud fra selgerens side.

Det fremgår ikke klart av forslaget hvilken virkning det vil ha dersom selgeren ikke vil eller kan inngå en slik avtale – eksempelvis fordi produktet i mellomtiden er blitt utsolgt. Etter det departementet kan se synes en å mene at dette skal representere et kontraktsbrudd (en forsinkelse i form av ikke-oppfyllelse) fra selgeren side. Konsekvensen av dette vil være at forbrukeren kan gjøre sanksjoner gjeldende. I praksis vil det kanskje først og fremst være erstatning som er aktuelt, ved at forbrukeren kan kjøpe produktet i en annen butikk, og kreve et eventuelt mellomlegg erstattet av selgeren.

Bakgrunnen for forslaget synes blant annet å være en forutsetning om at det i dagens samfunn, med utstrakt bruk av markedsføring, ikke lenger er grunn til å opprettholde det tradisjonelle synspunktet om at slike utsagn ikke er forpliktende for avgiveren. Det er imidlertid ikke åpenbart at dette er en naturlig forutsetning når en skal vurdere spørsmålet. Det forhold at en står overfor et utsagn som er mer eller mindre adressatløst, ved at det retter seg til en ubegrenset krets av personer, synes ikke å skille seg fra situasjonen da avtaleloven ble gitt.

Men selv om man skulle fravike det tradisjonelle utgangspunktet om at reklameutsagn som utgangspunkt ikke er forpliktende for avgi-

veren, er det etter det departementet kan se uansett vanskelig å se at dette vil være annet enn et utgangspunkt for vurderingen. Det må – blant annet på bakgrunn av anbefalingene i den tidligere omtalte rapporten – være klart at et utgangspunkt om at reklameutsagn er bindende, under enhver omstendighet må underlegges flere modifikasjoner.

For det første må reklameutsagnet i seg selv være så klart og uttømmende at det er egnet som grunnlag for en avtale. Hva som nærmere ligger i dette, vil bero på de konkrete omstendighetene, men det må trolig innebære at produktet og prisen spesifiseres.

For det andre må mottakeren, som det fremgår av forslaget ordlyd, ha hatt rimelig grunn til å stole på utsagnet. Dette innebærer at mottakeren ikke uten videre kan bygge rett på ordlyden i ethvert utsagn – eksempelvis dersom det burde ha vært klart for forbrukeren at varen var feilpriset eller det forelå en trykkfeil eller lignende.

I forlengelsen av dette må det under henvisning til hva mottakeren med rimelighet kan legge i utsagnet, dessuten innfortolkes begrensninger i rekkevidden av utsagnet. Dette kan være at utsagnet må forstås som begrenset i tid, ved at det gjelder kun en dag eller en kortere periode. I rapporten s. 138 påpekes at dette vil være knyttet til hvilket medium som benyttes, og at varighetsbegrensninger vil avhenge blant annet av sirkulasjonstakten. Som eksempel nevnes at en avisannonse normalt vil måtte forstås som et dagstilbud som utløper ved forretningstidens slutt den dagen annonsen sto på trykk, dersom annonsen ikke gjentas ved senere utgivelser. Videre kan begrensningene gjelde omfanget av utsagnet, ved at det gjelder et begrenset antall eller et spesielt vareparti. Utgangspunktet er at det er annonsørens oppgave å sørge for at slike begrensninger kommer klart fram i utsagnet, slik at det ikke skapes uberettigede forventninger hos forbrukeren. Det vil likevel variere om den enkelte forbruker kan bygge rett på et utsagn som ikke er tilstrekkelig klart, og det må vurderes konkret om forbrukeren som eksempelvis tropper opp i butikken sent på dagen eller med gårsdagens annonse har et berettiget krav.

Videre vil det også ligge en begrensning i den forslåtte bestemmelsens annet ledd, som gjør det mulig å kalle tilbake reklameutsagn.

En regel som under gitte forutsetninger gir reklameutsagn bindende virkning, vil kunne gjøre det mulig for forbrukerne selv å forfølge brudd på markedsføringslovens bestemmelser, ved å rette krav mot næringsdrivende. Dette kan utgjøre et supplement til håndhevelsen fra

Forbrukerombudet, som har begrenset kapasitet til å forfølge brudd på lovens bestemmelser.

Etter departementets syn kan det reises spørsmål om de hensyn som begrunner regler om offentlig tilsyn med markedsføringen, faller sammen med de hensyn det er naturlig å legge vekt på når en skal vurdere spørsmålet om avtalerettslig binding mv. Et sentralt formål med å kreve at det i annonser opplyses om antallet gjenstander som tilbys til redusert pris, kan være å hindre at forbrukerne blir villedet og gjøre det enklere og mindre tidkrevende for forbrukerne å vurdere ulike tilbud. Det er dermed ikke sagt at et brudd på forbudet mot villledende markedsføring, skaper noen forventning hos forbrukeren om at utbudet av en vare er ubegrenset.

Det kan også reises spørsmål om en regel som dette vil være egnet og hensiktsmessig som grunnlag for private parters eventuelle håndhevelse. Som nevnt ovenfor, vil et utgangspunkt om at reklameutsagn er rettslig forpliktende for avgiveren, måtte underlegges en rekke modifikasjoner. Dette innebærer at en vil stå tilbake med en nokså skjønnsmessig regel, som ikke nødvendigvis vil være enkel å praktisere. I de fleste tilfellene vil det antakelig heller neppe være aktuelt at forbrukere sørger for at bestemmelsen blir håndhevet ved å anlegge sak for domstolene. Det vil i så fall være mer nærliggende at slike tvister eventuelt løses i reklamasjonsnemnder eller Forbrukertvistutvalget.

Regelen vil også kunne lede til en form for forskjellsbehandling mellom forbrukere, noe som kanskje kan oppleves som urimelig. Eksempelvis kan en tenke seg at en annonse om salg av et produkt etter en tolkning – under henvisning til at tilbudet er begrenset i tid og omfang – må forstås slik at selgeren tilbyr 50 eksemplarer av produktet. Dette vil innebære at forbrukeren som er nr. 51 i rekken, ikke kan bygge noen rett på utsagnet.

Forslaget i rapporten er i utgangspunktet formulert som et forbrukerrettslig spørsmål. Samtidig peker forfatterne på at dette også vil kunne ha en side til avtaleretten mer generelt. Departementet skal her peke på enkelte forhold som i den forbindelse bør tas i betraktning.

FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp («CISG») har i del II regler om avtaleinngåelse. Etter CISG er det mye som taler for at den typen reklameutsagn en her står overfor, ikke vil bli ansett som forpliktende for avgiveren. Videre bygger CISG på et prinsipp om at tilbud i utgangspunktet fritt kan kalles tilbake. Konvensjonen bygger således på andre regler og prinsipper enn det det

her tas til orde for. Til dette kan man si at forholdet til CISG ikke kan være noe avgjørende argument. Grunnen til dette er dels at Norge, sammen med Danmark, Finland og Sverige, har tatt forbehold for konvensjonen del II, dels at konvensjonen ikke gjelder for forbrukerforhold. På den annen side har det i flere år vært tatt til orde for at Norge bør trekke sitt forbehold til konvensjonen del II. Dersom det skulle være aktuelt å trekke dette forbeholdet, vil man bevege seg i en annen retning enn det forslaget her går ut på. Dette vil i så fall lede til en fragmentering av avtaleretten i Norge.

Videre vil det også skje en fragmentering på nordisk plan. Avtaleloven av 1918 bygger på et fellesnordisk lovsamarbeid, og dette synes å være bakgrunnen for at Krüger og Møgelvang-Hansen tar til orde for at det tas et fellesnordisk initiativ for å følge opp anbefalingene i rapportene. Noe slikt felles lovgivningsinitiativ er imidlertid ikke tatt. Etter det departementet er kjent med har spørsmålet om slike regler vært reist i Danmark i forbindelse med at et utvalg har hatt i oppdrag å forberede en revisjon av markedsføringsloven. Utvalgets flertall la til grunn at det falt utenfor utvalgets mandat å vurdere dette spørsmålet, mens et mindretall bestående av Peter Møgelvang-Hansen samt representanter for forbrukersiden foreslo å følge opp anbefalingene i rapporten.

Etter det departementet kjenner til har spørsmålet ikke vært tatt opp i Sverige.

I EU arbeider man for tiden med et stort kontraktsrettsprosjekt, blant annet med sikte på å forbedre kvaliteten på eksisterende fellesskapslovgivning og å utvikle en felles referanseramme med kontraktsrettslige regler og prinsipper. Det er grunn til å tro at også regler om avtaleinngåelse vil bli berørt. Det er usikkert i hvilken retning dette arbeidet vil gå i forhold til det spørsmålet som er reist her.

Videre bør man være oppmerksom på at eventuelle regler som foreslått, også vil ha en side til lovvalsregler, det vil si regler som sier noe om hvilket lands rett som skal legges til grunn. Som Krüger og Møgelvang-Hansen selv peker på, vil lovvalsreglene – i alle fall for norsk retts vedkommende – lede til at spørsmålet om en bindende avtale er inngått, følger selgerlandets rett. Dersom reklameutsagn etter selgerlandets rett ikke anses forpliktende, vil en norsk forbruker ikke kunne påberope seg en bestemmelse som nevnt.»

17.4.3 Høringsinstansenes syn

Følgende høringsinstanser er positive til å lovfeste § C om reklamens bindende virkning: *Forbruker-*

ombudet, Forbrukerrådet og Norges Automobilforbund.

Følgende høringsinstanser er negative til en slik lovfesting: *Advokatforeningen, ANFO, Finansnæringens Hovedorganisasjon, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Justisdepartementet, Kreativt Forum, NetCom og Sparebankforeningen.*

Advokatforeningen går mot å lovfeste at reklame skal være avtalerettslig bindende. Det vises til at foruten de forhold departementet selv er inne på i høringsnotatet, vil det fort kunne føre til at det legges betydelige begrensninger på hva reklamen inneholder, og føre til at det utarbeides forbehold. Det vises også til at en del reklame nødvendigvis vil måtte utformes i god tid før tilbudskampanjen, på et stadium der selgeren ikke alltid kan garantere levering av varen.

ANFO og *Kreativt Forum* går sterkt mot forslaget. De mener prinsipielt at det er helt feilaktig å se på markedsføring og reklame som et bindende tilbud. Det anføres at markedsføringen har et annet formål. Det følger allerede av begrepet «markedsføring» at det kommer før en eventuell avtale, og at det skal gi forbrukerne kjennskap til og informasjon om et produkt.

Det anføres videre at noen former for markedsføring, så som reklamefilm, åpenbart er helt uegnet som et avtalerettslig tilbud. *ANFO* og *Kreativt Forum* bemerker at en del reklamemateriell, så som et avisinnstikk, kan bli «liggende» etter at selve kampanjen er over, noe som også er problematisk i forhold til en slik regel. I praksis er det ikke mulig å «tilbakekalle» en reklame som allerede er spredt til og mottatt av publikum.

Videre mener *ANFO* og *Kreativt Forum* at forslaget vil innebære en lite heldig begrensning i mulighetene til kreativt og skapende arbeide i forbindelse med utforming av ulike former for reklame. Det vises også til at forbrukerne er godt beskyttet allerede gjennom de øvrige bestemmelser i markedsføringsloven, som stiller strenge krav til annonsørene.

Det bemerkes at det vilkår som er brukt i lovforslaget i rapporten, nemlig om *forbrukeren* har hatt rimelig grunn til å tro på reklamens bindende virkning, åpenbart ikke er egnet. Dette vil medføre altfor stor usikkerhet for annonsørene og reklamebyråene, og det vil også kunne åpne for vilkårlige erstatningssøksmål. *ANFO* og *Kreativt Forum* mener at det også for forbrukerne må være enklere å forholde seg til at reklamen som sådan ikke er et bindende tilbud.

Avslutningsvis påpekes at avtalerettslig binding for reklameutsagn vil innebære at reklamen

får en helt ny rettslig betydning. En særnorsk bestemmelse, som ikke gjenfinnes andre steder i Norden er etter *ANFO* og *Kreativt Forums* syn i seg selv svært lite ønskelig.

Forbrukerombudet støtter en bestemmelse som stadfester prinsippet om reklamens bindende virkning. Det fremheves at dette vil være den beste løsning for hver enkelt forbruker. Ombudet peker på at muligheten for at den næringsdrivende blir holdt privatrettslig ansvarlig, vil fremstå som en mer umiddelbar sanksjon enn de offentligrettslige sanksjonene. Dermed vil de privatrettslige reglene også virke preventivt.

Forbrukerombudet mener at det blir for enkelt å henvise til situasjonen for nesten 100 år siden når spørsmålet om reklameutsagns bindende virkning skal vurderes. Selv om reklamen for så vidt er like mye rettet til et stort og adresseløst publikum nå, må man etter ombudets syn også ta i betraktning at det er nettopp denne store udefinerbare forbrukermassen man ønsker å nå ut til og påvirke til kjøp. Utvalget av varer er så mye større at tilbudet kan gå ut til alle disse, og likevel skape en helt annen forventning hos forbrukerne nå enn for 100 år siden. Forbrukerombudet anfører at når de store varekjedene gjennom massiv reklame annonserer produkter til svært gunstige priser, bør man også kunne forvente at de har et stort antall varer til den prisen for å møte den store etterspørselen de må forstå at reklamen skaper. I motsetning til i 1914 fremsettes i dag de aller fleste kjøpsoppfordringer til forbrukere gjennom reklame, og det er betydelige ressurser som legges ned i reklamen. Forbrukerombudet mener etter dette at reklamens status i dag kan sies å ha fått mer karakter av tilbud i avtalerettslig forstand.

Endelig viser Forbrukerombudet til at de nordiske forbrukerombudene har tatt initiativer overfor sine respektive departementer om å følge opp forslagene i den nordiske rapporten. At dette ikke er blitt fulgt opp, kan etter ombudets mening ikke stå i veien for at man nå eventuelt går inn for en norsk regulering.

Forbrukerrådet er positiv til å lovfeste forslag C i den nordiske rapporten. Det fremheves at en slik regel vil kunne få stor forbrukerpolitisk betydning, ved at den vil bidra til at reglene om god markedsføringsskikk overholdes.

Forbrukerrådet anfører at det er grunn til å tro at regelen i mange tilfeller vil være enkel å håndheve ved at tilbyder må oppfylle iht. reklamen. Dersom oppfyllelse ikke lar seg gjennomføre, for eksempel fordi det ikke lenger er flere av de aktuelle varene igjen, må tilbyder omlevere, eventuelt betale mellomlegget mellom den tilbudte og alter-

native vare. For selger/tilbyder vil dette være dyrere og mer omfattende forpliktelser enn kun å måtte erstatte faktiske utgifter.

Forbrukerrådet understreker at en ny lov må ses i nytt perspektiv, dvs. tilpasses dagens og fremtidens situasjon. Rådet frykter ikke at regelen blir så skjønnsmessig at den blir vanskelig å praktisere. Hvor grensene skal gå for når reklamen er bindende, vil være skjønnsmessig og vil måtte fastsettes i praksis som all annen ny lovgivning med skjønnsstema.

Forbrukerrådet finner grunn til å tro at en slik regel vil tvinge frem en mer presis angivelse av varen/tjenesten, antallet, pris med mer hos tilbyderne. Det anføres at regelen dermed vil ha meget gode grunner for seg, og vil kunne ta høyde for dagens situasjon.

Når det gjelder forholdet til lovvalsregler, bemerker Forbrukerrådet at uansett om senderlandsprinsippet må legges til grunn, vil en ny regel som foreslått måtte gjelde i forhold til norske forbrukere i Norge. Dette vil under enhver omstendighet føre til en forbedring sammenliknet med dagens situasjon.

Finansnæringens Hovedorganisasjon er negativ til innføring av regler om reklamens bindende virkning og uttaler at dagens rettstilstand er tilfredsstillende.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) mener at argumentene mot at reklameutsagn anses som rettslig bindende er så tungtveiende at man bør avstå fra en slik regulering. HSH mener at man bør forholde seg til reklameutsagn som til andre utsagn med hensyn til om det er gitt et bindende tilbud, det vil si at man må vurdere konkret om utsagnet er dispositivt.

Justisdepartementet uttaler at etter deres syn er det klart at man ikke bør gå videre med forslaget om å lovfeste at reklameutsagn skal ha bindende virkning. Det anføres at hensynene som (forutsetningsvis) ligger til grunn for avtalelovens modell gjør seg gjeldende også i dag. Justisdepartementet påpeker videre at adresseløse utsagn forekommer i en rekke andre sammenhenger enn såkalte lokketilbud. For eksempel vil forslaget innebære at IKEA-katalogen i utgangspunktet vil måtte anses som et bindende tilbud fra IKEA. En regel om at adressatløse utsagn er forpliktende for avgiveren, vil uansett ikke være mer enn et utgangspunkt. Avgiveren vil selv kunne ta ulike forbehold, og det må videre være klart at forbrukeren ikke vil kunne bygge noen rett på utsagn som han burde ha forstått var uriktige. Videre anfører Justisdepartementet at også utover dette må det i praksis oppstil-

les en rekke begrensninger i utsagnets bindende virkning både i tid og omfang. Dette vil blant annet bero på i hvilket medium utsagnet fremsettes, om utsagnet gjelder typisk sesongbetonte varer eller hva slags varer som tilbys. Etter Justisdepartementets syn vil dette fordre en rekke skjønnsmessige vurderinger som ikke uten videre vil være enkle å foreta, og det er lite realistisk at forbrukere selv vil håndheve disse reglene – selv ikke innenfor rammen av et gruppesøksmål eller lignende.

Samlet sett er det Justisdepartementets oppfatning at den regelen som foreslås ikke er hensiktsmessig. Under enhver omstendighet mener Justisdepartementet at det er en rekke forhold som tilsier at man på det nåværende tidspunkt ikke bør gå videre med forslaget. Det pekes her på faren for fragmentering av avtaleretten, at spørsmålet ikke synes å være aktuelt i øvrige nordiske land, forholdet til EUs arbeid med kontraktsrett og forholdet til FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (CISG). Den internasjonale utviklingen synes å gå i en annen retning enn forslaget i høringsnotatet går ut på.

NetCom AS uttaler at om forslaget skulle bli gjort gjeldende, vil det kreve store omveltninger hos de berørte parter i næringslivet, og legge store begrensninger på hva et reklameutsagn skal inneholde. Videre uttales at dersom departementet har et ønske om å stadfeste prinsippet om reklamens bindende virkning, bør dette gis en bredere og grundigere behandling på et eventuelt senere tidspunkt.

Norges Automobilforbund støtter forslagene i den nordiske rapporten generelt, jf. punkt 17.1 ovenfor.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) anbefaler at det ikke innføres eksplisitte lovbestemmelser i markedsføringsloven om reklamens bindende virkning. Det vises til at rettstilstanden er slik at det i visse tilfeller må sies at reklamen er bindende – selv om det ikke er utgangspunktet. NHO anfører at vurderingene er svært konkrete, en positiv regulering er vanskelig å få til, og vil kunne oppfattes antitetisk.

Sparebankforeningen uttaler at det ikke bør innføres regler om at et reklameutsagn skal anses som et rettslig bindende tilbud. Det vises til at en slik regel vil måtte inneholde vesentlige reservasjoner, bl.a. hvorvidt forbrukeren hadde grunn til å tro at reklameutsagnet var rett. Det anføres at dagens rettstilstand bør være tilstrekkelig, bl.a. ved at utsagn i markedsføringen kan få betydning ved vurderingen av om det kjøpte har en kjøpsrettslig mangel.

17.4.4 Departementets vurderinger

Flertallet av høringsinstansene som har uttalt seg om reklamens bindende virkning går mot at det innføres slike regler. Mindretallet ved Forbrukerombudet og Forbrukerrådet påpeker bl.a. at privatrettslige regler vil være et godt supplement til offentligrettslige sanksjoner. Departementet ser at en regel om reklamens bindende virkning vil kunne ha en preventiv virkning når det gjelder «lokketilbud», villedende markedsføring mv. En slik regel vil også ivareta hensynet til den enkelte forbruker. Samtidig må forslaget ses i en større sammenheng. Departementet ser at det kan være problematisk å lovfeste regler om reklamens bindende virkning fordi vurderingene er svært sammensatte og konkrete. Den foreslåtte reglen er så skjønnsmessig at den ikke vil være enkel å praktisere, noe som kan skape usikkerhet, f.eks. om når

forbrukeren kan foreta et dekningskjøp og kreve mellomlegget dekket av selgeren. Usikkerheten kan gi opphav til mange tvister uten at det er sikkert forbrukerne vil være særlig godt hjulpet. Videre ser departementet at forslaget må ses i sammenheng med bl.a. avtaleretten for øvrig og utviklingen internasjonalt. Som Justisdepartementet peker på, taler dette mot å lovfeste regler om reklamens bindende virkninger på det nåværende tidspunkt. Endelig legger departementet vekt på at det foreslås å styrke håndhevingsvirkemidlene i markedsføringsloven på flere punkter, jf. punkt 15.7. Dette kan virke ytterligere forebyggende på villedende markedsføring mv. sammenliknet med dagens situasjon. Etter en samlet vurdering er departementet blitt stående ved at forslaget til § C ikke følges opp med konkrete lovforslag i denne omgang.

18 Økonomiske og administrative konsekvenser

18.1 Generelt

Den foreslåtte loven erstatter gjeldende markedsføringslov. Flere sentrale bestemmelser har fått en ny utforming, men innholdsmessig er de nye bestemmelsene i stor grad å anse som en videreføring av gjeldende rett. I en overgangsperiode vil ny utforming av regelverket ventelig medføre økt ressursbruk. Dette gjelder for det første brukerne av loven som må gjøre seg kjent med nytt regelverk. Det samme gjelder for håndhevingsmyndighetene. Forbrukerombudet vil få merarbeid både med å sette seg inn i nytt regelverk, med å veilede næringslivet om det nye regelverket og vil også måtte oppdatere sine veiledninger og annet materiell. Markedsrådet kan i en overgangsperiode få en økning i antall saker og særlig på områder hvor det er nødvendig å trekke nye grenser.

18.2 Beskyttelse mot særlige former for markedsføring

18.2.1 Telefonmarkedsføring og adressert reklame

En mer effektiv og forutsigbar reservasjonsordning i kombinasjon med pålegg til bransje og økte krav til skriftlighet før og i forbindelse med avtaleinngåelse, kan redusere antall klager og tvister som følge av telefonmarkedsføring. Dette vil være til fordel for forbrukerne, de næringsdrivende og det offentlige.

Tiltak for å effektivisere dagens reservasjonsordning vil likevel kunne øke de økonomiske og administrative byrder for de næringsdrivende noe.

Kravet til skriftlig aksept innebærer at de næringsdrivende må etablere et apparat for mottak og lagring av aksept fra forbruker. En ny opplysningsplikt før avtaleinngåelse innebærer også at de næringsdrivende pålegges to skriftlige utsendelser, i motsetning til i dag da det er tilstrekkelig med en. Se for øvrig nærmere omtale i merknadene til de enkelte bestemmelser i kapittel 19.

Omfanget av de økonomiske og administrative konsekvensene kan begrenses av at kravene i de fleste tilfeller kan oppfylles ved kostnadseffektive og raske kommunikasjonsmetoder som sms og e-

post. Bransjeorganisasjonen NORDMA har bl.a. opplyst at de fleste avtaler inngått over telefon allerede i dag bekreftes skriftlig i en eller annen form.

For forbrukerne kan kravet til skriftlig aksept innebære en økende grad av purringer overfor de som ikke umiddelbart sender inn en skriftlig aksept.

Unntakene for aviser kan få følger for konkurransen i mediemarkedet.

Adgang til å registrere telefonnummer i tillegg til fødselsnummer vil for øvrig kreve enkelte mindre endringer i Brønnøysundregistrenes registreringstilbud.

Datatilsynet håndhever i dag personopplysningslovens regler om reservasjon mot direkte-markedsføring (i praksis direktemarkedsføring per post og telefon). Etter det opplyste benytter de i dag om lag et halvt årsverk til dette. Tilsvarende ressurser forutsettes tilført Forbrukerombudet som håndhevingsorgan ved overføring av reservasjonsreglene til markedsføringsloven.

Det offentlige vil også få kostnader knyttet til informasjon om nytt regelverk. Disse kostnadene vil bli dekket innenfor Barne- og likestillingsdepartementets budsjett.

18.2.2 Uadressert reklame og gratisaviser

Forslaget vil gi likere regler for redaksjonelle gratisaviser og fulldistribuerte salgsaviser, sistnevnte er i dag omfattet av forbudet i markedsføringsloven § 2 c. Ingen kan lenger levere til alle.

Forslaget om å innføre en reservasjonsrett for alle gratisaviser vil kunne få økonomiske konsekvenser for de redaksjonelle gratisavisene. Dagens adgang til å levere disse avisene til alle gir høye opplagstall, noe som genererer annonseinntekter. Redusert distribusjon vil gi lavere inntekter og påvirke disse avisenes økonomi.

Forslaget vil videre få konsekvenser for utgi-vere av offentlig informasjon som benytter gratisaviser til å nå frem til innbyggerne. Mange kommuner bruker reklamefinansierte gratisaviser som informasjonskanal fordi det er kostnadseffektivt. En rett til å si «nei takk» kan innebære at disse må finne alternative kanaler for å nå ut til alle. Det er imidlertid kun de som har reservert seg mot gra-

tisaviser som ikke vil få slik informasjon. Kommuner som benytter gratisaviser som informasjonskanal kan gjøre innbyggerne oppmerksomme på dette, slik at de kan ta det med i vurderingen om de skal reservere seg.

En rett til å takke nei til alle gratisaviser vil for øvrig få positive konsekvenser for miljøet, idet den vil føre til mindre unødig forbruk av papir og mindre avfall.

For det offentlige vil det være kostnader knyttet til informasjon om nytt regelverk. Disse kostnadene vil bli dekket innenfor Barne- og likestillingsdepartementets budsjett.

18.2.3 Forbud mot bruk av visse tilleggsytelser ved markedsføring til forbrukere

En oppheving av forbudet mot tilgift vil innebære at næringslivet får tilgang til en ny markedsføringskanal. Høringsinstansene har vært delt i synet på hvilke økonomiske konsekvenser dette vil få. Enkelte påpeker at tilgift virker fordyrende for forbrukerne, mens andre mener de samme markeds-

føringsbudsjettene vil brukes på andre måter slik at prisene totalt sett ikke stiger. Andre påpeker at det vil innebære konkurransemessige fordeler for store aktører på bekostning av små aktører.

Departementet finner det vanskelig å anslå nærmere hvilke konsekvenser forslaget vil få da det også er usikkert i hvilket omfang slik markedsføring vil bli brukt av næringslivet. Det samme gjelder forslaget om å delvis oppheve forbudet mot innløsningskuponger.

Forslaget om endringer i forbudet mot bruk av utlodninger og konkurranser i markedsføring ventes ikke å få store konsekvenser.

18.3 Håndheving

Det foreslås å effektivisere håndhevingen til Forbrukerombudet på noen punkter, samt å innføre hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr som et nytt sanksjonsmiddel. Det antas at disse bestemmelsene i seg selv ikke vil medføre økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning.

19 Merknader til de enkelte bestemmelsene

Kapittel 1 Alminnelige bestemmelser

Til § 1 Hva loven gjelder

Bestemmelsen slår fast at loven her gjelder kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold, og stiller krav til god forretningsmessighet mellom næringsdrivende.

Bestemmelsene om handelspraksis beskytter forbrukerinteresser og gjenfinnes i §§ 6–9 i lovens kapittel 2. Disse representerer gjennomføringen av direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere artikkel 5–9.

Bestemmelser om kontroll med avtalevilkår i forbrukerforhold finnes i lovens kapittel 5.

Bestemmelser om markedsføring beskytter både forbrukerinteresser og andre interesser og finnes i kapittel 1 og i kapittel 3.

Forbrukerombudet og Markedsrådet fører kontroll med lovens bestemmelser ut fra hensynet til forbrukerne, jf. lovens kapittel 7 og 8.

Bestemmelsene om god forretningsskikk mellom næringsdrivende er tatt inn i lovens kapittel 6.

Til § 2 God markedsføringsmessighet mv.

Bestemmelsen er plassert i lovens innledende kapittel, og kommer til anvendelse ved markedsføring overfor både forbrukere og næringsdrivende.

Første ledd er en videreføring av den rettslige standarden «god markedsføringsmessighet» som finnes i nåværende generalklausul i § 1 første ledd. Forarbeidene til bestemmelsen er Ot.prp. nr. 70 (1995–96), og det forutsettes at merknadene i denne proposisjonen fortsatt vil være retningsgivende. Det nærmere innholdet i den rettslige standarden må fastlegges gjennom praksis, herunder er tidligere praksis relevant.

Bestemmelsen tar sikte på å ramme markedsføring som bruker virkemidler som anses støtende ut fra alminnelige, anerkjente og utbredte normer i samfunnet. Det er hensynet til kollektive forbrukerinteresser og mer allmenne samfunnsinteresser som skal legges til grunn for vurderingen. Bestemmelsen retter seg mot etiske og moralske aspekter i markedsføring, som i utgangspunktet faller utenfor virkeområdet til direktivet om urime-

lig handelspraksis. Villedende og uriktig bruk av etiske- og miljørelaterede påstander i markedsføring vil likevel kunne berøre forbrukernes økonomiske interesser i en slik grad at bestemmelsene om urimelig handelspraksis i §§ 6 flg. kommer til anvendelse, jf. punkt 5.1.2.

Bestemmelsen skal tolkes strengere enn ellers ved markedsføring overfor barn, jf. § 19. I § 21 er det angitt en del relevante momenter i denne vurderingen.

Annet ledd er en videreføring av gjeldende § 1 annet ledd. Forarbeidene til bestemmelsen er Ot.prp. nr. 1 (1977–78) side 14 og Ot.prp. nr. 70 (1995–96). For øvrig vises til omtalen i kapittel 6.

Tredje ledd er en videreføring av gjeldende § 1 fjerde ledd. Forarbeidene til bestemmelsen er Ot.prp. nr. 70 (1995–96), og det vises til merknadene i nevnte proposisjon og punkt 5.2 ovenfor. Det vil etter dette være et skjerpende moment i vurderingene etter første og annet ledd dersom markedsføringen fremtrer som særlig påtrengende. Det er derimot ikke ment at man skal tolke disse bestemmelsene lempeligere enn ellers dersom reklamen ikke fremtrer som særlig påtrengende.

Til § 3 Presentasjon og dokumentasjon av markedsføring

Bestemmelsen er en lovfesting av alminnelige markedsrettslige prinsipper og gjelder for all markedsføring.

I første ledd er det slått fast at all markedsføring skal framstå som markedsføring. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 1 fjerde ledd. Forarbeidene til bestemmelsen finnes i Ot.prp. nr. 62 (1999–2000). Bestemmelsen stiller krav til utforming og presentasjon slik at all markedsføring skal kunne identifiseres som markedsføring.

Eksempelvis skal skillet mellom reklame og redaksjonelt stoff være tydelig. Ved praktiseringen av bestemmelsen må det utvises forsiktighet med tanke på den grunnlovfestede ytringsfriheten. Samtidig kan bestemmelsen ikke omgås ved å kalle rene markedsføringstiltak for artikler, innlegg eller lignende.

Mottakere av markedsføring skal heller ikke på annen måte villedes med hensyn til formålet med

en næringsdrivendes handlinger. Bestemmelsen inneholder ikke lenger noen uttrykkelig henvisning til næringsdrivendes plikt til, ved personlig muntlig henvendelse til forbrukere, å presentere seg og opplyse om formålet med henvendelsen. For telefonmarkedsføring er det tatt inn en slik henvisning i § 16 annet ledd. Det generelle prinsippet som bestemmelsen er uttrykk for innebærer imidlertid at også annen personlig direkte markedsføring skal fremstå som det den er. Å unnlate å opplyse om en handelspraksis' kommersielle formål, vil være en villedende utelatelse som kan anses urimelig dersom påvirkningsvilkåret i § 8 annet ledd er oppfylt.

Andre eksempler nevnes i høringsuttalelsen fra *Kreativt Forum*:

«Reklame med en identifiserbar avsender er ikke like åpenbar som tidligere, ettersom reklamen tar andre former enn den «tradisjonelle». Vi ser grensetilfeller hvor identifikasjon kan være vanskelig, eksempelvis (betalt) produkt-plassering i spillefilmer mm, mens spill og «events» derimot vil kunne ha et tydeligere preg av å være markedsføring.»

Departementet viser for øvrig til listen over handelspraksis som alltid skal anses som urimelig («svartelisten»), se nærmere omtale i punkt 7.2. Det fremgår av svartelisten punkt 11 at annonser ikke skal gis en redaksjonell form uten å gjøre det klart for forbrukeren at det er tale om reklame. Det er også forbudt å gi feilaktig inntrykk av at en næringsdrivende ikke opptre for formål som gjelder vedkommendes næringsvirksomhet, jf. svartelisten punkt 22.

I *annet ledd* er prinsippet om at næringsdrivende skal kunne dokumentere faktiske påstander de kommer med i sin markedsføring, lovfestet. Bestemmelsen tilsikter ikke å gå utenfor rammene til direktivet om urimelig handelspraksis.

Bestemmelsen her må ses i sammenheng med forbudene mot villedende markedsføring i §§ 7 og 26. Uriktige og usannferdige påstander i markedsføring anses villedende og er forbudt. Bestemmelsen er en lovfesting av praksis fra Markedsrådet og Forbrukerombudet vedrørende udokumenterte påstander.

Dokumentasjon skal foreligge hos annonsøren når markedsføring skjer. Det vises til punkt 4.3.

Næringsdrivende har i henhold til § 33 plikt til å gi håndhevingsmyndighetene opplysninger dersom dette kreves. Dersom dokumentasjon ikke er avsendt til Forbrukerombudet innen 48 timer fra begjæring om dette er mottatt av den næringsdrivende, kan ombudet forelegge saken til avgjørelse

for Markedsrådet uten at frivillig ordning er søkt oppnådd, jf. § 36 annet ledd jf. § 35 tredje ledd. Det samme gjelder i særlige tilfeller hvor en påstand om konkret virkning åpenbart ikke kan dokumenteres, jf. § 36 annet ledd siste punktum.

Det vises også til punkt 7.1.4 om overdrevne påstander.

Til § 4 Lovens stedlige virkeområde

Første ledd fastslår at de materielle reglene i markedsføringsloven vil gjelde når handlinger eller vilkår er rettet mot forbrukere eller næringsdrivende i Norge. Herunder vil dette gjelde når markedsføring skjer fra utlandet, men har virkning i Norge. Hovedvurderingskriteriet er «rettet mot». Det må her foretas en konkret helhetsvurdering av om markedsføring, handelspraksis eller vilkår er beregnet på det norske markedet. Relevante momenter kan for eksempel være språk som benyttes og valutaen priser er oppgitt i, samt hvorvidt den næringsdrivende aksepterer å inngå avtaler med norske forbrukere. Et eksempel på hva som vil falle utenfor er reklame i utenlandske tidskrifter, som selv om de selges i Norge ikke kan sies å være innrettet mot nordmenn eller det norske markedet.

Enkelte EØS-regelverk bygger på prinsipper om at næringsdrivende i utgangspunktet bare trenger å følge regelverket i landet der de er etablert, også når de driver grenseoverskridende virksomhet. Dette regelverket får virkning når det er gjennomført i norsk lovgivning. Utgangspunktet om at den norske markedsføringsloven gjelder for handlinger og vilkår som er rettet mot forbrukere eller næringsdrivende i Norge, må derfor modifiseres ved at annet kan følge av annen lovgivning enn markedsføringsloven.

Særlig relevant i denne forbindelse er ehandeldirektivet, som er gjennomført i ehandelsloven. Det følger av ehandelsloven § 5 første ledd at «En tjenesteyter med etableringssted i en annen stat innenfor EØS har uten hinder av norske regler innenfor det koordinerte regelområdet rett til å tilby informasjonssamfunnstjenester til tjenestemottakere i Norge.» Ifølge forarbeidene til ehandelsloven, Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) side 55, omfatter begrepet «informasjonssamfunnstjeneste» næringsdrivende som on-line markedsfører sine produkter, tjenester og sitt selskap. Etter ehandelsloven § 5 annet ledd bokstav d kan det likevel gjøres unntak fra senderlandsprinsippet i første ledd når tiltaket er nødvendig for å beskytte forbrukere. Dersom det skal treffes forbudsvedtak,

må en bestemt prosedyre følges etter § 5 tredje og fjerde ledd.

Videre kan etter omstendighetene de alminnelige bestemmelsene om fri bevegelighet for varer og tjenester etter EØS-avtalen (lov 27. november 1992 nr. 109) begrense adgangen til å gjøre regler i markedsføringsloven gjeldende overfor virksomheter etablert i andre EØS-stater. EF-domstolen har godtatt tiltak som i og for seg er «handelshindrende» hvis tilakene har vært ansett egnede/nødvendige og forholdsmessige ut i fra «allmenne hensyn», herunder bl.a. forbrukerhensyn. Tilsvarende prinsipper vil gjelde for Norge etter EØS-avtalen.

Et praktisk eksempel på anvendelse av første ledd er vurdering av markedsføring på utenlandske nettsider. Forbrukerombudet må her først vurdere konkret om markedsføringen kan anses rettet mot norske forbrukere. Kommer man til det, f.eks. fordi man kan klikke seg inn på sider med norsk språk hvor det tilbys varer med norske priser, må Forbrukerombudet vurdere om aktuell lovgivning er til hinder for at de norske reglene kan gjøres gjeldende. Ehandelsloven og EØS-avtalen kan etter omstendighetene komme inn som slike begrensninger.

Siden norske myndigheter ikke har jurisdiksjonsmyndighet i utlandet, vil Forbrukerombudet uansett være avhengig av bistand fra myndighetene i vedkommende land for å sette i verk tiltak mot virksomheter etablert i utlandet som bryter markedsføringsloven. Innen EØS er det etablert et forpliktende samarbeid for å håndheve forbrukerregelverk på tvers av landegrensene, jf. punkt 15.8.

Annet ledd innebærer at Forbrukerombudet og Markedsrådet kan fatte vedtak mot norske næringsdrivendes ulovlige handlinger og vilkår som rammer utenlandske forbrukere. Forutsetningen er at tiltaket er ulovlig både etter de materielle reglene i markedsføringsloven og i lovgivningen i landet der tiltaket har virkning. For å avklare om et forhold er ulovlig etter utenlandsk rett, kan det være nødvendig for Forbrukerombudet å innhente en vurdering fra utenlandske myndigheter e.l. Vedtak kan treffes med hjemmel i de norske materielle reglene. På vanlig måte vil det være et vilkår for å fatte vedtak at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne, jf. forslag til § 39 første ledd og § 34 annet ledd. I disse tilfellene vil det være hensynet til de utenlandske forbrukerne som er relevant. Bestemmelsen regulerer ikke virkeområdet til bestemmelsene i kapittel 6 om beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Mulighetene for en næringsdrivende til å håndheve bestemmelser i lovforslaget kapittel 6 når det gjelder handlinger som begås i utlandet eller virkninger av handlinger som inn-

treffer i utlandet, vil bero på ellers gjeldende regler om verneting og lovvalg. For øvrig vises det til de alminnelige merknadene i punkt 4.5.4.

Markedsføringsloven gjelder i dag ikke på Svalbard og Jan Mayen. I *tredje ledd* er det gitt en forskriftshjemmel som kan brukes til å bestemme om og i hvilken utstrekning loven skal gjelde her.

Til § 5 Definisjoner

I bokstav a er det tatt inn en definisjon av *forbruker*. Definisjonen er den samme som er brukt i norsk lovgivning for øvrig. I forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven ble samme forbrukerdefinisjon innført i flere lover. For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i begrepet, vises til forarbeidene til forbrukerkjøpsloven (Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) punkt 3.3 (side 30 flg.)). Ordlyden i definisjonen avviker fra definisjonen i direktivet om urimelig handelspraksis. Det vises til omtalen i punkt 4.4.3.2.

Bokstav b inneholder en definisjon av *næringsdrivende*. Loven gjelder både næringsdrivende som utøver virksomhet overfor forbrukere og overfor andre næringsdrivende. Definisjonen avviker fra definisjonen i direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 2 bokstav b og i direktivet om villedende og sammenlignende reklame artikkel 2 nr. 3 ved at det ikke presiseres at å utøve næringsvirksomhet er å handle for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet. Definisjonen er gitt denne utformingen for å samsvare med den valgte forbrukerdefinisjonen. Det er ikke tatt sikte på noen realitetsforskjell.

En næringsdrivende kan være en fysisk eller en juridisk person. I kravet om at vedkommende må «utøve» næringsvirksomhet må det antas å ligge en forutsetning om en vedvarende virksomhet eller en virksomhet av et visst omfang slik det også er etter gjeldende rett. Begrunnelsen for denne typen regulering er at næringsdrivende og forbrukere ikke skal påføres tap ved at motparten opptrer uredelig. En profesjonell motpart vil fremstå som næringsdrivende så lenge vedkommende handler som ledd i sitt yrke eller sin forretningsvirksomhet. Det ligger ikke noe krav i direktivene om at virksomheten er profittbasert, og også virksomhet der overskuddet går til allmenntilgode formål kan etter omstendighetene være omfattet av næringsvirksomhetsbegrepet. Grensen mellom innsamling og salg kan være flytende og det vil måtte foretas en konkret vurdering av om pengeinnsamling utgjør næringsvirksomhet. Her som ellers vil virksomheten måtte vurderes etter art, omfang, formål

osv. og om innsamlingen er av en slik art at det foreligger et beskyttelsesbehov hos de som mottar henvendelsene. En telefonsalgsvirksomhet som kontakter forbrukere for å samle inn penger på oppdrag fra en ideell organisasjon vil opptre som ledd i sin forretningsvirksomhet og dermed være å anse som en næringsdrivende uavhengig av om oppdragsgiver anses å drive næringsvirksomhet.

Også offentlige institusjoner og virksomheter vil kunne anses som næringsdrivende etter loven. Dersom virksomheten utøves i konkurranse med private aktører stilles de samme krav til eksempelvis markedsføringen av ytelsen som tilbys.

Også den som handler i en næringsdrivendes navn eller på dennes vegne, anses som næringsdrivende i lovens forstand. Alle som opptre som ledd i en næringsvirksomhet, må dermed følge lovens bestemmelser. Det samme følger av gjeldende markedsføringslov § 19. Frivillige organisasjoner som på dugnad distribuerer reklame for næringsdrivende anses å opptre i næringsvirksomhet i lovens forstand, uavhengig av om organisasjonen selv kan anses som næringsdrivende.

For øvrig vises det til punkt 4.4.2.

Begrepet *ytelse* er definert i *bokstav c*. Loven er produktneutral og gjelder næringsdrivendes handlinger knyttet til fremstilling, markedsføring, salg eller levering av alle varer, tjenester eller andre ytelser til forbrukere eller andre næringsdrivende. Direktivet om urimelig handelspraksis er også produktneutralt, og «produkt» er i artikkel 2 bokstav c definert som alle varer eller tjenester, herunder fast eiendom, rettigheter og forpliktelser. I gjeldende lov er formuleringen «vare, tjeneste eller annen ytelse» brukt.

Denne formuleringen er videreført i flere av lovforslagets bestemmelser. I bestemmelsene som gjennomfører direktivet er fellesbetegnelsen «ytelse» valgt. Det vises for øvrig til punkt 4.4.4.

I *bokstav d* defineres begrepet *handelspraksis*. Definisjonen av handelspraksis har to funksjoner. Den forklarer et nytt begrep i norsk lovgivning og den avgrenser virkeområdet til §§ 6 til 9 som omhandler handelspraksis.

Begrepet handelspraksis skal tilsvare begrepet «foretaks handelspraksis overfor forbrukere» i direktivet om urimelig handelspraksis, jf. definisjonen i artikkel 2 bokstav d. Departementet legger til grunn at «handelspraksis» omfatter noe mer enn begrepene «handling foretatt i næringsvirksomhet» og «markedsføring» i gjeldende markedsføringslov slik disse er forstått i Markedsrådets og Forbrukerombudets praksis. Handelspraksisbegrepet omfatter markeshandlinger foretatt både før, under og etter at en eventuell avtale er inngått.

Kommersiell kommunikasjon som har til formål å markedsføre en ytelse vil være handelspraksis uansett hvilken form den har. Markedsføring i form av arrangementer («events»), vil eksempelvis være omfattet av loven. Det samme gjelder butikkers utstillingsvinduer. Også andre handlinger foretatt før avtaleinngåelse, eksempelvis hvordan den næringsdrivende legger opp forholdene rundt avtaleinngåelsen, vil være handelspraksis. At definisjonen også nevner «atferd» innebærer at det ikke bare er relevant hva en næringsdrivende gjør, men også hvordan det gjøres.

Hvordan næringsdrivende følger opp kunder i etterkant av avtaleinngåelse utgjør også en handelspraksis, eksempelvis næringsdrivendes krav til forbrukere i forbindelse med betaling eller klagebehandling.

Ytterligere eksempler på handlinger som er handelspraksis finnes i «svartelisten» i bilag 1 til direktivet. Listen med forbud foreslås inntatt som forskrift til loven, jf. omtalen under punkt 7.2.

I henhold til definisjonen er handelspraksis handlinger m.v. som er foretatt i direkte tilknytning til salg mv. til forbrukere.

Dette innebærer for det første at bestemmelsene om handelspraksis bare direkte beskytter forbrukernes interesser. I kravet ligger også en presisering av at det må være tale om en aktivitet som har, eller kan få økonomiske konsekvenser for forbrukere. Det trekkes dermed en grense mot for eksempel næringsdrivendes handlinger som ikke er knyttet til markedsføring av virksomheten eller salg av ytelser. Et eksempel er nevnt i direktivets fortale punkt 7 som sier at direktivet ikke berører «handelspraksis som hovedsakelig gjelder andre formål, herunder kommersiell kommunikasjon rettet mot investorer, for eksempel årsberetninger og foretaks salgsfremmende dokumentasjon.» Det må uansett tas utgangspunkt i hvordan materialet blir brukt. Blir det brukt i markedsføring overfor forbrukere vil det utgjøre en handelspraksis uansett innhold. Rekkevidden av handelspraksisbegrepet vil bli nærmere fastlagt gjennom anvendelsen av lovens materielle bestemmelser.

For øvrig vises til omtalen i punkt 4.4.1.

I håndhevingsbestemmelsene benyttes betegnelsen «handling» som en fellesbetegnelse som omfatter handelspraksis og markedsføring. «Markedsføring» er i lovforslaget brukt i bestemmelsene som ikke gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis og der det ikke er et krav om forbrukertilknytning.

I *bokstav e* defineres begrepet *garanti*. Garantier er frivillige ordninger som gir forbrukeren rettigheter utover det som følger av lovgivningen eller

ulovfestet rett. Reklamasjonsrettighetene er lovbestemte. Et eksempel er forbrukerens rettigheter ved mangelfull vare i forbrukerkjøpsloven, og dette er rettigheter forbrukeren har uansett. Det har vist seg at mange, både næringsdrivende og forbrukere, blander sammen garantier og reklamasjonsrettigheter. Dette innebærer en fare for at forbrukerne villedes med hensyn til sine rettigheter. Villedende bruk av garantiutsagn i næringsvirksomhet overfor forbrukere vil etter en konkret vurdering kunne forbys etter §§ 7 eller 8.

Vilkåret om at garantien «gir» forbrukeren tilleggsrettigheter, vil ikke være oppfylt dersom forbrukeren på forhånd betaler for en avtale om garanti. Dette vil i realiteten være kjøp av forsikring.

Det stilles nærmere krav til garantivilkår i forbrukerforhold i § 23.

Kapittel 2 Handelspraksis overfor forbrukere

Til § 6 Urimelig handelspraksis

Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 5. Innenfor rammene som settes av direktivet vil den også være en videreføring av § 1 første ledd i markedsføringsloven av 1972.

Første ledd tilsvarer direktivet artikkel 5 nr. 1 og inneholder et forbud mot urimelig handelspraksis. Handelspraksis er definert i lovforslaget § 5 bokstav d.

Annet ledd tilsvarer direktivet artikkel 5 nr. 2 og inneholder vilkårene for når en handelspraksis anses urimelig. To vilkår må være oppfylt. For det første må praksisen stride mot god forretningsskikk overfor forbrukere. For det andre må praksisen være egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet.

Vilkåret om at praksisen skal *stride mot god forretningsskikk overfor forbrukerne* er en omformulering av direktivets krav om at praksisen strider mot kravene til yrkesmessig aktsomhet, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav a. «Yrkesmessig aktsomhet» er i direktivet artikkel 2 bokstav h definert slik:

«den standard for kunnskap og hensyn som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å vise overfor forbrukerne, og som er i samsvar med hederlig markedspraksis og/eller det alminnelige prinsippet om god tro innenfor den næringsdrivendes virksomhetsområde».

I vilkåret om god forretningsskikk overfor forbrukere ligger det en objektiv norm eller standard som næringsdrivende med rimelighet skal kunne

forventes å leve opp til. Innebygd i dette er blant annet at en næringsdrivende må tilrettelegge sin praksis slik at den ikke innebærer at forbrukere villedes, slik at forbrukerne får tilstrekkelig informasjon til at de kan ta informerte beslutninger og slik at forbrukernes valgfrihet ikke blir begrenset.

Det vil være opp til håndhevingsmyndighetene å vurdere om en handelspraksis oppfyller kravene til god forretningsskikk overfor forbrukere. Det er tale om en objektiv norm og den næringsdrivendes subjektive forhold, for eksempel at virksomheten er nystartet, skal ikke ha betydning ved vurderingen av om praksis er i overensstemmelse med god forretningsskikk. Hensynet til forbrukerne tilsier nettopp at både nyetablerte og etablerte virksomheter holder samme standard. Ved vurderingen vil det være relevant hva som er vanlig i en bransje, men dette kan ikke være avgjørende. Det er heller ikke slik at eksempelvis det forhold at det er sterk konkurranse i en bransje kan rettferdiggjøre at det stilles mindre strenge krav til god forretningsskikk enn i bransjer der det ikke er like sterk kamp om kundene.

Dersom en næringsdrivende handler i strid med annet forbrukerbeskyttelsesregelverk enn markedsføringsloven eller med vedtatte bransjenormer, vil det være et moment i vurderingen av om handlingen strider mot «god forretningsskikk overfor forbrukere». Departementet legger til grunn at kulturforskjeller vil medføre at det vil variere fra land til land hva kravet til god forretningsskikk overfor forbrukere innebærer.

For øvrig vises til omtalen under punkt 7.1.2.

Kravet om at praksisen er *egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet* er en omskriving av kravet i direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b.

Flertallsformen *forbrukerne* er brukt. Bakgrunnen er at bestemmelsen beskytter forbrukernes kollektive interesser i likhet med lovens øvrige forbrukervernbestemmelser. I tillegg gjenspeiler formuleringen at utgangspunktet for vurderingen av en handelspraksis er hvordan den er egnet til å påvirke en vanlig, gjennomsnittlig forbruker. Direktivet bruker betegnelsen gjennomsnittsforbrukeren. Vurderingstemaet er dermed ikke om eller hvordan en enkelt forbruker har blitt påvirket i en konkret sak, men hvordan den aktuelle praksisen er egnet til å påvirke en «vanlig» eller «gjennomsnittlig» forbruker. Forslaget er slik sett en videreføring av Markedsrådets og Forbrukerombudets praksis. Det vises til omtalen i punkt 4.4.3.3.

Den næringsdrivendes praksis skal være egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske

atferd. Vesentlig endring av økonomisk atferd er definert slik i direktivet artikkel 2 bokstav e:

«bruk av en handelspraksis som merkbart reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning, og dermed får forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet».

Eksempler på situasjoner der forbrukernes evne til å ta en informert beslutning reduseres merkbart kan være næringsdrivende som påvirker forbrukere til å kjøpe en ytelse ved å tillegge den egenskaper den ikke har, ved å gi ufullstendige opplysninger om pris eller ved å fremstille et tilbud som unikt eller kortvarig selv om det i realiteten ikke er et spesialtilbud. Det vil være opp til håndhevingsmyndighetene å vurdere hva som skal til for at en reduksjon i beslutningsevne anses som merkbart.

For at det skal være tale om en endring av økonomisk atferd skal konsekvensen av påvirkningen være at de gjennomsnittlige forbrukerne ville treffe en transaksjonsbeslutning som de ellers ikke ville truffet.

En transaksjonsbeslutning er i direktivet artikkel 2 bokstav k definert slik:

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

I lovforslaget er formuleringen «*slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet*» tatt inn som et tillegg til direktivets formulering. Dette er gjort for å gi et klarere bilde av hva som reguleres.

Det er ikke et vilkår for at en praksis skal anses urimelig at den økonomiske atferden faktisk er endret, kun at praksisen er *egnet til* å få slike konsekvenser. Utgangspunktet for vurderingen av en handelspraksis blir dermed ikke om forbrukernes handlemåte er endret, men om det er sannsynlig at den næringsdrivendes praksis vil kunne endre den. Håndhevingsmyndighetene kan treffe forbudsvedtak selv uten at faktisk skade eller tap er bevist, jf. også direktivet artikkel 11 nr. 2.

Bestemmelsen beskytter kun forbrukernes økonomiske interesser. En praksis vil kunne være urimelig av andre grunner enn at forbrukernes økonomiske interesser skades, for eksempel kan inngrep tilsies av hensyn til forbrukernes helse eller av allmenne etiske hensyn. Slike «ikke-økonomiske» hensyn ivaretas ikke av bestemmelsen her.

Det vises til forslaget § 2 og omtalen i proposisjonens kapittel 5.

I *tredje ledd første punktum* er det tatt inn en presisering av at det skal ha betydning for urimelighetsvurderingen hvem som er målgruppen for en handelspraksis eller om den næringsdrivende burde forstått at bare en gruppe forbrukere vil være særlig sårbare, jf. også direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b annet alternativ og artikkel 5 nr. 3.

Hvis en praksis er rettet til en bestemt gruppe forbrukere, skal urimeligheten vurderes fra perspektivet til den aktuelle gruppen. Dette gjelder uansett om den aktuelle gruppen antas å være lettere eller vanskeligere å påvirke enn andre forbrukere. Det følger videre av bestemmelsen at næringsdrivende må ta høyde for at ikke alle forbrukere er gjennomsnittlige. Hvis en praksis er generelt rettet, men den næringsdrivende burde forstått at den er egnet til å påvirke bare en særlig sårbar gruppe, skal utgangspunktet for urimelighetsvurderingen være et gjennomsnittlig medlem av denne særlig sårbare gruppen. Sårbarheten kan knytte seg til den aktuelle praksisen eller til ytelsen praksisen gjelder. Det vises til omtalen av «gjennomsnittsforbrukeren» i de alminnelige merknadene punkt 4.4.3.3. Prinsippene kommer videre til uttrykk i § 20 første ledd som er en særbestemmelse om urimelig handelspraksis overfor barn. Det vises til de spesielle merknadene til denne bestemmelsen.

I *annet punktum* er det presisert at beskyttelsen av sårbare grupper ikke berører vanlig og rettmessig praksis der det fremsettes overdrevne påstander som ikke er ment å tas bokstavelig, jf. også direktivet artikkel 5 nr. 3 siste punktum. Selv om markedsføring som inneholder overdrevne påstander kan være egnet til å påvirke atferden til svært godtroende personer, vil den ikke automatisk være urimelig. Bruk av slike påstander er vanlig og anerkjent. I praksis vil det imidlertid måtte vurderes konkret hvorvidt en overdreven påstand er egnet til å villede. Eksempler på slike overdrevne påstander som umulig kan være sanne er «Vasker hvitere enn hvitt», «Bukser som varer evig», «Brusen som får deg til å sveve» osv. Det vises til punkt 7.1.4.

Fjerde ledd omhandler villedende og aggressiv handelspraksis. Det slås fast at villedende og aggressiv handelspraksis er former for urimelig praksis som er omfattet av forbudet i første ledd.

Om en praksis anses villedende eller aggressiv vurderes etter bestemmelsene i §§ 7, 8 og 9. Det er ikke nødvendig å vurdere om vilkårene for urimelighet i § 6 annet ledd er oppfylt.

Femte ledd gir departementet hjemmel til å fastsette en forskrift med de formene for handelspraksis som under enhver omstendighet skal anses som urimelige. Forskriften skal inneholde listen som er tatt inn som Bilag 1 til direktivet (også kalt «svartelisten»), og som omfatter former for praksis som under alle omstendigheter skal anses som urimelige, jf. direktivet artikkel 5 nr. 5. En praksis som er tatt inn på listen er med andre ord urimelig uavhengig av om vilkårene i annet, tredje eller fjerde ledd er oppfylt. Punkter på «svartelisten» som er dekket opp av tilsvarende forbud i annet regelverk og som håndheves av andre enn Forbrukerombudet og Markedsrådet, vil ikke tas inn på listen i forskriften. Dette gjelder direktivlistens punkt 14 om pyramideordninger, som allerede er tatt inn i lotteriloven § 16 og som håndheves av Lotteri- og stiftelsestilsynet. Videre foreslås listens punkt 28 inntatt i § 20 annet ledd, jf. punkt 8.9.3, og vil heller ikke bli tatt inn i forskriften. For øvrig vises til punkt 7.2.

Det følger av bestemmelsens oppbygning at forbudet i første jf. annet ledd omfatter mer enn kun villedende og aggressiv praksis og praksis tatt inn i svartelisten. Villedende og aggressiv praksis må imidlertid regnes som hovedkategorier av urimelig handelspraksis. De fleste tilfeller av urimelig handelspraksis vil fanges opp av spesialbestemmelsene, men annet ledd er en sikkerhetsventil der næringsdrivende handler i strid med god forretningsskikk på annen måte. Et eksempel kan være brudd på spesiallovgivning som beskytter forbrukernes økonomiske interesser.

Til § 7 Villedende handlinger

Bestemmelsen inneholder kriterier for når en næringsdrivendes handlinger anses å villedde forbrukere. Bestemmelsen om betydningen av målgruppe og særlig sårbare grupper, jf. § 6 tredje ledd, gjelder tilsvarende.

Den foreslåtte bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 6 og er en videreføring av villedningsforbudet i § 2 i gjeldende markedsføringslov for så vidt gjelder villedning av forbrukere.

Første ledd angir når en handelspraksis er villedende. Etter første ledd *første alternativ* vil en praksis være villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig. Tilsvarende bestemmelse finnes i gjeldende markedsføringslov § 2 og er et utslag av det som i tidligere forarbeider er kalt «vederheftighetsprinsippet» – prinsippet om redelig og pålitelig reklame mv. Bestemmelsen her inneholder ingen nærmere

presisering av hvilke opplysninger som ikke må eller kan være uriktige. For øvrig inneholder «svartelisten» i bilag 1 til direktivet flere eksempler på at det gis uriktige opplysninger, se blant annet punktene 1, 7, 9, 12 og 18.

Det er sikker praksis for at den næringsdrivende må kunne dokumentere at faktapåstander i reklame og markedsføring er korrekte. Prinsippet er foreslått lovfestet i § 3 annet ledd, jf. den nærmere omtalen under punkt 4.3 og merknadene til bestemmelsen. I forslaget § 6 tredje ledd annet punktum er det tatt inn en presisering vedrørende overdrevne påstander, jf. merknadene til § 6, og omtalen i punkt 4.1.4. Det vil være gjenstand for en konkret vurdering om en påstand er villedende eller et utslag av en vanlig og rettmessig praksis.

Etter første ledd *annet alternativ* vil også en praksis som i og for seg inneholder korrekte opplysninger, være villedende dersom den «på annen måte» er egnet til å villedde forbrukere i forbindelse med ett eller flere av forholdene som er listet opp i bokstavene a til h. Formuleringen «på annen måte» indikerer at det skal foretas en helhetsvurdering av praksisen og hvilket inntrykk den gir selv om opplysningene i og for seg er korrekte. Det kan være at den næringsdrivendes praksis etterlater et inntrykk av at et tilbud er spesielt gunstig eller unikt. På samme måte kan forbrukerne sitte igjen med et inntrykk av at det ikke er noen vits i å forsøke å få prisavslag eller klage på en vare eller tjeneste, selv om dette er rettigheter forbrukeren har.

Kategoriene som er listet opp er de samme som følger av direktivet artikkel 6 nr. 1. Listen er uttømmende. Departementet kjenner ikke til elementer som er bevisst utelatt eller unntatt fra bestemmelsen og legger til grunn at man har ment å ramme villedning generelt.

I *bokstav a* vises det til ytelsens eksistens eller art, det antas å omfatte villedning om ytelsen faktisk finnes, og hva slags ytelse det er tale om.

Bokstav b viser til ytelsens hovedegenskaper med en nærmere eksemplifisering. Lovteksten er her gitt en noe annen utforming enn direktivet artikkel 6 nr. 1 bokstav b som lyder:

«produktets hovedegenskaper, for eksempel dets tilgjengelighet, fordeler, risikoer, utførelse, sammensetning, tilbehør, ettersalgsservice og klagebehandling, måte eller dato for produksjon eller yting, levering, egnethet for et formål, bruk, mengde, spesifikasjoner, geografisk eller kommersiell opprinnelse eller resultater som kan forventes av bruk av det, eller resultater av, og vesentlige kjennetegn ved, forsøk eller kontroll som er utført på produktet».

Forbrukerne skal heller ikke få et feilaktig inntrykk av omfanget av den næringsdrivendes forpliktelser, motiver for handelspraksisen og salgsprosessens art, eventuell erklæring eller symbol i forbindelse med direkte eller indirekte sponing eller godkjenning av den næringsdrivende eller ytelsen, jf. *bokstav c*. Den næringsdrivendes kan ha forpliktelser overfor forbrukerne og overfor andre næringsdrivende. Det kan ha betydning i begge situasjoner at opplysningene forbrukere får er korrekte. «Motiver for handelspraksisen» kan for eksempel være opplysninger om hvorfor den næringsdrivende har salg (typisk flytte- eller opphørssalg), men også villedende opplysninger om selve formålet med en praksis kan rammes. Dette kan eksempelvis være tilfellet hvis den næringsdrivende opplyser at inntektene går til et visst formål og dette bare gjelder en liten del av beløpet. Henvisningen til salgsprosessens art kan for eksempel være at man i markedsføring gir inntrykk av at noe skal selges til fast pris, men i ettertid avholder en budrunde og selger til høystbydende.

I *bokstav d* omtales prisopplysninger og prisfordeler. Det vises til omtalen av villedende bruk av priser i markedsføring i punkt 11.1.2.

I henhold til *bokstav e* skal det ikke gis feilaktig inntrykk av behovet for service, deler, utskifting eller reparasjon.

At den næringsdrivende heller ikke skal vilde forbrukere med hensyn til seg selv eller sin virksomhet fremgår av *bokstav f*, jf. formuleringen «den næringsdrivendes eller den næringsdrivendes agents art, egenskaper og rettigheter». I direktivet er følgende utdyping inntatt:

« den næringsdrivendes eller vedkommendes agents art, egenskaper og rettigheter, for eksempel identitet og formue, kvalifikasjoner, status, godkjenning, tilknytning eller tilhørighet og industrielle rettigheter, kommersielle rettigheter eller immaterialrettigheter eller priser og utmerkelse vedkommende har motatt».

Forbrukerne skal heller ikke gis et villedende inntrykk av sine rettigheter eller risikoer de kan bli utsatt for, jf. *bokstav g*. Det krever god oversikt og mye kunnskap å kjenne sin rett i ulike situasjoner. De næringsdrivende har en viktig rolle ved å gi forbrukerne korrekt informasjon om hvilke rettigheter de har, og det fremgår av bestemmelsen at de ikke skal vilde forbrukerne på dette punktet. Ett eksempel kan være at forbrukeren villedes til å tro at hun eller han ikke kan klage når garantitiden er utløpt selv om reklamasjonsfristen er lengre enn garantiperioden. Se også «svartelisten» punkt 10

og omtalen av villedende bruk av garantier i de alminnelige merknadene punkt 13.3. Forbrukere skal heller ikke villedes med hensyn til risiko de kan bli utsatt for. Det er ingen angivelse i direktivet av hva slags risiko det er tenkt på, men forbrukeres beslutning med hensyn til kjøp kan eksempelvis påvirkes av feilaktig informasjon om økonomisk risiko forbundet med en investering, risiko for fysisk skade ved bruk av et produkt eller sikkerhetsrisiko i forbindelse med en fritidstjeneste.

Det følger av *bokstav h* at den næringsdrivende ikke skal vilde forbrukerne med hensyn til sin forpliktelse til å følge bransjenormer. Bransjenormer er i direktivet betegnet som «atferdsregler», og er i artikkel 2 bokstav f definert slik:

«en avtale eller et sett med regler som ikke er pålagt av en medlemsstats lover og forskrifter, men som definerer atferden til næringsdrivende som forplikter seg til å være bundet av reglene i forbindelse med én eller flere former for handelspraksis eller næringssektorer».

Det følger av direktivets artikkel 6 nr. 2 bokstav b at det vil være urimelig å vilde forbrukere ved å ikke overholde en bransjenorm som den næringsdrivende har forpliktet seg til å overholde dersom dette er brukt i en handelspraksis. Bokstav h er å anse som gjennomføringen av denne bestemmelsen. Det er ikke en myndighetsoppgave å føre tilsyn med om bransjenormer overholdes, eller å sanksjonere brudd på slike normer med mindre praksisen er lovstridig i seg selv. Tilsynsmyndighetene skal vurdere om handelspraksis er villedende og kan også gripe inn mot villedning om at man er bundet av bransjenormer.

Det går frem av *annet ledd* at en handelspraksis likevel bare er villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning de ellers ikke ville ha truffet.

«Økonomisk beslutning» er brukt i stedet for direktivets «transaksjonsbeslutning». En transaksjonsbeslutning er i direktivet artikkel 2 bokstav k definert slik:

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

Det er et vilkår for at en handelspraksis skal anses villedende at den er *egnet til* å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet. Det er dermed ikke et

krav at forbrukere faktisk treffer en slik økonomisk beslutning.

I *tredje ledd* fastslås at det også anses som villedning hvis markedsføring, herunder sammenlignende reklame, av en ytelse forårsaker forveksling med en konkurrents ytelse, varemerke, handelsnavn eller annet kjennetegn. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet artikkel 6 nr. 2 bokstav a, som i sin tur er en videreføring av tilsvarende bestemmelse om sammenlignende reklame i direktivet om villedende og sammenlignende reklame. Ettersom direktivet om villedende og sammenlignende reklame nå bare beskytter næringsdrivendes interesser, har man tatt inn bestemmelsen om reklame som forårsaker forveksling for forbrukerne i direktivet om urimelig handelspraksis.

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett på dette området. I likhet med det som gjelder i første ledd skal praksisen vurderes ut fra hvilket totalinntrykk den etter omstendighetene gir. Videre skal den være egnet til å påvirke forbrukernes økonomiske beslutninger, jf. annet ledd.

For øvrig vises til punktene 1 til 23 på «svartelisten» i direktivets bilag 1, som er konkrete eksempler på villedende handelspraksis. Listen vil bli inntatt i forskrift, jf. § 6 siste ledd og omtalen i punkt 7.2.

Til § 8 Villedende utelatelser

Bestemmelsen gjør rede for når en næringsdrivendes utelatelser anses å villeder forbrukere. Bestemmelsene om betydningen av målgruppe og særlig sårbare grupper, jf. § 6 tredje ledd, gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 7, og er en videreføring av forbudet mot utilstrekkelig veiledning i § 3 i gjeldende markedsføringslov for så vidt gjelder praksis overfor forbrukere.

Første ledd første punktum gjennomfører artikkel 7 nr. 1 og 2 i direktivet. Bestemmelsen slår fast at villedning også kan bestå i å utelate vesentlige opplysninger.

Vesentlige opplysninger er opplysninger som forbrukerne i en gitt situasjon vil trenge for å kunne ta en informert økonomisk beslutning. Begrepet økonomisk beslutning er brukt i stedet for «transaksjonsbeslutning», jf. direktivets definisjon i artikkel 2 bokstav k. Hvilke opplysninger som anses som vesentlige vil avhenge av situasjonen, ytelsen og målgruppen. Opplysninger som skal gis i henhold til annet regelverk vil være å anse som vesentlige. Det følger av den generelle

bestemmelsen i forslaget § 3 første ledd at markedsføring alltid skal fremstå som markedsføring. Det følger også av direktivet artikkel 7 nr. 2 at det kommersielle formålet til en handelspraksis anses som en vesentlig opplysning som ikke kan utelates med mindre det kommersielle formålet framgår av sammenhengen. Videre vil opplysninger som skal gis til forbrukerne i medhold av annen lovgivning som gjennomfører forbrukerdirektiver være å anse som «vesentlige» etter bestemmelsen her. Det samme er presisert i direktivet artikkel 7 nr. 5 der det står at opplysningskrav som er fastsatt i fellesskapsretten i forbindelse med bl.a. reklame og markedsføring anses som vesentlige.

Utelatelse av slike vesentlige opplysninger kan skje på flere måter. Opplysningene kan være helt utelatt, de kan være skjult eller presentert på en uklar måte. Det kan også være en utelatelse å presentere opplysningene på en uhensiktsmessig måte, eksempelvis i skrift som er vanskelig å lese eller der den næringsdrivende sender mye informasjon på et medium som ikke er egnet til å formidle store informasjonsmengder. Grensen mellom hva som anses som en villedende framstilling av opplysninger etter § 7 om villedende handlinger, og hva som anses som en utelatelse som villeder, vil være flytende. Særlig gjelder dette når opplysningene blir gitt på en uklar måte.

Håndhevingsmyndighetene skal foreta en helhetsvurdering av handelspraksisen ut fra sammenhengen den fremkommer i. I forslaget *første ledd annet punktum* presiseres at også kommunikasjonsmediet som er brukt og den næringsdrivendes tiltak for å gjøre opplysningene kjent, skal tas i betraktning. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet artikkel 7 nr. 3. De fleste kommunikasjonsmedier er begrenset på en eller annen måte. Begrensningene vil blant annet ligge i hva forbrukerne kan få med seg ut fra hvor mye informasjon mediet er egnet til å formidle. Uansett skal den næringsdrivende sørge for at forbrukerne får et riktig inntrykk av tilbudet eller produktet. Hvilken vekt det skal tillegges dersom den næringsdrivende har truffet tiltak for å gi supplerende informasjon på annen måte, vil håndhevingsmyndighetene måtte vurdere i det enkelte tilfelle.

For øvrig vises til punkt 7.4.1.

Det går frem av *annet ledd* at en handelspraksis likevel bare er villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.

«Økonomisk beslutning» er brukt i stedet for direktivets «transaksjonsbeslutning». En transaksjonsbeslutning er i direktivet artikkel 2 bokstav k definert slik:

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

Det er et vilkår for at en handelspraksis skal anses villedende at den er *egnet til* å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet. Det er ikke et krav at forbrukerne faktisk treffer en slik økonomisk beslutning.

Tredje ledd gjennomfører direktivet artikkel 7 nr. 4. Bestemmelsen angir hvilke opplysninger som alltid skal anses som vesentlige ved en oppfordring til kjøp og som det derfor vil være villedende å utelate, med mindre de går frem av sammenhengen. «Oppfordring til kjøp» er definert i bestemmelsens siste ledd.

Dersom det foreligger en oppfordring til kjøp skal forbrukerne gis opplysninger om ulike forhold knyttet til ytelsen. Det er ingen krav til når eller hvordan opplysningene skal gis, men det må antas at de skal fremkomme i, eller i nær tilknytning til, den kommersielle kommunikasjonen, jf. formuleringen «ved oppfordring til kjøp». Det er likevel ikke nødvendig å gi disse opplysningene dersom de fremgår av sammenhengen.

Den næringsdrivende må for det første gi forbrukerne opplysninger om varens eller tjenestens hovedegenskaper, jf. *bokstav a*. Opplysningene skal gis i det omfang som er relevant for mediet og ytelsen. Fordi vilkåret for at opplysningene skal gis er at det foreligger en oppfordring til kjøp, må det antas at kravet i *bokstav a* ofte vil være oppfylt allerede ved at ytelsens egenskaper er angitt på en slik måte at forbrukerne settes i stand til å foreta et kjøp (jf. definisjonen av oppfordring til kjøp).

Forbrukerne skal videre ha informasjon om den næringsdrivendes navn og geografiske adresse. Det samme gjelder den som den næringsdrivende opptre på vegne av, jf. *bokstav b*. Dette vil være informasjon som er viktig for forbrukeren dersom det er ønskelig å kontakte den næringsdrivende for bestilling eller dersom det skulle bli aktuelt å klage i etterkant. Det kan også være av interesse for forbrukeren å vite i hvilket land den næringsdrivende har sin virksomhet. Ofte vil den næringsdrivende ha plikt til å gi disse opplysningene før avtaleinngåelse etter annet regelverk, for eksempel angrerettloven eller ehandelsloven. For en butikk med utstilte varer vil disse opplysningene oftest fremgå av sammenhengen.

Etter *bokstav c* skal det i kjøpsoppfordringer også opplyses om vilkår for betaling, levering, yting og klagebehandling, dersom disse avviker fra kravene til god forretningsskikk overfor forbrukerne. Utgangspunktet må her antas å være at forbrukerne skal få opplyst om forhold knyttet til leveringen avviker fra vanlig praksis eller det de med rimelighet kan forvente. Et eksempel kan være ekstra lang leveringstid på ytelsen. Det må uansett være en forutsetning at praksisen er lovlig selv om den avviker noe fra normalen. En næringsdrivende kan ikke operere med urimelige betalings- eller leveringsvilkår under henvisning til at forbrukeren har fått opplysninger om vilkårene.

I *bokstav d* slås det fast at forbrukerne skal få opplysninger om avbestillings- eller angrerett dersom det foreligger en slik rett. Dette gjelder enten retten er hjemlet i lov eller i den næringsdrivendes standardvilkår.

Av *tredje ledd annet punktum* fremgår det at også nærmere opplysninger om prisen anses som vesentlige ved en oppfordring til kjøp. Forbrukerne skal ha opplysninger om prisen inklusive avgifter. Videre skal det opplyses om tilleggskostnader for frakt, levering mv. Dersom disse ikke kan utregnes på forhånd skal det opplyses om beregningsmåten. Dersom det opplyses om pris på en nærmere identifisert ytelse skal det altså være den totale prisen forbrukeren skal betale dersom denne med rimelighet kan forhåndsberegnes.

I *fjerde ledd* defineres «*oppfordring til kjøp*». Definisjonen er den samme som i direktivet artikkel 2 bokstav i. En oppfordring til kjøp er en kommersiell kommunikasjon. En kommersiell kommunikasjon vil kunne være markedsføring i form av annonser, utstilling eller omtale av varer eller tjenester med det formål å påvirke til å inngå avtale om kjøp. Direktivet inneholder ingen presisering av i hvilke medier en oppfordring til kjøp kan formidles.

En «*oppfordring til kjøp*» angir en ytelses egenskaper og pris på en måte som setter forbrukeren i stand til å foreta et kjøp. I dette antas at det ligger et krav om at det må være tale om en nærmere identifisert ytelse og en prisangivelse. Det vil være en konkret vurdering når disse opplysningene er gitt på en slik måte at det foreligger en oppfordring til kjøp. Det følger av direktivets fortale punkt 14 at opplysningene ikke skal gis i all reklame. Dersom en kampanje bruker priseksempler på en bestemt vare eller tjeneste, må det antas å være en oppfordring til kjøp. Det er antatt at formuleringen «setter forbrukeren i stand til å foreta et kjøp» viser til at en bestemt ytelse er presentert sammen med en prisangivelse og at det ikke er noe krav at en

annonse bokstavelig talt setter forbrukeren i stand til å inngå avtale ved for eksempel å ha en bestillingskupong.

For øvrig vises til omtalen i punkt 7.4.2.

Til § 9 Aggressiv handelspraksis

Forslaget til § 9 gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis artiklene 8 og 9. Bestemmelsens *første ledd første punktum* angir hva som anses som aggressiv praksis overfor forbrukere, som i henhold til § 6 fjerde ledd er urimelig og dermed forbudt. Bestemmelsen om betydningen av målgruppe og særlig påvirkelige grupper, jf. § 6 tredje ledd, gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen lister opp ulike former for atferd fra en næringsdrivende som kan karakteriseres som aggressiv. Dette gjelder trakassering (eksempelvis en selger som er så pågående eller plagsom at forbrukeren til slutt ikke ser noen annen utvei enn å gjøre som selgeren vil), tvang (eksempelvis at en selger setter forbrukeren i en vanskelig eller ubehagelig situasjon som forbrukeren ikke kommer ut av dersom hun eller han ikke gjør som selgeren vil). Det samme gjelder skremmende eller farlige situasjoner (jf. henvisningen til bruk av fysisk makt) eller utilbørlig påvirkning.

Første ledd annet punktum er begrepet «utilbørlig påvirkning» definert. Definisjonen er den samme som i direktivet artikkel 2 bokstav j.

Utilbørlig påvirkning foreligger når den næringsdrivende har en maktposisjon og utnytter denne til å utøve press. Hvordan den næringsdrivende har skaffet seg maktposisjonen og hva den består i er i utgangspunktet irrelevant. Det er imidlertid et tilleggsvilkår at overtaket den næringsdrivende har på forbrukeren utnyttes til å utøve press. Det er presisert at utilbørlig påvirkning ikke nødvendigvis innebærer bruk av eller trusler om bruk av fysisk makt.

Utilbørlig påvirkning vil være en mildere form for påvirkning enn trakassering eller tvang. Det urimelige ved den næringsdrivendes handlinger i slike situasjoner ligger i at forbrukeren vesentlig får redusert sin mulighet til å ta en informert beslutning (og at dette får økonomiske konsekvenser).

I annet ledd er direktivets artikkel 9 tatt inn. I bestemmelsen regnes det opp elementer som håndhevingsmyndighetene skal ta hensyn til ved vurderingen av om en handelspraksis innebærer bruk av virkemidler som er listet opp i første ledd første punktum.

Direktivet gir ingen indikasjon på om listen er uttømmende, og departementet legger til grunn at

også andre elementer vil være relevante ved vurderingen av om handelspraksis rammes av bestemmelsen.

Praksis som rammes av bestemmelsen her vil kunne være straffbar. En konsekvens av at en avtale er inngått under press kan også være at avtalen kjennes ugyldig etter bestemmelsene i avtaleloven, jf. særlig avtaleloven §§ 28 og 29.

For øvrig vises til punkt nr. 24 til 31 på «svartelisten» som er konkrete eksempler på aggressiv handelspraksis. Listen er foreslått tatt inn i forskrift, jf. § 6 siste ledd.

Det går frem av *tredje ledd* at en handelspraksis likevel bare er aggressiv dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.

«Økonomisk beslutning» er brukt i stedet for direktivets «transaksjonsbeslutning». En transaksjonsbeslutning er i direktivet artikkel 2 bokstav k definert slik:

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

Det er altså et vilkår for at en handelspraksis skal anses aggressiv at den er *egnet til* å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet. Det er dermed ikke et krav at forbrukerne faktisk treffer en slik økonomisk beslutning.

Til § 10 Prismerking mv.

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende markedsføringslov § 3 a. Bestemmelsen kom inn i markedsføringsloven i 2004, og svarer i det vesentlige til konkurranseloven av 1993 § 4–1. Ved overføringen av bestemmelsen fra konkurranseloven til markedsføringsloven ble det forutsatt at forarbeider og praksis etter konkurranseloven § 4–1 er relevante ved tolking av de nye bestemmelsene i markedsføringsloven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 242. Bakgrunnen for overføringen av bestemmelsen var hovedsakelig at Konkurransetilsynet etter nedleggelsen av regionkontorene ikke lenger hadde forutsetninger for å føre tilsyn med regelverket. Bestemmelsen ligger i grenseland mellom forbruker- og konkurransepolitikk, og man konkluderte med at det var hensiktsmessig at tilsynsansvaret ble overført til Forbrukerombudet.

Første ledd gir et påbud om prismerking for næringsdrivende som selger varer, tjenester og andre ytelser til forbruker. Formålet er å legge forholdene til rette for at forbrukerne skal kunne bedømme pris og kvalitet, slik at det kan treffes rasjonelle valg.

Prisen skal være den endelige pris til forbruker. Det vil si at den må inkludere de avgifter som kunden skal betale, for eksempel merverdiavgift. Salg som bare skjer til næringsdrivende faller utenfor bestemmelsen. Påbudet gjelder skriftlig informasjon på stedet der varer og tjenester frembys for salg slik at forbrukerne kan gjøre seg kjent med prisen før de kjøper noe. Det gjelder altså ikke all markedsføring. At informasjonen lett skal kunne ses av forbrukerne innebærer at prislister, merking og oppslag må være tydelige og plasseres i umiddelbar nærhet av varen. Det er ikke praktisert plikt til å merke varene i utstillingsvinduer.

Av *annet ledd* fremgår at departementet ved forskrift kan gi nærmere regler om gjennomføringen av plikten til prisinformasjon etter første ledd. Informasjonsplikten gjelder så langt det er praktisk mulig. Det kan i denne sammenheng oppstå spørsmål om hvordan informasjon mest hensiktsmessig kan gis. Det er gitt nærmere regler om dette på flere tjenesteområder, for eksempel for tannlege-tjenester og serveringstjenester. Det tas sikte på at dagens forskrifter videreføres og hjemles i ny § 10.

Tredje ledd gir departementet hjemmel til å gi forskrift om tiltak for å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet på varer og tjenester. Bestemmelsen gir adgang til ved forskrift å påby at ervervsdrivende gir underretning om priser, forretningsvilkår, kvaliteter eller andre egenskaper. Det kan også gis påbud om sortering og bestemmelser om mål og vekt og opplysning om pris per enhet. Påbud om enhetsprismerking tar sikte på å unngå at prissammenligning vanskeliggjøres ved at de ervervsdrivende for eksempel benytter stykkpriser for sammenlignbare varer som selges i forskjellige pakningsstørrelser. Det kan for eksempel pålegges å kreve pris per kilo i tillegg til prisen for den aktuelle pakningen.

Med hjemmel i bestemmelsen er Europaparlaments- og rådsdirektiv 1998/6/EF om forbrukervern ved opplysning om priser for forbruksvarer gjennomført i norsk rett.

Adgangen til å påby tiltak etter tredje ledd gjelder bare når formålet er å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet.

Kapittel 3 Særlige former for markedsføring mv.

Til § 11 Krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale m.v.

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende markedsføringslov § 2 a. Det er foretatt enkelte mindre språklige justeringer som ikke tar sikte på å endre det materielle innholdet. Forarbeidene til bestemmelsen finnes i Ot.prp. nr. 62 (1999–2000). Bestemmelsen gjelder også der handlingene er rettet til næringsdrivende.

Departementet viser for øvrig til listen over handelspraksis som alltid skal anses som urimelig («svartelisten»). I svartelistens punkt 21 forbys å legge ved en faktura eller lignende betalingsoppfordring som gir inntrykk av at et ubestilt produkt er bestilt. I svartelistens punkt 29 forbys krav om betaling mv. for leverte, men ikke bestilte produkter.

Den norske Forleggerforening (DnF) skriver i sin høringsuttalelse:

«DnF merker seg at det ikke foreslås endringer med relevans for Mfl § 2 a og negativt salg. Følgelig skulle Bokklubbenes automatiske utsendelse av bøker basert på forhåndssamtykke fra kunden (såkalt negativ opsjon) også for fremtiden være lovlig. Vi vil i denne forbindelse benytte anledningen til å understreke at muligheten for å opprettholde salg gjennom negativ opsjon er avgjørende for bokklubbene.»

Det vil være opp til håndhevingsmyndighetene å vurdere om Bokklubbenes systemer kan videreføres med den utformingen de relevante punktene på svartelisten har fått.

Til § 12 Rett til å reservere seg mot markedsføring ved telefon og adressert post

Første ledd regulerer fysiske personers rett til å reservere seg i det sentrale reservasjonsregisteret for direktemarkedsføring (Reservasjonsregisteret) mot muntlig telefonmarkedsføring og adressert reklame i posten. Reservasjon kan også kreves direkte hos den næringsdrivende jf. annet punktum.

Bestemmelsen bygger på reservasjonsreglene i personopplysningsloven § 26 som foreslås opphevet jf. § 51, men det er foretatt endringer av redaksjonell og materiell art. Det er også foreslått et uttrykkelig forbud mot å overtre reservasjonsreglene i § 13.

«Fysiske» personer har reservasjonsrett. Det innebærer at en reservasjon også vil gi beskyttelse

mot markedsføringshenvendelser rettet til personen som arbeidstager eller næringsdrivende. Se nærmere omtale i merknadene til § 13.

Reservasjon gir beskyttelse også mot markedsføring fra frivillige organisasjoner. Den som registrerer seg kan angi at reservasjonen likevel ikke skal gjelde for markedsføring til inntekt for frivillige organisasjoner, jf. tredje punktum. Dette følger i dag av personopplysningsforskriften § 5–2.

Den som ønsker å reservere seg, må som i dag registrere sitt fødselsnummer (11 siffer). Den fysiske personen som sådan vil da være reservert. Når fødselsnummer er registrert, vil det være adgang til å legge inn egne telefonnummer som en tilleggsopplysning til reservasjonen på Brønnøysundregistrens nettsider. Det vil også være adgang til å registrere tilleggsadresser, for eksempel ferie- og pendleradresser, ved å logge seg inn i Reservasjonsregisteret via «Min Side» (www.min-side.no). Inngang via «Min side» forutsetter bruk av pin-kode. Tilbudet om å registrere telefonnumre og tilleggsadresser gis ved nyregistrering og til de som allerede er registrert.

Den enkelte kan reservere husstandens fasttelefon uten å måtte oppgi de øvrige medlemmenes fødselsnummer.

Det er for øvrig anledning til å legge inn telefonnumre på vegne av andre. Da må fødselsnummeret til den som skal reserveres registreres. Det vil ikke bli foretatt registerkontroll av tilknytning mellom registrert telefonnummer og fødselsnummer. Eventuelt misbruk, for eksempel ved at noen urettmessig legger inn andres telefonnummer, vil kunne spores tilbake til det registrerte fødselsnummer.

Den enkelte kan via «Min Side» få oversikt over tidligere registrerte telefonnummer i Reservasjonsregisteret. «Min Side» gir en felles inngang til elektroniske tjenester fra det offentlige, herunder oversikt over informasjon som er registrert om vedkommende i ulike offentlige registre.

Annet ledd pålegger de næringsdrivende som markedsfører ved telefon eller adressert post å kontrollere eget adresseregister, eller det adresseregister som benyttes ved markedsføringen, mot opplysninger registrert i Reservasjonsregisteret, før første gangs henvendelse og deretter før henvendelse den måned direktemarkedsføring utføres. Næringsdrivende som markedsfører hver måned eller hyppigere vil måtte oppdatere mot registeret minimum 12 ganger årlig, mot 4 ganger årlig i dag.

Ved kontroll mot Reservasjonsregisteret vil de næringsdrivende, i tillegg til de folkeregistrerte opplysningene, få utlevert registrerte telefon-

numre og tilleggsadresser. De næringsdrivende plikter å kontrollere egne opplysninger mot alle registrerte opplysninger, også telefonnumre og tilleggsadresser.

Tredje ledd gir hjemmel til å fastsette forskrift med nærmere bestemmelser om Reservasjonsregisteret. Registeret føres av Registerenheten i Brønnøysund.

Nærmere bestemmelser for Reservasjonsregisteret er i dag gitt i personopplysningsforskriften (forskrift 15. desember 2000 nr. 1265) kapittel 5.

Til § 13 Virkninger av reservasjon

Første ledd regulerer et uttrykkelig forbud mot å overtre reservasjonsreglene for muntlig telefonmarkedsføring og adressert postreklame i § 12. Telefonmarkedsføring ved hjelp av tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (sms og mms) omfattes av kravet til forhåndssamtykke, og forbudet mot å overtre dette, i nåværende markedsføringslov § 2 b som videreføres i § 15.

Forbudet mot å overtre reservasjonsreglene gjelder markedsføring til «fysiske personer». Personkretsen er tilsvarende som ved kravet til forhåndssamtykke i gjeldende markedsføringslov § 2 b, som foreslås videreført i § 15. I forarbeidene til § 2 b, i Ot.prp. nr. 92 (2003–2004), går det frem på side 39 at:

«Alle levende mennesker regnes som fysiske personer. En e-post blir regnet som sendt til en fysisk person når den elektroniske adressen lyder på et bestemt personnavn. Det gjelder uansett om mottakeren er forbruker, næringsdrivende eller arbeidstager.»

Denne forståelsen av «fysiske personer» skal legges til grunn også ved forbudet mot å overtre reservasjonsreglene. Dersom en «fysisk person» har reservert seg, vil markedsføring ved telefon eller adressert post være forbudt enten den rettes til personen privat eller på arbeidsplassen, og uavhengig av om den innholdsmessig er relatert til vedkommendes arbeid.

Markedsføring rettet til juridiske personer omfattes ikke. Eksempler på juridiske personer er selskap, borettslag og stiftelser. Det samme gjelder for enkeltpersonforetak, også der en person i realiteten står bak firmaet. Telefonmarkedsføring til et foretaks sentralbord, eller adressert reklame i posten til foretaket som sådan, vil være lovlig selv om ansatte har reservert seg. Arbeidsgiver kan for øvrig viderekoble eller videresende markedsføringshenvendelser til ansatte som har reservert

seg. Arbeidsgiveren kan ikke anses å drive næringsvirksomhet overfor sine ansatte.

I noen foretak vil det kun være mulig å få muntlig kontakt med foretaket gjennom den fysiske innehaverens telefon fordi foretaket ikke har et sentralbord. Har innehaveren reservert seg i Reservasjonsregisteret, vil det være forbudt å rette telefonmarkedsføring til vedkommende.

Forbrukerombudet fører tilsyn med lovens bestemmelser ut fra hensynet til forbrukerne jf. § 34, og vil kunne gripe inn der forbrukerinteressene er berørt. Den nærmere grensen for tilsynskompetansen må trekkes etter de føringer som gis i Ot.prp. nr. 92 (2003–2004).

Annet ledd presiserer at forbudet i første ledd ikke er til hinder for at den som har reservert seg utrykkelig kan anmode om å bli kontaktet til tross for reservasjon.

Tredje ledd unntar markedsføring til egne kunder ved telefon eller adressert post. For at unntaket skal komme til anvendelse, må det foreligge et «eksisterende kundeforhold». Unntaket har samme utforming, og skal forstås på samme måte, som unntaket fra kravet om forhåndssamtykke i nåværende markedsføringslov § 2 b tredje ledd, som videreføres i § 15 tredje ledd. I forarbeidene til § 2 b tredje ledd, i Ot. prp. nr. 92 (2003–2004), går det bl.a. frem at det er et grunnvilkår at det er gjort en avtale om kjøp av et produkt eller en tjeneste. Et hvilket som helst engangskjøp er ikke tilstrekkelig. Enkeltkjøp vil ofte være å anse som et avsluttet forhold. Det må vurderes om handelen gjør det naturlig med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden. Reklamefremstøtet må også skje innen rimelig tid etter salget, ellers er kundeforholdet å anse som avsluttet. Den «næringsdrivende» omfatter videre bare den fysiske eller juridiske personen kunden har gjort avtale med og ikke for eksempel datterselskap eller underleverandører. Markedsføringen kan for øvrig bare gjelde den næringsdrivendes egne produkter og tjenester, og bare tilsvarende ytelser som kundeforholdet er etablert på. Det vises til nærmere omtale i Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) side 39 flg.

Fjerde ledd gir første til tredje ledd tilsvarende anvendelse for frivillige organisasjoners innsamlingsaksjoner. Datatilsynet har i praksis lagt til grunn at reservasjonsreglene i personopplysningsloven omfatter henvendelser fra frivillige organisasjoner om innsamlingsaksjoner. For å sikre at slike henvendelser fortsatt omfattes av reservasjonsreglene, reguleres dette utrykkelig.

Til § 14 Forbud mot telefonmarkedsføring på enkelte tidspunkter

Bestemmelsen forbyr muntlig telefonmarkedsføring til forbrukerne på lørdager, helgedager og dager som i lov er likestilt med helgedager, samt på hverdager mellom kl. 21.00 og kl. 09.00. Bransjen har utarbeidet egne retningslinjer for når det skal foretas oppringninger, se omtale under punkt 9.1.5.2. Lovreguleringen innebærer en synliggjøring og en innstramning, ettersom det ikke lenger vil være tillatt å ringe forbrukere på lørdager.

Til § 15 Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder

Bestemmelsen beskytter fysiske personer, (både forbrukere og næringsdrivende) mot uanmodet markedsføring ved e-post o.l., såkalt «spam». Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett, jf. nåværende § 2 b. Det er foretatt mindre språklige justeringer som ikke tar sikte på å endre det materielle innholdet. Forarbeidene til bestemmelsen er Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) og Ot.prp. nr. 92 (2003–2004).

Bestemmelsen forbyr utsendelse av elektroniske reklamemeldinger, f.eks. ved hjelp av e-post eller sms, dersom mottakeren ikke har samtykket til å motta slike meldinger på forhånd. I tredje ledd er det et unntak for eksisterende kundeforhold.

For øvrig er sjette ledd i nåværende § 2 b, med forskriftshjemmel til å presisere hva som omfattes av første ledd fjernet. Det har ikke vært behov for å benytte denne forskriftshjemmelen.

Til § 16 Opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post

Første ledd viderefører den næringsdrivendes plikt etter nåværende 26 fjerde ledd i personopplysningsloven til å opplyse mottakeren av direktemarkedsføring hvem som har gitt personopplysningene som ligger til grunn for henvendelsen. I forarbeidene til bestemmelsen, i Ot.prp. nr. 92 (1998–1999), går det på side 123 frem at bestemmelsen innebærer et krav om obligatorisk kildemerking for adressert reklame og for telefonmarkedsføring.

Annet ledd gjelder ved muntlig telefonmarkedsføring og viderefører den næringsdrivendes plikt etter nåværende markedsføringslov § 1 fjerde ledd annet punktum til å presentere seg og opplyse om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt. I annet punktum innføres en ny plikt til å informere forbrukere om reservasjonsretten etter § 12. Informasjonen skal gis innledningsvis i samtalen, før

salgsfremstøt iverksettes. Den næringsdrivende skal videre legge til rette for at forbrukere enkelt og gebyrfritt kan reservere seg hos den næringsdrivende.

Plikten til å gi opplysninger etter første og annet ledd gjelder bare ved «uanmodet» markedsføring og ikke der mottakeren har oppfordret den næringsdrivende til å ringe, eller sende markedsføring, om en bestemt vare eller tjeneste. Det vises for øvrig til regler om opplysningsplikt i angrerettloven kapittel 2.

Til § 17 Levering av uadressert reklame og gratisaviser

Første ledd viderefører nåværende markedsføringslov § 2 c om forbud mot levering av uønsket «uadressert reklame». Departementet presiserer at forbrukerne også må merke inngangsdøren med «nei-takk» til uadressert reklame for å være sikker på å unngå reklame på dørmatten. Dette vil være særlig aktuelt for de som bor i oppganger i bygårder og blokker mv.

Bestemmelsen foreslås utvidet til å omfatte gratisaviser. Det innebærer at også publikasjoner med en ikke ubetydelig andel redaksjonelt innhold omfattes av reservasjonsretten. Reservasjonsordningen for gratisaviser innrettes som en separat ordning slik at det vil være mulig å si nei takk til uadressert reklame og samtidig beholde gratisavisen. Som ved uadressert reklame, vil et merke eller lignende på forbrukernes postkasse og/eller inngangsdør være tilstrekkelig tilkjennegivelse av at vedkommende ikke ønsker gratisaviser. Også inngangsdør må merkes for å være sikker på å unngå uønskede gratisaviser på dørmatten.

Det er ingenting i veien for at de som ønsker å reservere seg både mot uadressert reklame og gratisaviser setter opp et felles merke om dette. Man kan benytte merker laget av andre eller merker man har laget selv.

Gratisaviser med et ubetydelig redaksjonelt innhold, og fulldistribusjon av aviser som normalt er til salgs, vil fortsatt være å anse som «uadressert reklame».

Alminnelig informasjon er ikke omfattet av reservasjonsretten. Grensen mellom «gratisavis» og alminnelig informasjon kan være flytende. Hva ulike typer sendinger skal klassifiseres som, vil, som ved grensen uadressert reklame/alminnelig informasjon, måtte bero på en konkret helhetsvurdering. Om en publikasjon med overveiende redaksjonelt innhold skal ansees som en «gratisavis» eller alminnelig informasjon, vil bl.a. måtte bero på hvem som gir den ut og hovedformålet med utsen-

delsen. Gjelder publikasjonen en næringsdrivende og dennes næringsvirksomhet, vil det som hovedregel være en «gratisavis». Dette gjelder selv om publikasjonen har innslag av alminnelig informasjon, for eksempel om hva som skjer i bydelen. Det er ikke et krav at næringsvirksomheten er profittbasert, se merknadene til § 5 bokstav b.

Alminnelig informasjon vil på den annen side falle utenfor reservasjonsretten selv om innholdet er overveiende redaksjonelt. Et menighetsblad vil for eksempel omfattes språklig av uttrykket gratisavis men ikke av loven fordi det ikke er utgitt i næringsvirksomhet. Andre publikasjoner som faller utenfor er for eksempel «Nytt fra stat og kommune», politiske programblader og informasjon om selvangivelsen. Heller ikke lokal informasjon om for eksempel 17. mai program, spilleplaner og innsamlinger fra idrettslag, korps og lignende omfattes av bestemmelsen.

Annet ledd viderefører gjeldende bestemmelse om innstikk. Et «innstikk» vil være en form for trykt skrift/publikasjon som det ellers ville vært mulig å trykke som annonse i avisen. Andre fysiske produkter, for eksempel vareprøver med bodylotion eller lignende anses ikke som «innstikk». Slike produkter vil kunne være uadressert reklame omfattet av retten til å si «nei takk» etter første ledd.

Alle «innstikk» omfattes av redaktøransvaret. Det gjelder uavhengig av om innstikket har sammenheng med avisen/trykksakens øvrige innhold eller ikke, layout mv. Forutsetningen er at innstikket faktisk er en del av avisen. En publikasjon som er fysisk atskilt fra avisen, men som likevel distribueres sammen med denne, anses kun som del av avisen der det utrykkelig fremgår at den er et bilag til hovedproduktet. I motsatt fall vil publikasjonen kunne være å anse som uadressert reklame eller gratisavis som omfattes av retten til å si «nei takk».

For øvrig er det foretatt mindre språklige justeringer i første og annet ledd som ikke er ment å innebære noen endring av gjeldende rett.

Til § 18 Bruk av utlodninger, konkurranser, samlemerker mv. ved markedsføring til forbrukere

Første ledd gjelder bruk av utlodninger, konkurranser eller lignende i markedsføring. *Første punktum* setter forbud mot å søke å fremme omsetningen av ytelser ved å sette i verk kjøpsbetingete konkurranser og utlodninger. Forbudet retter seg dermed mot bruk av slike tiltak i markedsføring av ytelser. «Ytelse» er definert i § 5 bokstav c. For så vidt gjelder iverksettelse av lotterier generelt vises til lotteriloven. Bestemmelsen her er å anse som et supple-

ment til lotterilovens regulering i markedsførings-situasjonen.

Forbudet retter seg mot å iverksette utlodning mv. Det omfatter ikke bare selve loddtrekningen eller konkurransen, men retter seg mot å benytte slike konsepter i den grad deltakelse er betinget av kjøp, se nedenfor. Forbudet omfatter ikke utdeling av loddseidler i lotterier som er lovlig iverksatt etter lotteriloven eller annen lovgivning.

Med utlodning menes foranstaltning der tilfældighetene helt eller delvis avgjør hvem en gevinst skal tilfalle. Med konkurranse menes i denne sammenheng en foranstaltning der deltakernes prestasjoner avgjør hvem en gevinst tilfaller. Det vil også være mellomtilfeller der deltakerne må prestere noe for å delta i en loddtrekning. Forbudet vil omfatte alle disse situasjonene forutsatt at forbrukerne må kjøpe en ytelse for å delta. Det er ikke avgjørende om forbrukeren har mulighet til å trekke seg fra avtalen i etterkant. Der forbrukeren inngår en fjernsalgsavtale (f.eks. pr. Internett eller postordre) om kjøp av en ytelse vil tilbud om deltakelse i en eventuell konkurranse rammes av forbudet her, selv om forbrukeren har angrerett i henhold til angrerettloven og kan gå fra avtalen på et senere tidspunkt.

Det er deltakelsen som må forutsette kjøp. Forbudet vil ikke gjelde tiltak der det er gratis å delta for eksempel i en gjettekonkurranse og der gevinsten består i at man får mulighet til å kjøpe en ytelse til redusert pris.

Forbudet gjelder tilsvarende der forbrukeren ikke må kjøpe noe, men gi en annen form for «motytelse». Dette omfatter for det første situasjoner der forbrukerne må forplikte seg til å inngå en avtale selv om de ikke må kjøpe noe der og da. Det kan imidlertid tenkes også andre situasjoner der forbrukerne forplikter seg til å yte noe av verdi. Motytelse i form av å avgi personopplysninger reguleres i personopplysningsloven som håndheves av Datatilsynet.

Det vises for øvrig til «svartelisten» punkt 31 om misvisende bruk av konkurranser, samt til de generelle villedningsbestemmelsene i forslaget §§ 7 og 8. Det vises også til opplysningspliktbestemmelsen i tredje ledd i bestemmelsen her. For øvrig vises til punkt 10.5.5.

I *annet punktum* er det tatt inn et unntak fra forbudet i første punktum. Unntaket gjelder konkurranser og i begrenset grad utlodninger i mediene. Det har til nå vært et tilsvarende unntak for konkurranser og oppgaveløsninger mv. i periodiske publikasjoner. Forslaget her er en videreføring av eksisterende unntak, men omskriving er nødven-

dig på grunn av endringer i hovedregelen og for å gi en medianøytral regel.

For en rekke medier er det ikke nødvendig med et unntak ettersom konkurransedeltakelse uansett ikke vil være betinget av at forbrukerne kjøper en ytelse. Hensynet til en enkel lovtekst tilsier imidlertid at dette ikke problematiseres da det uansett er ment som et generelt unntak.

Unntaket gjelder for det første fordeling av premier for oppgaveløsninger for ellers like besvarelser, typisk premier for kryssordløsning e.l. Unntaket omfatter ikke iverksettelse av utlodninger som sådan, jf. at forbudet her er et supplement til lotterilovgivningen. For øvrig vises til punkt 10.5.6.

Annet ledd regulerer kjøpsbetingede samlemerkekonsepter.

I *første punktum* forbys bruk av samlemerker for å fremme omsetningen av ytelser. «Samlemerker» er nærmere forklart i tredje punktum. Forbudet retter seg mot å tilby merkene til forbrukere dersom kjøp er en forutsetning for å motta merkene. Som kjøp regnes også andre situasjoner der forbrukeren forplikter seg økonomisk, eksempelvis der det inngås en avtale om å leie en bil.

I *annet punktum* er det presisert at bruk av samlemerker er tillatt dersom forbrukeren samler opp en rett til mer av samme ytelse. Det er her tale om samme ytelse som den forbrukeren kjøpte da vedkommende mottok merket, eksempelvis «kjøp 9 kopper kaffe og få den 10ende uten å betale». Hva som anses som «samme ytelse» vil bero på en konkret vurdering. Bøker vil for eksempel være samme ytelse, selv om de har forskjellig innhold. Vilkåret vil ikke være oppfylt dersom forbrukeren kan velge mellom mer av samme ytelse og en annen ytelse. «Samme næringsdrivende» vil eksempelvis være den samme næringsdrivende som solgte ytelsen og delte ut merket, eller den samme næringsdrivende som produserte varen som merket er trykket på emballasjen til. Det vil for eksempel ikke ha betydning om forbrukerne har kjøpt en vare påtrykt samlemerke i samme eller i fem ulike dagligvareforretninger og får tilsendt den sjette varen i posten.

I *tredje punktum* er begrepet «samlemerke» definert. Som det ligger i begrepet dreier det seg om merker eller tilsvarende der man må *samle* flere for å få rett til en ytelse. Dette innebærer at kuponger og merker som i seg selv gir rett til en ytelse vil være tillatt, se likevel fjerde punktum. Videre knytter forbudet seg til merker der man må kjøpe flere ytelser, eventuelt også ved flere anledninger, for å samle merkene. «Merke» kan være papirmerker, kort som stemples eller kuponger, men også andre gjenstander vil være omfattet som

for eksempel brus korker eller emballasje. Også elektroniske samlesystemer vil omfattes dersom det samles opp rett til en annen ytelse enn penger, jf. nedenfor.

Et merke vil likevel ikke være å anse som et samlemerke i bestemmelsens forstand, og vil derfor være tillatt, dersom det kan løses inn i penger. «Trading stamps»-konseptet innebærer at merkene løses direkte inn i varer eller tjenester, og er således ikke tillatt.

Elektroniske kortsystemer mv. der det samles eksempelvis poeng som senere kan løses inn i penger som i neste omgang eventuelt kan brukes til å kjøpe ytelse, anses etter dette ikke som samlemerker. Det er imidlertid en forutsetning at innløsning i penger fremstår som et reelt og likeverdig alternativ for forbrukeren. Merkene må derfor først løses inn i penger før pengene eventuelt brukes til å kjøpe en annen ytelse.

I fjerde punktum er det tatt inn en bestemmelse som utvider samlemerkebegrepet noe. Konsepter som gir forbrukere som har innløst flere merker en mer attraktiv ytelse enn de som løser inn det første merket, skal også regnes som samlemerker. Dette gjelder selv om det enkelte merket løses direkte inn i en ytelse. Dersom forbrukere eksempelvis kan registrere en kode på den næringsdrivendes hjemmesider på Internett for å motta en digital ytelse vil dette kunne være en innløsningskupong som i utgangspunktet vil være tillatt. Dersom forbrukeren får suksessivt mer attraktive ytelse ettersom flere koder er registrert, vil samleelementet være så fremtredende at det anses hensiktsmessig å likebehandle konseptet med samlemerker.

I femte punktum er det inntatt en forskriftshjemmel for å kunne gi utfyllende regler om samlemerker dersom dette viser seg nødvendig. For øvrig vises det til punkt 10.4.

I *tredje ledd* suppleres forbudene i første og annet ledd med en generell opplysningsplikt som vil gjelde i alle tilfeller der forbrukerne tilbys en tilleggsfordel. Som tilleggsfordel regnes premier, gaver, rabatter og så videre. Bestemmelsen gjelder også der det tilbys muligheter for en slik fordel, eksempelvis etter eventuell deltagelse i spill og konkurranser.

Opplysningene skal gis på en nøytral måte, jf. også punkt 10.3.5. Eksempler på forhold det skal gis opplysninger om vil være tidsbegrensninger, andre vilkår for å benytte tilbudet, eksempelvis kjøpeplikt eller alder. Dersom det ikke er kjøpeplikt skal dette fremgå tydelig.

For øvrig vises til «svartelisten» punkt 20 som forbyr å fremstille en ytelse som gratis dersom for-

brukeren må betale noe ut over rene bestillings- eller leveringskostnader. Det vises også til de generelle villedningsbestemmelsene i §§ 7 og 8.

Kapittel 4 Særlig om beskyttelse av barn

Til § 19 Alminnelig bestemmelse

Første ledd er en generell aktsomhetsregel som er rettet mot næringsdrivende som utformer markedsføringstiltak. Bestemmelsen markerer at barn er en særlig sårbar gruppe som det skal vises særlig aktsomhet overfor. Dette gjelder når handelspraksisen er rettet til eller beregnet på barn. Men det må også tas hensyn til at barn kan eksponeres for reklamen, selv om markedsføringen ikke er spesielt rettet mot eller beregnet på barn.

Med barn menes generelt mindreårige under 18 år, men i de konkrete vurderingene vil de mindreåriges alder og utvikling tillegges vekt, jf. punkt 8.9.1 ovenfor.

Annet ledd er rettet mot håndhevingsmyndighetene, dvs. Forbrukerombudet og Markedsrådet. Ved håndhevingen av loven skal det tas hensyn til forhold som gjør barn spesielt sårbare. Loven skal generelt tolkes strengere enn ellers når barn er målgruppen.

Det vises ellers til omtalen av bestemmelsen i punkt 8.9.2.

Til § 20 Urimelig handelspraksis overfor barn

Første ledd er en presisering av § 6 som forbyr urimelig handelspraksis. Dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot barn, skal virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra barns perspektiv. De næringsdrivende og håndhevingsmyndighetene skal da ta i betraktning momentene i henholdsvis § 19 første og annet ledd, som henpeiler på barns særlige sårbarhet. Barn vil for eksempel lettere ta reklamen bokstavelig enn voksne, og er generelt lettere å lede.

Selv om handelspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, kan det være at markedsføringen eller det markedsførte produktet likevel er egnet til å påvirke barn. Denne situasjonen er adressert i *annet punktum*. Dette skal da tas i betraktning ved vurderingen av om en handelspraksis er urimelig, under forutsetning av at den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

Annet ledd er et forbud mot å rette direkte kjøpsoppfordringer til barn i reklame. Likestillt med dette er å direkte oppfordre barna til å mase på foreldre eller andre voksne for å kjøpe produk-

tet til dem. Bestemmelsen tilsvarende direktivet om urimelig handelspraksis «svarteliste» punkt 28, som er kategorisert som aggressiv handelspraksis som under enhver omstendighet anses som urimelig og forbudt. Bestemmelsen vil ramme kjøpsoppfordringer av typen «kom og kjøp» som direkte henvender seg til barna. Dette følger også av praksis etter gjeldende lov, jf. punkt 8.1.2. Grensen for hvor «direkte» kjøpsoppføringene må være for å rammes, må trekkes i praksis. Dette skal vurderes ut fra barns perspektiv, jf. § 19.

Det vises for øvrig til de alminnelige merkningene i punkt 8.2 og 8.9.3.

Til § 21 Særlig om god markedsføringsskikk overfor barn

Bestemmelsen er en presisering av § 2 om god markedsføringsskikk, og vil komme til anvendelse både når markedsføringen er rettet til barn og den for øvrig kan ses eller høres av barn, jf. § 19 første ledd.

Bestemmelsen retter seg mot etiske og moralske aspekter i markedsføringen, og i bokstav a til d er det regnet opp en del relevante momenter i vurderingen etter § 2. Dette er momenter som har vist seg aktuelle i praksis, jf. punkt 8.1.7 til 8.1.10, og praksis etter gjeldende rett vil kunne videreføres. Listen er eksemplifiserende og ikke uttømmende.

For øvrig vises det til de alminnelige merkningene i punkt 8.9.4.

Kapittel 5 Kontroll med avtalevilkår mv.

Til § 22 Urimelige avtalevilkår

I første ledd første punktum og annet ledd videreføres nåværende § 9 a. Om tolkningen av de materielle vilkårene vises det til forarbeidene til § 9 a, Ot.prp. nr. 38 (1979–1980) og punkt 12.1.1 ovenfor. Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis etter § 9 a vil fortsatt være relevant. Det legges ikke opp til at håndhevingsmyndighetene skal praktisere bestemmelsen på en annen måte enn tidligere. Samtidig må det være rom for videreutvikling. Fordelen med bestemmelsen er nettopp at den er generell og fleksibel, slik at kontrollen med avtalevilkår kan tilpasses utviklingen i samfunnet og endrede rammebetingelser.

Høyesterett har tatt stilling til enkelte prinsipielle spørsmål om forståelsen av § 9 a i Rt. 2006 s. 1348 (Østlandske Autobergning). Dommen vil være relevant for den videre praktiseringen av forslag til § 22. Det er etter dette avklart at domstolene fullt

ut kan prøve urimelighetsvurderingen, jf. avsnitt nr. 41 i dommen.

Et annet spørsmål Høyesterett tok stilling til i dommen, er hva slags «vilkår» § 9 a omfatter. Det var påberopt i saken at bestemmelsen bare gjelder «avtalevilkår» i streng forstand, dvs. at det kreves at det er inngått en uttrykkelig avtale mellom den næringsdrivende og forbrukeren. Dette var Høyesterett ikke enig i og la til grunn at «vilkår» skal forstås i vid forstand. Det må ikke nødvendigvis ha vært inngått noen avtaler i avtalerettslig forstand (avsnitt nr. 33).

Videre uttaler Høyesterett følgende om selve urimelighetsvurderingen (avsnitt nr. 43):

«Partene har gitt uttrykk for ulike oppfatninger om hvor mye som generelt kreves for at det skal være tilfellet. For mitt syn på denne saken finner jeg det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Jeg nøyer meg med å nevne at det vil være enklest å vurdere balansen mellom partenes ytelser når det er tale om å utveksle ytelser som forutsettes å ha tilnærmet lik verdi – typisk ved kjøp og salg. Har vilkårene blitt utformet etter forhandlinger med en interesseorganisasjon for motparten, vil det normalt ikke være grunnlag for å gripe inn. For øvrig tilsier det forbrukerhensynet som §9a har som formål å verne, at det normalt ikke bør kreves særlig stor ubalanse før Markedsrådet kan gripe inn. Men det kan ikke være tilstrekkelig at man finner at balansen kunne ha vært bedre. I vår sak er det imidlertid i større grad tale om et enten/eller – noe som tilsier at det er vanskelig å angi generelt hva som kreves for at vilkåret skal være «urimelig».»

Vilkåret om at forbud skal tilsies av allmenne hensyn er tatt med først og fremst for å markere at Forbrukerombudet må kunne prioritere sin virksomhet og sette inn tiltak på områder der behovet anses som størst, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 38. Dette vil bero på en totalvurdering, men det faktum at det ikke er kommet inn klager på et område kan ikke alene være avgjørende. Forbrukerombudet og Markedsrådet bør ikke avvende at det oppstår en viss mengde siviltrettlige tvister før det gripes inn. Vurderingen av om «forbud tilsies av allmenne hensyn» er lagt til forvaltningens frie skjønn, dvs. at domstolene ikke kan prøve om dette vilkåret er oppfylt. Det følger uttrykkelig av forarbeidene til § 9 a, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 38.

Første ledd annet punktum angir at forbrukerbeskyttelsen gjelder tilsvarende for visse sammenslutninger som ikke regnes som forbruker som sådan, jf. forbrukerdefinisjonen i § 5 bokstav a. Det første grunnleggende vilkåret er at sammenslut-

ningen ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet. Hvis sammenslutningen handler både i og utenfor næringsvirksomhet, vil man måtte vurdere hva som er det vesentlige formålet med kjøpet. Hvis man kommer til at hovedvekten av avtalen (mer enn 50 %) relaterer seg til næringsvirksomheten, vil bestemmelsen ikke komme til anvendelse. Den nærmere grensen for når man handler i og utenfor næringsvirksomhet må avgjøres skjønnsmessig og konkret. Om begrepene «næringsdrivende» og «næringsvirksomhet» vises det til punkt 4.4.2 ovenfor.

Det er videre et vilkår at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål. «Medlemmer» skal tolkes i vid forstand og er ment å vise til deltagerne eller de som er med i sammenslutningen. Dette vil for eksempel omfatte beboerne i en boligsammenslutning. Et eksempel på hva som kan omfattes er avtaler om kabel-TV som inngås av et borettslag eller sameie for å tjene beboernes behov. Andre eksempler er nevnt i punkt 12.2.

Om forbudsvedtak mot vilkår skal treffes, er det i tillegg et krav om at Forbrukerombudet/Markedsrådet i den konkrete saken finner at forbrukerhensyn tilsier inngrep, jf. § 39 første ledd og § 34 annet ledd. Det vil bl.a. være relevant å vurdere den reelle forhandlingsstyrken til sammenslutningen. Behovet for forbrukerbeskyttelse vil være størst der sammenslutningen er mindre profesjonell og ikke har særlig forhandlingsstyrke.

Tredje ledd er en videreføring av nåværende § 9 b. Om forståelsen av bestemmelsen vises det til Ot.prp. nr. 38 (1979–80). I tillegg er det tatt inn en avgrensning mot pris, som følger av gjeldende § 20 annet ledd. Det betyr at Forbrukerombudet og Markedsrådet heller ikke i fremtiden skal føre alminnelig priskontroll. Tilsynet med forbudet mot urimelige priser i pristiltaksloven § 2 er tillagt Konkurransetilsynet. Det vises til punkt 12.3.

Til § 23 Krav til garantivilkår i forbrukerforhold

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 9 d. Det stilles nærmere krav til (kommersielle) garantier som ytes forbrukere og hvordan garantivilkårene skal presenteres og utleveres forbrukeren. Begrepet «garanti» er definert i § 5 bokstav e. Paragraf 23 er ikke ment å være uttømmende. Forbrukerombudet og Markedsrådet vil kunne stille ytterligere krav til innholdet i garantivilkårene i medhold av § 22. Om forståelsen av bestemmelsen vises det ellers til forarbeidene, Ot.prp. nr. 43 (2001–2002).

Til § 24 Avgrensning mot konkurranseloven

Bestemmelsen er en videreføring av nåværende § 20 fjerde ledd, som ble innført i forbindelse med vedtagelsen av konkurranseloven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004). Med dette presiseres at kontraktsvilkår som er fremforhandlet av Forbrukerombudet ikke anses som konkurransebegrensende avtaler.

Kapittel 6 Beskyttelse av næringsdrivendes interesser

Til § 25 God forretningsskikk

Bestemmelsen viderefører generalklausulen i næringsforhold i nåværende markedsføringslov § 1 første ledd første del. Forarbeider til bestemmelsen finnes i Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72).

Til § 26 Villedende forretningsmetoder

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 2 første og fjerde ledd om villedende forretningsmetoder til beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Nåværende bestemmelse gjennomfører direktiv 2006/114/EF om villedende og sammenlignende reklame, som er den kodifiserte versjonen av direktiv 84/450/EØF om villedende reklame med senere endringer. Forarbeider til bestemmelsen finnes i Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot. prp. nr. 57 (1971–72), Innst. O. XIX (1971–72) og i Ot.prp. nr. 62 (1999–2000).

Bestemmelsen gjennomfører for øvrig artikkel 22 i avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS-avtalen), som er en integrert del av WTO-avtalen (Avtale 15. april 1994 om opprettelse av Verdens handelsorganisasjon). Gjennomføring av TRIPS-avtalen er omtalt i Ot.prp. nr. 73 (1995–96).

Til § 27 Utilstrekkelig veiledning mv.

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 3 første ledd om utilstrekkelig veiledning til beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Forarbeider til bestemmelsen finnes i Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72).

Til § 28 Bedriftshemmeligheter

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 7. Forarbeider til bestemmelsen finnes i

Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72).

Til § 29 Tekniske hjelpemidler

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 8. Forarbeider til bestemmelsen finnes i Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72).

Til § 30 Etterligning av annens produkt

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 8 a. Forarbeider finnes bl.a. i Innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) og Innst. O. XIX (1971–72).

Til § 31 Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin

Bestemmelsen viderefører nåværende markedsføringslov § 9. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 23 i TRIPS-avtalen, se nærmere omtale i merknad til lovutkastet § 26. Forarbeider til nåværende § 9 finnes i Ot.prp. nr. 73 (1995–1996) og Innst. O. nr. 15 (1995–1996).

Kapittel 7 Håndheving

Til § 32 Forvaltning, organisasjon mv.

Første ledd angir at Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever markedsføringsloven, med unntak av bestemmelsene som beskytter de næringsdrivendes interesser. Det forutsettes at det sittende Forbrukerombudet og Markedsrådet skal håndheve den nye loven. Begge organene er administrativt underlagt Barne- og likestillingsdepartementet, men kan ikke instrueres i faglige spørsmål. Slik sett er de å anse som frittstående forvaltningsorganer.

Av *annet ledd* fremgår det at Forbrukerombudet åremålbeskikkes av Kongen i statsråd. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. forskrift av 15. desember 1972 nr. 22 om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet § 9. Åremålsperioden er 6 år og det er mulighet for gjenoppnevning én gang, jf. forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til lov om statens tjenestemenn m.m. § 3 nr. 2.

Tredje ledd har bestemmelser om Markedsrådets sammensetning, funksjonstid og vedtaksførhet. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett, jf. dagens § 11 og § 12 fjerde ledd. Det er fore-

tatt noen redaksjonsmessige endringer i forhold til nåværende § 11, men det tilsiktes ingen realitetsendringer.

Når det gjelder oppnevning av Markedsrådets medlemmer, er det gitt retningslinjer i forarbeidene til nåværende § 11, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 28. Det enkelte medlem oppnevnes ikke som partsrepresentant for myndighetene, forbrukerne eller de næringsdrivende. Det uttales at:

«Forutsetningen er at Markedsrådets sammensettes av personer som kan opptre uavhengig og bidra til å tilføre rådet samlet en bred og allsidig innsikt såvel i de almene sider ved de saker rådet får til behandling som i de sider ved sakene som særlig berører de næringsdrivende og forbrukernes forhold i alminnelighet til de spørsmål som rådet får å ta stilling til.»

Videre følger det av forarbeidene at det er ønskelig at leder og nestleder har dommerkvalifikasjoner, hvilket betyr at vedkommende har juridisk embetseksamen eller tilsvarende.

Departementet har fulgt disse retningslinjene og har bl.a. bedt organisasjoner som Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon om å foreslå kandidater. Det legges til grunn at dagens praksis videreføres.

I fjerde ledd er det gitt en forskriftshjemmel som kan brukes til å gi nærmere bestemmelser om Forbrukerombudets og Markedsrådets organisasjon og virksomhet. Dette er også en videreføring av gjeldende rett, jf. nåværende § 10 annet ledd. Det er i dag gitt to forskrifter, en om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet og en om dekning av saksomkostninger i sak for Markedsrådet. Disse forskriftene vil bli gjennomgått og eventuelt revidert som en egen sak.

Femte ledd er en forskriftshjemmel som kan brukes til å nærmere angi Forbrukerombudets og Markedsrådets ansvarsområde dersom det er overlapping med andre myndigheters kompetanseområde. Bestemmelsen er en videreføring av nåværende § 20 femte ledd, men dagens forskriftshjemmel er ikke blitt brukt. Det vises til punkt 12.3 ovenfor.

Til § 33 Opplysningsplikt

Bestemmelsen gir Markedsrådet og Forbrukerombudet hjemmel til å kreve opplysninger, foreta granskinger mv. Dette er en videreføring av gjeldende § 15, og det vises til forarbeidene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 31 og Ot.prp. nr. 40 (1980–81) side 28.

Forvaltningsloven § 14 om saksforberedelse og klage ved pålegg om opplysninger, samt forvaltningsloven § 15 om fremgangsmåten ved gransking o.l. vil supplere bestemmelsen.

Til § 34 Forbrukerombudets tilsynsområde

Første ledd angir hvilke materielle bestemmelser Forbrukerombudet skal føre tilsyn med.

Det er for det første bestemmelsene i denne lovs kapittel 1 til 5, som setter rammene for næringsdrivendes handlinger overfor forbrukere. Videre skal Forbrukerombudet føre tilsyn med forskrifter gitt i medhold av loven. Forbrukerombudet skal derimot ikke føre tilsyn med kapittel 6 som gjelder beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Dette har sin bakgrunn i at Forbrukerombudet forutsettes å være et organ som først og fremst skal ivareta forbrukerhensyn, jf. merknadene til annet ledd.

Saker etter kapittel 8 om grenseoverskridende håndheving mv. behandler Forbrukerombudet ikke av eget tiltak, men etter anmodning fra utenlandske organisasjoner eller myndigheter. Det vises til punkt 15.8 om dette.

I enkelte andre regelverk er det særskilt bestemt at Forbrukerombudet skal føre tilsyn med andre bestemmelser enn markedsføringslovens regler. Etter *annet punktum* er det derfor vist til at Forbrukerombudet også skal føre slikt tilsyn som Forbrukerombudet er tillagt etter annet regelverk.

Det kan her vises til at Forbrukerombudet er tillagt tilsyn med alternative behandleres markedsføring, jf. forskrift 11. desember 2003 nr. 1501 om markedsføring av alternativ behandling av sykdom § 6 og lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. § 8. Forarbeidene til den sistnevnte bestemmelsen er Ot.prp. nr. 27 (2002–2003) om lov om alternativ behandling av sykdom mv., jf. særlig punkt 12.15.

Videre er Forbrukerombudet tilsynsmyndighet for kredittkjøpsloven med forskrifter. Dette følger av delegeringsvedtak i medhold av kredittkjøpsloven § 30, jf. forskrift 27. juni 1986 nr. 1305 punkt IV.

Forbrukerombudet fører også tilsyn med reklame etter visse bestemmelser i kringkastingsregelverket. De bestemmelsene Forbrukerombudet fører tilsyn med i henhold til kringkastingsloven og kringkastingsforskriften gjelder barne- og våpenreklame, jf. forskrift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting (kringkastingsforskriften) § 1–8 første ledd med videre henvisninger.

Det er også eksempler på at lovgiver i forarbeid, men ikke i selve lovteksten, har forutsatt at

Forbrukerombudet skal føre tilsyn med vedkommende regelverk. Eksempler på dette er angrerettloven og lov om forbud mot prispåslag ved videre salg av billetter til kultur- og idrettsarrangementer (svartebørsloven).

Forbrukerombudet kan også bruke markedsføringslovens sanksjonssystem ved overtredelse av spesialregelverk om forbrukerbeskyttelse der den aktuelle overtredelsen etter en konkret vurdering rammes for eksempel av bestemmelsene om urimelig handelspraksis overfor forbrukere i lovforslaget kapittel 2. Det følger videre av forarbeidene til gjeldende § 9 a om urimelige avtalevilkår at avtalevilkår som strider mot ufravikelig lovgivning, må anses som urimelige og i strid med § 9 a, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 39.

Annet ledd avgrenser Forbrukerombudets tilsynsområde til å gjelde ivaretagelse av visse hensyn. For det første skal tilsynet skje ut fra hensynet til forbrukerne. Med dette menes de kollektive forbrukerinteressene, dvs. hensynet til forbrukerfellesskapet som sådan. Det følger av de enkelte bestemmelsene om det er ivaretagelse av forbrukernes økonomiske interesser eller andre interesser som er utgangspunkt for vurderingen. Derimot skal Forbrukerombudet ikke behandle saker som kun berører interessene til næringsdrivende. Dette er også forutsetningen etter gjeldende lov, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 13.

Når det gjelder bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame, skal denne håndheves ut fra hensynet til likestilling mellom kjønnene, særlig med vekt på hvordan kvinner fremstilles. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. nåværende § 13 første ledd annet punktum og forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 40 (1980–81) side 27–28.

Paragraf 10 om prismerkning mv. ligger i grenseland mellom forbruker- og konkurransepolitikk og anses derfor å ivareta andre hensyn i tillegg til forbrukernes økonomiske interesser, jf. punkt 11.1.4 ovenfor. Det presiseres derfor at tilsynet med bestemmelsen skjer ut i fra hensynet til at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt sammenligne priser.

Til § 35 Forbrukerombudets saksbehandling (forhandlingsmodellen)

I første og annet ledd er forhandlingsmodellen beskrevet. Forhandlingsmodellen går ut på at Forbrukerombudet først og fremst skal arbeide for å få de næringsdrivende til å innrette seg frivillig etter loven. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. punkt 15.2.1. ovenfor.

Første ledd gjelder generelt, også før det er konstatert lovstrid. Forbrukerombudet skal i første omgang bruke «myke» virkemidler som informasjonsvirksomhet, dialog og forhandlinger for å motvirke brudd på loven. Ombudet behandler saker på grunnlag av klager eller på eget initiativ. Forbrukerombudet står i utgangspunktet fritt til å prioritere hvilke saker som skal tas opp til behandling. Noen ganger kan det være hensiktsmessig å ta problemområder opp på bredt grunnlag, f.eks. ved å føre dialog med en bransje og fremforhandle standardvilkår eller utarbeide generelle retningslinjer og veiledninger til de næringsdrivende, fremfor å behandle konkrete enkeltklager.

Selv om den som klager til Forbrukerombudet på et konkret forhold neppe kan anses som part i saken, er det i praksis likevel utviklet en klageadgang til Markedsrådet på Forbrukerombudets nedprioriteringer av enkeltsaker. Denne klageadgangen vil kunne videreføres i den grad Forbrukerombudet og Markedsrådet finner det hensiktsmessig, men den foreslås ikke lovfestet, jf. punkt 15.6.3 ovenfor.

Annet ledd gjelder spesielt for tilfellene der Forbrukerombudet konstaterer lovbrudd. Det skal som hovedregel søkes å få den næringsdrivende til å inngå en frivillig ordning om å slutte å handle i strid med loven. I enkelte tilfeller som nevnt i § 36 er det likevel ikke nødvendig for Forbrukerombudet å forsøke å komme til frivillig ordning.

Som det er lagt til grunn i forarbeidene til gjeldende lov, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 29, kan Forbrukerombudet ikke gå med på frivillige ordninger hvor det godtas handlinger i strid med loven. Ombudet skal heller ikke forhåndsgodkjenne konkrete tiltak som den næringsdrivende ønsker å sette i verk. Det stilles ikke formkrav til inngåelse av frivillige ordninger, det kan for eksempel skje ved at den næringsdrivende muntlig lover å innrette seg. Det vil likevel ikke være oppnådd frivillig ordning dersom den næringsdrivende lover å innrette seg, men ikke gjør det i praksis. Den næringsdrivende kan for så vidt også stilte seg etter Forbrukerombudets syn. Dersom lovbruddet opphører vil saken dermed være ute av verden.

For å rydde unna tvil om innholdet i den frivillige ordningen, kan Forbrukerombudet etter *tredje punktum* kreve en skriftlig bekreftelse fra den næringsdrivende på at ulovlige forhold skal opphøre, dvs. at praksis eller avtalevilkår endres gjennom aktiv handling. 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

handling eller vilkår Forbrukerombudet kan kreve bekreftelse på at skal opphøre eller at den næringsdrivende skal unnlate å ta i bruk, jf. punkt 15.4. Det er frivillig for den næringsdrivende å avgi en skriftlig bekreftelse. Ved brudd på en skriftlig bekreftelse vil Forbrukerombudet ikke være forpliktet til å på ny forsøke å få den næringsdrivende til å innrette seg frivillig, jf. § 36 første ledd. Dersom den næringsdrivende velger å ikke avgi en skriftlig bekreftelse, er rettsvirkningen at det ikke er oppnådd frivillig ordning.

Tredje ledd har regler om saksgangen når det både er konstatert at loven er brutt og at det ikke er oppnådd frivillig ordning, evt. at det ikke er nødvendig å søke å oppnå frivillig ordning etter § 36. Forbrukerombudet kan da gå videre med saken med sikte på å få truffet bindende vedtak mot den lovstridige handlingen eller vilkåret. Hovedregelen er at Forbrukerombudet da bringer saken inn for Markedsrådet, som har den primære vedtakskompetansen. I visse tilfeller kan Forbrukerombudet fatte vedtak selv, jf. § 37.

Fjerde ledd gir Forbrukerombudet adgang til å forelegge prinsipielle saker for Markedsrådet. Dette er i hovedsak en videreføring av nåværende § 13 sjette ledd, jf. punkt 15.5. Forbrukerombudet har adgang til slik foreleggelse selv om det oppnås frivillig ordning i den konkrete saken, eller den næringsdrivende erklærer at praksisen er avsluttet eller at det aktuelle vilkåret ikke skal brukes i fremtiden. Bestemmelsen er særlig aktuell for tilfeller der lovbrudd har opphørt, men Forbrukerombudet likevel ønsker en prinsipiell avklaring for fremtiden. Videre kan det være behov for å få revurdert tidligere avgjørelser i Markedsrådet. Et eksempel på dette er omtalt i punkt 5.3 om veldedighet i markedsføring. Adgangen til å prøve spørsmål av prinsipiell betydning kan også tenkes benyttet av Forbrukerombudet i forhandlings situasjoner.

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

Første ledd beskriver enkelte situasjoner hvor Forbrukerombudet ikke er forpliktet til å søke å oppnå frivillig ordning i henhold til forhandlingsmodellen som er beskrevet i § 35 annet ledd.

For det første gjelder det tilfellene der Forbrukerombudet konstaterer brudd på en del spesifikke bestemmelser. Selv om det ikke er nødvendig å gjennomføre dialog/forhandlinger på vanlig måte, vil de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven komme til anvendelse. Dette innebærer bl.a. at den næringsdrivende må gis forhåndsvarsel om at vedtak kan treffes og gis en frist

til å uttale seg, jf. forvaltningsloven § 16. Det vises ellers til merknadene i punkt 15.7.4.

For det andre er det unntak fra forhandlingsmodellen for tilfellene der Markedsrådet tidligere har truffet forbudsvedtak i en tilsvarende sak, også mot en annen næringsdrivende. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. § 14 annet ledd. Bakgrunnen for regelen er effektivitetshensyn. Det er uttalt i forarbeidene at man ville unngå at Markedsrådet blir belastet med en del opplagte saker, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 43 og Ot.prp. nr. 70 (1995–96) side 21.

For det tredje er det ikke nødvendig å innlede en ny dialog med sikte på frivillig ordning der den næringsdrivende handler i strid med en tidligere avgitt skriftlig bekreftelse etter § 35 annet ledd. Det vises til merknadene til denne bestemmelsen og punkt 15.7.3.

Annet ledd henger sammen med dokumentasjonspliktregele i § 3 annet ledd, der det fremgår at dokumentasjon om produkters egenskaper eller virkning skal foreligge på annonsørens hånd når markedsføringen skjer. Etter § 33 kan Forbrukerombudet kreve å få denne dokumentasjonen. Etter bestemmelsen her har den næringsdrivende i så fall en 48 timers frist til å sende dokumentasjonen til Forbrukerombudet. Hvis fristen oversittes, trenger ikke Forbrukerombudet å følge den vanlige prosedyren med dialog og forhandlinger, men kan gå videre med saken med sikte på å få truffet bindende vedtak, jf. § 35 tredje ledd. Departementet legger til grunn at forståelsen av hva som er «avsendt» og «mottatt», samt fristberegning skal følge det som ellers gjelder i forvaltningsretten. Det er bl.a. relevant å se hen til noen av prinsippene i forvaltningsloven §§ 29 og 30 om klagefrist. Presiseringen «konkret» virkning er tatt med for å avgrense mot virkning av mer generell karakter. Et eksempel på hva som omfattes er spesifikke påstander om et produkts slankende effekt, f.eks. «spis disse slankepillene og gå ned 1 kg per uke».

Det kan være uenighet mellom Forbrukerombudet og den næringsdrivende om dokumentasjonen er god nok. Hva som vil være fyllestgjørende dokumentasjon vil bero på en konkret vurdering. Forbrukerombudet vil kunne forlenge fristen, evt. be om tilleggsdokumentasjon, dersom han mener at situasjonen tilsier det. For øvrig vises det til punkt 15.7.5.

Videre er det ikke nødvendig for Forbrukerombudet å søke å oppnå frivillig ordning når det i markedsføringen er fremsatt en påstand om konkret virkning som åpenbart ikke kan dokumenteres, jf. *annet punktum*. Dette er en snever unntaksregel for tilfeller som er så klare at det overhodet ikke

har noen hensikt å be om dokumentasjon etter første punktum.

Forbrukerombudet har bevisbyrden for at påstanden åpenbart ikke kan dokumenteres. For å underbygge sitt standpunkt kan det vises til sakkyndige uttalelser mv. For eksempel påstår reklamen at «spis disse slankepillene og gå ned 10 kg på en uke». Her vil Forbrukerombudet kunne legge en mer generell sakkyndig uttalelse til grunn og si at det er vitenskapelig dokumentert at det ikke går an å slanke seg 10 kg på en uke ved å spise slankepilller.

Det går likevel en grense mot åpenbare overdrivelser som ikke er ment å oppfattes bokstavelig, jf. punkt 7.1.4 ovenfor.

Til § 37 Forbrukerombudets vedtakskompetanse

Første ledd gir Forbrukerombudet kompetanse til å fatte vedtak i «hastesaker» under forutsetning av at det ikke er oppnådd frivillig ordning, jf. § 35 tredje ledd. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. nåværende § 14 første ledd. Det vises ellers til forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 30 og Ot.prp. nr. 38 (1979–80) side 43.

Annet ledd gir Forbrukerombudet vedtakskompetanse dersom Markedsrådet tidligere har truffet forbudsvedtak i en tilsvarende sak. I motsetning til første ledd er det her ikke nødvendig at Forbrukerombudet har forsøkt å oppnå frivillig ordning med den næringsdrivende. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett, jf. merknadene til § 36 første ledd.

Tredje ledd angir for det første at Forbrukerombudet skal underrette Markedsrådet om vedtaket. Formålet er å holde Markedsrådet oppdatert. Selv om den næringsdrivende ikke påklager vedtaket, har Markedsrådet mulighet til å kreve at Forbrukerombudet bringer saken inn for Markedsrådet for prøving, jf. § 38 første ledd tredje punktum.

Av siste punktum fremgår det at den vedtaket retter seg mot kan påklage vedtaket til Markedsrådet. Klagen får i så fall ikke oppsettende virkning (utsatt iverksettelse av vedtaket) med mindre Forbrukerombudet beslutter det, jf. forvaltningsloven § 42.

Overtredelse av Forbrukerombudets vedtak er straffbart, jf. § 48 fjerde ledd.

Til § 38 Markedsrådet

Bestemmelsen gir anvisning på hvilke typer saker Markedsrådet behandler. Markedsrådet er normgiver innenfor Forbrukerombudets tilsynsområde, jf. § 34, og er Forbrukerombudets overinstans i

faglige saker. Markedsrådet er et domstolsliknende forvaltningsorgan og behandler ikke saker på eget grunnlag. Det forutsettes at sakene bringes inn for Markedsrådet av Forbrukerombudet eller andre, og at sakene belyses av de som opptrer som parter for Markedsrådet.

Markedsrådet er også overinstans for Sosial- og helsedirektoratet når det gjelder tobakks- og alkoholreklame, og for Medietilsynet når det gjelder reklame for livssyn og politiske budskap i TV-sendinger.

Det mest praktiske er at Forbrukerombudet bringer saker inn for Markedsrådet og legger ned påstand om at en handling eller et vilkår forbyes, jf. *første ledd første punktum*. Den innklagede næringsdrivende vil da opptre som Forbrukerombudets motpart i saken for Markedsrådet.

Etter *annet punktum* er det også anledning for andre berørte parter til å bringe en sak inn for Markedsrådet dersom Forbrukerombudet velger å ikke gjøre det. Bestemmelsen er en videreføring av nåværende § 13 siste ledd, som er kommentert i Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 30. I slike saker vil Forbrukerombudet ikke lenger være part saken. Det vises også til punkt 15.6 ovenfor.

Tredje punktum gir Markedsrådet en mulighet til å kreve at Forbrukerombudet bringer bestemte saker inn for rådet. I dag er en tilsvarende bestemmelse inntatt i § 14 siste ledd. Siden § 14 gjelder Forbrukerombudets vedtak, er det antatt at Markedsrådet i dag bare kan kreve dette der Forbrukerombudet har fattet vedtak. Bestemmelsen kom inn i stortingsbehandlingen av markedsføringsloven av 1972, jf. Innst. O. XIX. (1971–72) side 6. Det tilsiktes ingen realitetsendringer i lovforslaget her.

I følge *annet ledd* behandler Markedsrådet også klager på Forbrukerombudets vedtak samt saker av prinsipiell karakter som rådet forelegges av Forbrukerombudet. Dette er uttrykk for at Markedsrådet er Forbrukerombudets faglige overinstans og normgiver i prinsippsspørsmål.

I dagens lovtekst fremgår det uttrykkelig at Markedsrådet kan unnlate å behandle prinsipp saker som rådet ikke finner tilstrekkelig opplyst, jf. gjeldende § 13 sjuende ledd. Denne regelen foreslås ikke uttrykkelig videreført, men det legges til grunn at Markedsrådet må kunne be om tilleggsopplysninger hvis rådet finner grunn til det.

Til § 39 Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak

Første ledd opplyster i bokstav a til d de forskjellige typer vedtak Forbrukerombudet og Markedsrådet kan treffe. Vedtakene er enkeltvedtak etter forvalt-

ningsloven. Saksbehandlingsreglene som gjelder for enkeltvedtak i forvaltningsloven må derfor følges med mindre annet er bestemt. Vedtak skal grunnngis samtidig med at de treffes, jf. forvaltningsloven § 24. Vedtakene treffes etter rangordningen som følger av de foregående bestemmelsene, særlig §§ 35 tredje ledd, 37 og 38.

Det er et grunnleggende vilkår for å treffe vedtak at Forbrukerombudet eller Markedsrådet finner at inngrep tilsies av forbrukerhensyn eller de andre hensynene loven skal ivareta, jf. § 34 annet ledd. Vilkåret er først og fremst tatt med for å avgrense mot andre hensyn, som for eksempel hensynet til næringsdrivende. Dette følger også av forarbeidene til gjeldende markedsføringslov, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 29.

Markedsrådet har i senere praksis lagt til grunn at det bør være et større antall klager og mer systematiske lovbrudd før det foreligger sterke nok forbrukerhensyn, jf. Markedsrådets sak 5/07 (Herjedalskjøkken). Direktivet om urimeelig handelspraksis stiller ikke slike krav, jf. punkt 15.2.2 ovenfor om EØS-rettslige krav til vedtakskompetanse. Et generelt prinsipp om at det ikke kan gripes inn før det foreligger et større antall klager og mer systematiske lovbrudd verken kan, eller etter departementets syn bør, videreføres.

Etter lovforslaget her vil overtredelsesgebyr være forbeholdt de mer systematiske lovbruddene (vesentlige eller gjentatte). Det forutsettes at inngrepsterskelen for å treffe forbudsvedtak med tvangsmulkt vil være lavere. I lovforslaget her er imidlertid ikke vilkåret om at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne mv. i seg selv ment å stille kvalifiserende krav til inngrepsterskelen.

Av *annet ledd* fremgår det at Markedsrådets vedtak ikke kan påklages. Dette betyr at Markedsrådets vedtak ikke kan bringes inn for overordnet forvaltningsmyndighet (departementet) for overprøving. Det er imidlertid anledning til å bringe Markedsrådets vedtak inn for domstolene. I likhet med gjeldende rett, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 29, forutsettes det at de alminnelige reglene for domstolenes prøving av forvaltningsvedtak kommer til anvendelse.

I *tredje ledd* er det regler om medvirkningsansvar. Dette er en videreføring av gjeldene rett, jf. nåværende § 12 annet ledd og 14 første ledd.

Forbrukerombudet har i sin høringsuttalelse bedt om en del presiseringer, og uttaler følgende:

«I forbindelse med rammene for medvirkeransvaret, vil jeg også trekke fram en problemstilling som har dukket opp etter Markedsrådets avgjørelse i sak 12/06 (B2C Norge). Her opp-

hevet rådet punktet i Forbrukerombudets vedtak om tvangsgebyr for firmaets daglige leder. Begrunnelsen for dette var at Forbrukerombudet ikke hadde «fremlagt dokumentasjon for eller fremsatt påstander om at han konkret har innvirket på selgernes handlinger i de tilfeller som omfattes av vedtaket, eventuelt i hvilken utstrekning dette har skjedd.»

Det vil åpenbart være en meget vanskelig oppgave for Forbrukerombudet å skulle dokumentere at en daglig leder, styreleder eller styremedlem i et selskap har gitt direkte beskjed til de ansatte om å bryte markedsføringslovens regler. Etter mitt syn er det nok å dokumentere at personen gjennom sin rolle i firmaet har hatt et ansvar i forhold til firmaets markedsføring eller avtalevilkår og dermed også mulighet til å stanse eller endre på de lovstridige forholdene. Når vedkommende ikke har klart dette til tross for at han er kjent med Forbrukerombudets standpunkt, må det være grunnlag for å kunne fatte vedtak også mot personen.

Dette er i samsvar med prinsippene om medvirkningsansvar for styreledere og styremedlemmer i aksjeselskaper, jf. aksjeloven § 17–1. Etter denne bestemmelsen kan personer holdes ansvarlig for en skadevoldende hendelse dersom de er å bebreide og det er en sammenheng mellom hendelsen og personens handling, unnlattelse eller adferd ellers, samtidig som hendelsen har tilknytning til personens oppgaver i firmaet.

Jeg vil derfor be om at det presiseres i forarbeidene til den nye markedsføringsloven at personer som har medvirket til overtredelse av loven gjennom sin styring eller, minst like viktig, mangel på styring av et selskap, kan omfattes av Forbrukerombudet og Markedsrådets vedtak. Jeg viser forøvrig til redegjørelsen for medvirkningsansvaret på side 28 i Ot.prp. nr. 34 (1994–1995), hvor mye av dette allerede er uttrykt.

I tillegg ber jeg om at det presiseres at vedtak kan rettes utelukkende mot en person eller personer som har medvirket til overtredelse av loven, uten at vedtaket samtidig rettes mot et firma. Forbrukerombudet har sett eksempler på saker hvor det i realiteten ikke har eksistert noe firma, men kun et fiktivt firmanavn. Vi har også sett saker hvor firmaet som har markedsført seg har gått konkurs før vedtak er fattet. I slike tilfelle er det nødvendig å kunne fatte vedtak utelukkende mot de medvirkende personene, og jeg ber derfor om at dette presiseres i forarbeidene.»

Bestemmelser om sivilrettslig medvirkningsansvar kom inn i loven samtidig med tvangsgebyrordningen, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–1995). I proposisjonen er det utførlig redegjort for medvirknings-

ansvaret, og departementet legger til grunn at gjeldende rett videreføres. Bestemmelsen rammer både juridiske og fysiske personer. Det må vurderes konkret hvem som i *realiteten* står bak lovbruddet, og håndhevingsmyndighetene må sannsynliggjøre sitt standpunkt på vanlig måte.

Departementet er enig med Forbrukerombudet i at det er nok å dokumentere/sannsynliggjøre at den aktuelle personen gjennom sin rolle i firmaet har medvirket.

Det vil kunne rettes vedtak mot personer uten at vedtaket samtidig rettes mot et firma. Videre vil det kunne rettes vedtak mot bransjeorganisasjoner som har medvirket til lovbrudd, jf. punkt 15.2.4.

Det vil også kunne presiseres i vedtak at situasjonen hvor den som vedtaket retter seg mot medvirker til at andre overtrer vedtaket, omfattes.

Medvirkningsansvaret gjelder derimot ikke ved håndheving av de delene av kringkastingsregleverket Forbrukerombudet særlig er tillagt tilsyn med, jf. merknadene til § 34 første ledd. Dette er en videreføring av gjeldende rett og er primært begrunnet i at kringkastingslovens plikter kun skal påhvile kringkastere.

Til en viss grad er også underordnet personale unntatt fra medvirkningsansvaret. Dette er en videreføring av gjeldende rett og kommer til uttrykk ved at det vises til straffebestemmelsen (§ 48 femte ledd), hvor tilsvarende begrensning gjelder.

Til § 40 Forbudsvedtak

Et av håndhevingsvirkemidlene til Forbrukerombudet og Markedsrådet er å treffe forbudsvedtak. Med dette forbyr den næringsdrivende for fremtiden å handle i strid med loven. Det er aktuelle og konkrete handlinger eller vilkår som kan forbyr, jf. punkt 15.4.

Vilkårene for å treffe forbudsvedtak er at det både konstateres lovbrudd og at Forbrukerombudet eller Markedsrådet finner at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne, evt. de andre hensynene loven skal ivareta der det er relevant, jf. § 39 første ledd.

Samtidig med forbudsvedtak skal det som hovedregel fastsettes en tvangsmulkt etter § 42. Formålet er å sørge for at vedtaket etterlevs.

Overtredelse av forbudsvedtak er straffbart etter § 48 fjerde ledd.

Til § 41 Vedtak om påbud

Første ledd gir både Forbrukerombudet og Markedsrådet kompetanse til å gi påbud for å sikre at forbud overholdes. I dag er det kun Markedsrådet

som har denne kompetansen, jf. nåværende § 12 første ledd siste punktum. Departementet finner det likevel logisk og hensiktsmessig at Forbrukerombudet også gis påbudskompetanse etter denne bestemmelse, i den grad ombudet kan fatte forbudsvedtak selv, jf. § 37.

I medhold av denne bestemmelse kan det for eksempel påbys å tilbakekalle en annonsekampanje innen en gitt frist.

Etter *annet ledd* kan Forbrukerombudet og Markedsrådet påby prisinformasjon etter § 10 med forskrifter. Dette er en videreføring av gjeldene rett, jf. nåværende § 12 tredje ledd og § 14 første ledd annet punktum.

Som ved forbudsvedtak skal det som hovedregel fastsettes en tvangsmulkt etter § 42 i forbindelse med påbudsvedtaket.

Til § 42 Vedtak om tvangsmulkt

Reglene i denne bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av dagens tvangsgebyrordning. I tråd med sanksjonsutvalgets begrepsbruk erstattes den nåværende betegnelsen «tvangsgebyr» med «tvangsmulkt», jf. punkt 15.9.5.

Første ledd tilsvarende innholdsmessig nåværende § 16 første ledd. Forarbeidene til denne bestemmelsen er Ot.prp. nr. 34 (1994–95). Tvangsmulktens formål er å sørge for at forbuds- og påbudsvedtak etterleveres. Tvangsmulkten utløses ved eventuelle brudd på slike vedtak.

Annet ledd har nærmere regler om fastsettelse av tvangsmulkten. I gjeldende lov er det ikke gitt nærmere anvisning på hvordan tvangsgebyr skal fastsettes, men det er gitt en del retningslinjer i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–95) side 20–21 som er sitert i punkt 15.9.5.4 ovenfor. Det tilsiktes ingen endringer i forhold til disse retningslinjene og praksis etter gjeldende lov.

Tvangsmulkten kan fastsettes løpende, f.eks. per dag eller uke inntil den næringsdrivende opphører å bryte vedtaket. Den kan også settes til et engangsbeløp, eventuelt til et beløp per overtredelse.

Tvangsmulktens størrelse skal fastsettes etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Som det fremgår i lovteksten skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg for den næringsdrivende å overtre vedtaket. Formålet med tvangsmulkten er at den skal virke som et reelt oppfyllespress. Forbrukerombudet og Markedsrådet kan kreve å få opplysninger om den næringsdrivendes økonomiske forhold i medhold av § 33. Men selv om den næringsdrivende på papiret ikke tjener penger, kan

det være grunnlag for å fastsette en relativt høy tvangsmulkt, jf. punkt 15.9.5.4.

Ifølge *tredje ledd* er endelig vedtak om betaling av tvangsmulkt tvangsgrunnlag for utlegg. Denne bestemmelsen er et såkalt særlig tvangsgrunnlag, jf. tvangsfullbyrdsloven § 4–1 tredje ledd og § 7–2 bokstav e. Dette betyr at Forbrukerombudet eller Markedsrådet kan gå direkte til tvangsinndrivning av tvangsmulkten når det handles i strid med vedtak. Det er ikke nødvendig å få fastslått oppfyllesplikten ved dom.

Det antas at det i praksis ofte vil være Forbrukerombudet som tilsynsorgan som eventuelt oppdager at vedtak brytes. Ombudet kan da ved enkeltvedtak fatte vedtak om at tvangsmulkten skal betales. Vedtaket kan påklages til Markedsrådet etter de alminnelige reglene i forvaltningsloven kapittel IV.

Det er *endelige* vedtak som er tvangsgrunnlag. Det betyr at tvangsfullbyrdelse ikke kan skje før klagefristen er ute. Dersom Forbrukerombudets vedtak påklages til Markedsrådet, kan tvangsfullbyrdelse ikke skje før Markedsrådet har truffet vedtak. På den annen side vil tvangsinndrivelse kunne skje dersom den næringsdrivende bringer saken inn for domstolene, med mindre Markedsrådet treffer beslutning om oppsettende virkning (utsatt iverksettelse) etter forvaltningsloven § 42. Disse spørsmålene er behandlet i punkt 15.9.8.3.

I fjerde ledd er det gitt en lempingsregel, som er ment å være en sikkerhetsventil for særlige tilfeller. Hvis tvangsmulkten er ilagt av Markedsrådet, kan det etter omstendighetene tenkes å være unødig tungvint å måtte bringe spørsmålet om reduksjon inn for rådet. Det legges til grunn Forbrukerombudet i så fall har kompetansen til å redusere eller frafalle tvangsmulkten.

Femte ledd er en forskriftshjemmel som kan brukes til å fastsette nærmere regler om ileggelse av tvangsmulkt, herunder om tvangsmulktens størrelse.

Til § 43 Vedtak om overtredelsesgebyr

Første ledd gir hjemmel for Forbrukerombudet og Markedsrådet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Om bakgrunnen for og forståelsen av bestemmelsen vises det til punkt 15.9.6 til 15.9.9. Bestemmelsen gir håndhevingsmyndighetene anledning til å sanksjonere mot lovbrudd i det de har skjedd. I motsetning til forbudsvedtak med tvangsmulkt, som er rettet mot eventuelle fremtidige overtredelser, er vedtak om overtredelsesgebyr tilbakeskuende.

Når det gjelder hvilke bestemmelser som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr, vises det til punkt 15.9.7.1. Det stilles krav til at lovbruddene er av kvalifisert art, i form av at de enten anses som vesentlige eller at de har skjedd gjentatt. Grensen mellom «simpel» og «vesentlig» overtredelse må trekkes i praksis. 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. Det vises til drøftelsen i punkt 15.9.9. Brudd på flere av bestemmelsene kan sammenlagt anses som vesentlige, selv om de ikke ville være det hver for seg.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan treffes på selvstendig grunnlag, men kan også treffes samtidig med forbudsvedtak etter § 40. Dersom det konstateres lovbrudd kan det således treffes vedtak om overtredelsesgebyr som rammer lovbruddet som sådan, samtidig som det kan treffes forbudsvedtak mot å gjenta lovbruddet i fremtiden, noe som eventuelt vil utløse tvangsmulkt. Det vises til punkt 15.9.9 ovenfor.

I *annet ledd* gis retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr. I likhet med tvangsmulkt, skal overtredelsesgebyret utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyr bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Som ved utmåling av straff skal det ses hen til både allmenn- og individualpreventive hensyn. Dersom det er holdepunkter for å mene noe om den økonomiske fortjenesten den næringsdrivende har oppnådd ved lovbruddet, vil dette være relevant å se hen til når overtredelsesgebyret skal fastsettes. Det samme gjelder den næringsdrivendes økonomiske situasjon. Imidlertid kan dette i praksis være vanskelig å bringe på det rene, selv om Forbrukerombudet og Markedsrådet har en vid adgang til å kreve opplysninger fra den næringsdrivende etter § 33.

Lovteksten regner opp tre særlig relevante momenter i vurderingen. Oppregningen er ikke ment å være uttømmende. Med overtredelsens *grovhet* menes hvor alvorlig lovbruddet generelt sett er. Er det for eksempel gitt direkte feilaktige opplysninger i reklamen, eller bare litt uklare opplysninger? Det kan også være relevant å legge vekt på graden av utvist skyld, hvis det er holdepunkter for å vurdere dette.

Videre kan det være relevant å legge vekt på overtredelsens *omfang*. Dette omfatter både kvantitative aspekter og varighet i tid. Ved utsendelse av uanmodet e-postreklame («spam»), er det for

eksempel relevant å se hen til antall ulovlige utsendelser. Ved ulovlige annonsekampanjer kan det være relevant å se hen til hvor lenge lovbruddet har pågått.

For det tredje skal det legges vekt på overtredelsens *virksomhet*. Siden de aktuelle bestemmelsene skal beskytte forbrukerne, er det virkningene overfor forbrukerne som er relevant. Ofte må dette baseres på antagelser av hvor mange forbrukere som er rammet og på hvilken måte. Det vises også til merknadene i punkt 15.9.7.6.

I *tredje ledd* er det gitt regler om når overtredelsesgebyret forfaller til betaling og når det kan tvangsinnføres. Reglene om tvangsfullbyrdelse er de samme som for tvangsmulkt, og det vises til merknadene til § 42 tredje ledd.

Fjerde ledd er en forskriftshjemmel som kan brukes til å gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Herunder kan det fastsettes rammer for overtredelsesgebyrets størrelse.

Kapittel 8 Grenseoverskridende håndheving mv.

Bestemmelsene i dette kapitlet, §§ 44 til 47, er en videreføring av gjeldende rett uten realitetsendringer, jf. gjeldende kapittel II b. Forarbeidene til bestemmelsene er Ot.prp. nr. 91 (2000–2001) og Ot.prp. nr. 102 (2005–2006).

Paragrafene 44 til 47 retter seg ikke mot de næringsdrivende, men mot norske håndhevingsmyndigheter. I og med disse bestemmelsene settes rammene for samarbeid om å håndheve forbrukerregelverk over landegrense innen EØS-området. Bestemmelsene gjennomfører direktiv 98/27/EF (forbudsdirektivet) og forordning 2006/2004/EF (forordningen om forbrukervernsamarbeid).

Fra norsk side er Forbrukerombudet tildelt en hovedrolle i dette håndhevings-samarbeidet. I praksis innebærer bestemmelsene at utenlandske myndigheter eller organisasjoner kan anmode Forbrukerombudet om å stoppe lovbrudd fra norske næringsdrivende som rammer utenlandske forbrukere. Tilsvarende kan Forbrukerombudet be spesielt oppnevnte håndhevingsmyndigheter i andre EØS-land om å stoppe lovbrudd som har sin opprinnelse i utlandet og som rammer norske forbrukere.

For øvrig vises det til redegjørelsen i punkt 15.8 om grenseoverskridende håndheving.

I og med ny bestemmelse om lovens stedlige virkeområde, jf. § 4, vil Forbrukerombudet også få en mer direkte hjemmel enn før til å sanksjonere overfor norske næringsdrivende som utelukkende retter ulovlig virksomhet mot utenlandske forbru-

kere. Det vises til redegjørelsen i punkt 4.5 og de spesielle merknadene til § 4 annet ledd om dette.

Kapittel 9 Straff

Til § 48 Straff

Første ledd angir hvilke bestemmelser som kan sanksjoneres med straff ved forsettlig og vesentlig overtredelse. De strafferettslige begrepene «forsettlig» og «medvirkning» skal forstås på samme måte som i strafferetten ellers. Om lovbruddet er vesentlig må vurderes konkret. I tredje ledd er det angitt noen relevante momenter i denne vurderingen.

Etter *annet ledd* er enkelte bestemmelser belagt med straff ved uaktsom vesentlig overtredelse. At det er mindre skyldkrav ved enkelte bestemmelser er en videreføring av gjeldende rett, og er begrunnet i bevismessige hensyn.

I *tredje ledd første punktum* er det regnet opp en del relevante momenter i vurderingen av om en overtredelse er vesentlig. Oppregningen er ikke uttømmende. I *annet punktum* gjøres det unntak fra vesentlighetskravet i første og annet ledd ved gjentakelse. Med gjentakelse menes at den næringsdrivende tidligere er ilagt overtredelsesgebyr eller straff for brudd på loven, eller forskrift i medhold av loven. Det kreves ikke at det er den samme bestemmelsen som brytes flere ganger, det er tilstrekkelig at den tidligere overtredelsen gjaldt en av de andre straffebelagte bestemmelsene.

I *fjerde ledd* er det gitt et straffebud som retter seg mot å overtre vedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet. Dette vil gjelde vedtak om forbud, påbud, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr etter §§ 40 til 43. I slike saker er «simpel» overtredelse nok. Dvs. at det ikke kreves at vedtakene brytes «vesentlig» eller gjentatt.

Femte ledd fritar underordnet personale for straff i visse tilfeller, og er en videreføring av gjeldende rett, jf. gjeldende § 17 fjerde ledd. Bestemmelsen er drøftet i innstillingen fra Konkurranselovkomiteen av juni 1966 side 86. Bestemmelsen har et visst slektskap til straffeloven av 1902 § 58, men er mer vidtgående enn denne.

Sjette ledd er en spesialregel om fritagelse for straff på visse vilkår ved overtredelse av § 28 om misbruk av bedriftshemmeligheter mv. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 17 femte ledd, som kom inn i loven ved vedtagelsen i 1972, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72).

Til § 49 Straffeprosessuelle regler

Bestemmelsen er en ren videreføring av gjeldende rett, som det er redegjort for i punkt 16.2.1 ovenfor.

Det legges til grunn at en overtredelse ikke kan ilegges både overtredelsesgebyr og straff for samme handling, jf. drøftelsen i punkt 15.9.7.5 og 16.2.3.

Kapittel 10 Ikrafttredelse, oppheving av tidligere lov og endringer i andre lover

Til § 50 Ikraftsetting, oppheving av tidligere lov og overgangsregler

Departementet foreslår at loven trer i kraft fra det tidspunkt Kongen bestemmer og at Kongen kan sette ulike bestemmelser i kraft til ulik tid, jf. *første ledd*.

Fristen for gjennomføring i nasjonal rett for direktivet om urimelig handelspraksis var 12. juni 2007. Bestemmelsene som gjennomfører direktivet bør derfor settes i kraft så raskt som mulig. Det må imidlertid tas høyde for at både myndigheter og næringsliv vil ha behov for tid til å tilpasse virksomheten til de nye reglene.

Det følger videre av bestemmelsen at den gamle markedsføringsloven oppheves når den nye trer i kraft. For å gi næringslivet rom for å tilpasse virksomheten til de nye reglene, er det aktuelt å la endringer i reglene om telefonsalg tre i kraft i på et senere tidspunkt. Disse endringene har ikke sammenheng med direktivet om urimelig handelspraksis.

Håndhevingsreglene i den nye loven forutsettes å komme til anvendelse på handlinger som foretas etter at den nye loven trer i kraft.

Departementet foreslår i *annet ledd* at forskrifter gitt i medhold av gjeldende markedsføringslov fortsetter å gjelde også etter at loven er trådt i kraft. Departementet tar sikte på at nye forskrifter trer i kraft sammen med loven, men det bør tas høyde for muligheten for at dette ikke lar seg gjøre slik at gjeldende forskrifter kan videreføres i en overgangsperiode.

Til § 51 Endringer i andre lover

Til endringer i angrerettloven

Til § 6

I *første ledd bokstav c* foreslås tillegget «eller etter» tatt inn for å sikre at definisjonen av telefonsalg i angrerettloven også omfatter tilfeller der avtalen inngås etter telefonsamtalen, jf. forslag til ny § 10 a.

Til § 7

Nytt *annet ledd* regulerer skriftlig opplysningsplikt for avtaleinngåelse om utvalgte forhold som angis i bokstav a-d.

Bokstav a gjelder opplysning om at forbrukeren ikke blir bundet før et tilbud er akseptert skriftlig av forbrukeren. Det er sentralt for forbrukeren å være klar over kravet og dets virkning før en eventuell avtaleinngåelse. Krav til skriftlighet gir større sikkerhet for at forbrukeren faktisk mottar informasjonen.

Bokstav b-d skal sikre forbrukeren et minimum av relevant informasjon skriftlig før kjøpsbeslutning treffes. Opplysningene kan gis kortfattet og sendes forbrukeren elektronisk ved hjelp av sms, e-post eller telefaks. Selgeren/tjenesteyteren må imidlertid ha for øye at forbrukeren skal kunne danne seg et inntrykk av produkt, pris og eventuell bindingstid mv., i tillegg til kravet om skriftlig aksept. Ved mer kompliserte produkter vil det ikke alltid være mulig å gi korte og samtidig informative opplysninger via sms. Selgeren må da oppfylle plikten på annen måte, for eksempel ved å sende en e-post.

Den foreslåtte opplysningsplikten i § 7 nytt annet ledd vil komme i tillegg til eksisterende opplysningsplikter i angrerettloven. Før avtaleinngåelse må selgeren gi opplysninger som foreskrevet i angrerettloven § 7 første ledd. Ved avtaleinngåelse skal forbrukeren motta opplysninger som foreskrevet i angrerettloven § 9.

Er avtaleutkast sendt forbrukeren før avtaleinngåelse, hvor det også klart opplyses om kravet til skriftlig aksept, er det ikke nødvendig i tillegg å sende opplysningene i § 7 nytt annet ledd.

I nytt *tredje ledd* gjøres det unntak fra opplysningsplikten etter annet ledd ved telefonsalg av avisabonnement og ved frivillige organisasjoners telefonsalg av varer og tjenester. Tilsvarende unntak foreslås i ny § 10 a fjerde ledd. Det vises til omtale i merknaden til denne bestemmelsen.

I nytt *fjerde ledd* foreslås en forskriftshjemmel som åpner for å stille krav om faktisk registrering i frivillighetsregisteret som vilkår for å kunne regnes som frivillig organisasjon etter tredje ledd. Tilsvarende forskriftshjemmel foreslås i ny § 10 a femte ledd. Det vises til omtale i merknaden til denne bestemmelsen.

Nåværende annet og tredje ledd blir nytt femte og sjettede ledd.

Til § 7a

Nytt *siste ledd* gjelder ved telefonsalg av finansielle tjenester og gir opplysningsplikten i § 7 nytt annet ledd bokstav a, om at forbrukeren ikke blir bundet før et tilbud er akseptert skriftlig av forbrukeren, tilsvarende anvendelse før inngåelse av fjernsalgsavtale. Se for øvrig merknaden til § 7 nytt annet ledd bokstav a.

Til ny § 10 a

Første ledd regulerer kravet til skriftlig aksept ved uanmodet oppringning fra selgeren eller tjenesteyteren til forbrukeren. «Uanmodet oppringning» skal forstås på samme måte som i angrerettloven § 6 bokstav c, se nærmere omtale i Ot.prp. nr. 36 (1999–2000) på side 94.

Kravet innebærer at forbrukeren ikke er avtalerettlig forpliktet før vedkommende har akseptert et tilbud skriftlig. Forbruker som i telefonsamtalen har takket ja som følge av press, eller som i ettertid angrer, trenger ikke å foreta seg noe. Så lenge forbrukeren lar være å sende inn skriftlig aksept er det ikke inngått noen avtale. Foreligger en skriftlig aksept vil spørsmålet om det er inngått en bindende avtale bero på alminnelige avtalerettslige vedtakelsesregler.

For at det skal foreligge skriftlig aksept må det som et minimum være benyttet skriftegn. Forbrukeren kan for eksempel ikke akseptere selgerens tilbud ved å taste et siffer i løpet av telefonsamtalen. Lydopptak av telefonsamtaler der forbrukeren gir muntlig aksept er heller ikke tilstrekkelig. Elektronisk aksept pr sms, e-post eller telefaks godtas som skriftlig aksept.

Pågående oppførsel av ulik art for å få forbrukere til å akseptere skriftlig vil for øvrig etter omstendighetene kunne rammes av reglene i markedsføringsloven.

Annet ledd regulerer selgerens/tjenesteyterens plikt til å opplyse om kravet til skriftlig aksept. Det er sentralt for forbrukeren å være klar over kravet og dets virkning for avtaleinngåelsen. Opplysningen skal også gis skriftlig, før avtaleinngåelse, jf. angrerettloven § 7 nytt annet ledd bokstav a.

Tredje ledd regulerer selgerens/tjenesteyterens plikt til å dokumentere mottatt skriftlig aksept. I praksis må selgeren/tjenesteyteren etablere et apparat for mottak og lagring av aksepter. Det vil være opp til selgeren/tjenesteyteren å finne metoder for hvordan dette skal gjøres.

I *fjerde ledd* gjøres det unntak fra kravet om skriftlig aksept ved telefonsalg av avisabonnement

og ved frivillige organisasjoners telefonsalg av varer og tjenester.

Med «avisabonnement» menes abonnement på aviser som utkommer regelmessig med minst ett nummer ukentlig, og har rett til momsfristak (jf. lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift § 16).

Med «frivillige organisasjoner» menes organisasjoner som vil ha registreringsrett i det planlagte frivillighetsregisteret, jf. lov 29. juni 2007 nr. 88 § 3 jf. § 4.

Unntaket vil ikke gjelde der andre aktører benytter frivillige organisasjoner til telefonsalg av sine varer eller tjenester. For eksempel der idrettslaget ringer og tilbyr abonnement på strøm på vegne av en næringsdrivende samarbeidspartner.

I femte ledd foreslås en forskriftshjemmel som åpner for å stille krav om faktisk registrering i frivillighetsregisteret som vilkår for å kunne regnes som frivillig organisasjon etter fjerde ledd.

Til endringer i personopplysningsloven

Til § 26

Bestemmelsen foreslås opphevet som følge av at reservasjonsreglene overføres til ny markedsføringslov.

Til endringene i kringkastingsloven, tobakksskadeloven og alkoholloven

Det gjøres enkelte rent tekniske endringer på grunn av ny markedsføringslov.

Til endringen i lov om merking av forbruksvarer

Bestemmelsen som foreslås opphevet er utdatert.

Barne- og likestillingsdepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag

til lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Kapittel 1 Alminnelige bestemmelser

§ 1 Hva loven gjelder

Loven gjelder kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende.

§ 2 God markedsføringsskikk mv.

Markedsføring må ikke stride mot god markedsføringsskikk. Ved vurderingen legges det vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler.

Annonsør og den som utformer reklame, skal sørge for at reklamen ikke er i strid med likeverdet mellom kjønnene, og at den ikke utnytter det ene kjønns kropp eller gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann.

Ved vurderingen av om første eller annet ledd er overtrådt, legges det vekt på om markedsføringen, på grunn av utforming, format, omfang eller andre virkemidler, fremstår som særlig påtregende.

§ 3 Presentasjon og dokumentasjon av markedsføring

Markedsføring skal utformes og presenteres slik at den tydelig fremstår som markedsføring.

Påstander i markedsføring om faktiske forhold, herunder om ytelsers egenskaper eller virkning, skal kunne dokumenteres. Dokumentasjonen skal foreligge på annonsørens hånd når markedsføringen skjer.

§ 4 Lovens stedlige virkeområde

Loven gjelder for handlinger og vilkår som er rettet mot forbrukere eller næringsdrivende her i riket, med de begrensninger som følger av annen lovgivning.

Med unntak av kapittel 6 gjelder loven også for handlinger og vilkår som har virkning i utlandet, når de er ulovlige også etter lovgivningen i landet der de har virkning.

Kongen kan ved forskrift bestemme om og i hvilken utstrekning loven skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen.

§ 5 Definisjoner

I denne lov menes med

- a) *forbruker*: en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet,
- b) *næringsdrivende*: en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne,
- c) *ytelse*: vare, tjeneste, fast eiendom, rettigheter og forpliktelser
- d) *handelspraksis*: enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere en ytelse til forbrukerne,
- e) *garanti*: enhver forpliktelse som den næringsdrivende har påtatt seg overfor forbrukeren i forbindelse med omsetning av varer, tjenester eller andre ytelser som gir forbrukeren rettigheter i tillegg til rettighetene forbrukeren ellers har.

Kapittel 2 Handelspraksis overfor forbrukere

§ 6 Urimelig handelspraksis

Urimelig handelspraksis er forbudt.

En handelspraksis er urimelig dersom den strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere og er egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet.

Dersom en handelspraksis er rettet til en bestemt forbrukergruppe, eller dersom bare en klart identifiserbar gruppe av forbrukere er særlig sårbare på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet og den næringsdrivende burde ha forstått dette, vurderes praksisens urimelighet ut fra den aktuelle forbrukergruppens perspektiv. Beskyttelsen av sårbare grupper berører ikke vanlig og rettmessig praksis der det fremsettes overdrevne påstander som ikke er ment å tas bokstavelig.

En handelspraksis er alltid urimelig dersom den er villedende etter § 7 eller § 8, eller aggressiv etter § 9.

Departementet fastsetter i forskrift de formene for handelspraksis som under enhver omstendighet skal anses som urimelige.

§ 7 *Villedende handlinger*

En handelspraksis er villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte er egnet til å villede forbrukerne med hensyn til ett eller flere av følgende elementer

- a) ytelsens eksistens eller art
- b) ytelsens hovedegenskaper, for eksempel dens tilgjengelighet, fordeler eller risiko, ytelsens utførelse, mengde, sammensetning, spesifikasjoner, tilbehør, opprinnelse, hvordan eller når ytelsen produseres eller ytes, levering, bruk eller egnethet for et formål, resultater som kan forventes ved bruk, tester eller kontroll som er utført på ytelsen, eller ettersalgsservice og klagebehandling,
- c) omfanget av den næringsdrivendes forpliktelser, motiver for handelspraksisen og salgsprosessens art, eventuell erklæring eller symbol i forbindelse med direkte eller indirekte sponning eller godkjenning av den næringsdrivende eller ytelsen
- d) prisen på ytelsen eller hvordan prisen beregnes, eller eksistensen av en prisfordel
- e) behovet for service, deler, utskifting eller reparasjoner
- f) den næringsdrivendes eller den næringsdrivendes agents art, egenskaper og rettigheter
- g) forbrukernes rettigheter, herunder rett til omlevering eller tilbakebetaling, eller risiko forbrukerne kan bli utsatt for,
- h) den næringsdrivendes forpliktelse til å følge bransjenormer.

Praksisen anses likevel bare som villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.

Det er også villedende dersom markedsføring av en ytelse, herunder sammenlignende reklame, forårsaker forveksling med en konkurrents ytelse eller varemerke, handelsnavn eller andre kjennetegn.

§ 8 *Villedende utelatelser*

En handelspraksis er villedende dersom den, i sin konkrete sammenheng og etter en helhetsvurdering, utelater eller skjuler vesentlige opplysninger som forbrukerne ut fra sammenhengen trenger for å kunne ta en informert økonomisk beslutning eller presenterer opplysningene på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig

måte. 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.

Praksisen anses likevel bare som villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.

Ved oppfordring til kjøp regnes følgende opplysninger som vesentlige hvis de ikke allerede fremgår av sammenhengen

- a) opplysninger om ytelsens hovedegenskaper, i relevant omfang for mediet og ytelsen
- b) opplysninger om den næringsdrivendes geografiske adresse og identitet og om relevant, geografisk adresse og identitet til den næringsdrivende som vedkommende opptrer på vegne av,
- c) opplysninger om vilkår for betaling, levering, utførelse og klagebehandling, dersom disse avviker fra kravene til god forretningsskikk overfor forbrukere,
- d) for ytelser og transaksjoner som omfattes av angrerett eller avbestillingsrett, opplysninger om at det foreligger en slik rett.

Det samme gjelder opplysninger om prisen inklusive avgifter, eller, hvis ytelsens art gjør at prisen ikke med rimelighet kan utregnes på forhånd, hvordan prisen beregnes. Der det er relevant, skal alle ytterligere omkostninger vedrørende frakt, levering eller porto oppgis. Hvis omkostningene ikke med rimelighet kan utregnes på forhånd, skal det opplyses om at det kan forekomme slike ytterligere omkostninger.

Med oppfordring til kjøp menes en kommersiell kommunikasjon som angir ytelsens egenskaper og pris på en egnet måte for den anvendte kommersielle kommunikasjonen og dermed setter forbrukerne i stand til å foreta et kjøp.

§ 9 *Aggressiv handelspraksis*

En handelspraksis er aggressiv dersom den, i sin konkrete sammenheng og etter en helhetsvurdering, ved trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning er egnet til vesentlig å begrense forbrukernes valgmuligheter eller atferd i forbindelse med en ytelse. Med utilbørlig påvirkning menes utnyttning av en maktposisjon i forhold til forbrukere for å utøve press, også når det ikke trues med eller brukes fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukernes evne til å treffe en informert beslutning.

Ved vurderingen av om en handelspraksis er aggressiv, skal det tas hensyn til

- a) tidspunkt, sted, art og varighet
- b) bruk av truende eller utilbørlig språk eller atferd
- c) den næringsdrivendes utnyttning av en konkret uheldig hendelse eller omstendighet som er så alvorlig at den kan nedsette forbrukerens dømmekraft, som den næringsdrivende er klar over, til å påvirke forbrukerens beslutning i forbindelse med produktet
- d) belastende eller uforholdsmessige hindringer som ikke følger av avtalen, som den næringsdrivende pålegger når forbrukerne ønsker å utøve rettigheter i henhold til avtalen, herunder rett til å heve en avtale eller bytte til en annen ytelse eller en annen næringsdrivende,
- e) enhver trussel om handlinger som er ulovlige.

Praksisen anses likevel bare som aggressiv dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.

§ 10 *Prismerking mv.*

Den som i næringsvirksomhet selger varer, tjenester eller andre ytelser til forbrukere, skal så langt det er praktisk mulig informere om prisene, slik at de lett kan ses av kundene.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere regler om gjennomføringen av plikten etter første ledd.

For å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet på varer og tjenester kan departementet ved forskrift påby næringsdrivende å iverksette tiltak utover det som følger av påbudet i første ledd. Slik forskrift om informasjonstiltak kan blant annet

- a) påby merking, oppslag eller annen underretning om pris, forretningsvilkår, kvalitet og andre egenskaper
- b) gi påbud om sortering og bestemmelser om mål og vekt og opplysning om pris pr. enhet (jambørpris) for varer som frambyes for salg.

Kapittel 3 Særlige former for markedsføring mv.

§ 11 *Krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale mv.*

I næringsvirksomhet er det forbudt

- a) å kreve betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale
- b) å levere varer, tjenester eller andre ytelser med krav om betaling uten etter avtale.

Ved leveranse i strid med første ledd bokstav b er mottakeren ikke forpliktet til å betale, så langt noe annet er bestemt ved lov.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere bestemmelser om krav til dokumentasjon og oppbevaring av dokumentasjon for inngåtte avtaler.

§ 12 *Rett til å reservere seg mot markedsføring ved telefon eller adressert post*

Fysiske personer kan reservere seg mot markedsføring ved telefon eller adressert post ved å registrere navn, adresser og telefonnumre i det sentrale reservasjonsregisteret for direkte markedsføring (Reservasjonsregisteret). Reservasjon kan også kreves direkte hos den næringsdrivende. Den som registrerer seg i Reservasjonsregisteret, kan angi at reservasjonen likevel ikke skal gjelde for markedsføring til inntekt for frivillige organisasjoner.

Næringsdrivende som markedsfører ved telefon eller adressert post, skal oppdatere sitt adresseregister mot Reservasjonsregisteret før første gangs henvendelse og før henvendelse den måned markedsføring utføres.

Kongen kan gi forskrift med nærmere regler for Reservasjonsregisteret.

§ 13 *Virkninger av reservasjon*

I næringsvirksomhet er det forbudt å rette markedsføring ved telefon eller adressert post til fysiske personer som har reservert seg mot dette i Reservasjonsregisteret eller hos den næringsdrivende.

Første ledd er ikke til hinder for at den som har reservert seg utrykkelig kan anmode næringsdrivende eller organisasjoner om å bli kontaktet til tross for reservasjonen.

Reservasjon i Reservasjonsregisteret gjelder ikke markedsføring ved telefon eller adressert post i eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende avtaleparten har mottatt kundens kontaktopplysninger i forbindelse med salg. Markedsføringen kan i så fall bare gjelde den næringsdrivendes egne varer, tjenester eller andre ytelser tilsvarende dem som kundeforholdet bygger på. Når navn, adresse og telefonnummer samles inn, og eventuelt ved hver enkelt senere markedsføringshenvendelse, skal kunden enkelt og gebyrfritt gis anledning til å reservere seg mot slike henvendelser.

Første til tredje ledd gjelder tilsvarende for frivillige organisasjoners innsamlingsaksjoner.

§ 14 Forbud mot telefonmarkedsføring på enkelte tidspunkter

I næringsvirksomhet er det forbudt å rette markedsføring ved telefon til forbrukere på lørdager, helgedager eller dager som i lov er likestilt med helgedager, og på virkedager før kl. 09.00 og etter kl. 21.00.

§ 15 Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder

I næringsvirksomhet er det forbudt, uten mottakerens forutgående samtykke, å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin).

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder likevel ikke for markedsføring der den fysiske personen kontaktes muntlig ved telefon.

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder heller ikke markedsføring ved elektronisk post i eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende avtaleparten har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg. Markedsføringen kan bare gjelde den næringsdrivendes egne varer, tjenester eller andre ytelser tilsvarende dem som kundeforholdet bygger på. Når den elektroniske adressen samles inn, og eventuelt ved hver enkelt senere markedsføringshenvendelse, skal kunden enkelt og gebyrfritt gis anledning til å reservere seg mot slike henvendelser.

Med elektronisk post menes i denne bestemmelse enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr inntil mottakeren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon.

Ehandelslovens bestemmelser, herunder § 9 om elektronisk markedsføring, gjelder i tillegg til bestemmelsen her.

§ 16 Opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post

Næringsdrivende som driver uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post, skal opplyse hvem som har gitt personopplysningene som ligger til grunn for henvendelsen.

Ved uanmodet markedsføring ved telefon til forbrukere skal den næringsdrivende straks presentere seg og opplyse om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt. Den næringsdrivende skal informere om reservasjonsretten etter § 12. Det skal legges til rette for at mottakeren enkelt og

gebyrfritt kan reservere seg hos den næringsdrivende.

§ 17 Levering av uadressert reklame og gratisaviser

I næringsvirksomhet er det forbudt å levere ut eller å gi en formidler i oppdrag å levere ut uadressert reklame eller gratisaviser til forbrukere som klart har tilkjennegitt at de motsetter seg dette. En formidler er likevel ikke ansvarlig for leveringen hvis formidleren har fått opplyst, og har grunn til å anta, at det som leveres ut, ikke er reklame eller gratisavis.

Innstikk i aviser og andre trykksaker, som er omfattet av redaktøransvaret, anses ikke som uadressert reklame eller gratisavis etter denne bestemmelsen.

§ 18 Bruk av utlodninger, konkurranser, samlemerker mv. ved markedsføring til forbrukere

Det er forbudt i næringsvirksomhet å søke å fremme omsetningen av ytelser ved å iverksette utlodninger, konkurranser eller lignende for forbrukerne dersom deltakelse forutsetter kjøp eller motytelse. Forbudet gjelder ikke fordeling av premier for oppgaveløsninger eller iverksetting av konkurranser i mediene.

Det er videre forbudt å søke å fremme omsetningen av ytelser til forbrukerne ved å tilby samlemerker dersom forbrukerne må kjøpe en ytelse for å motta merkene. Dette gjelder ikke dersom merkene gir rett til mer av samme ytelse fra samme næringsdrivende. Som samlemerke regnes merke, kupong eller tilsvarende som først når flere merker er samlet, gir rett til andre ytelser enn penger. Merker som i seg selv kan innløses i en ytelse, anses også som samlemerker dersom ytelsen blir mer attraktiv hvis forbrukerne har samlet flere merker. Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om samlemerker.

Næringsdrivende som i markedsføring tilbyr forbrukerne en tilleggsfordel eller en mulighet for å oppnå en slik fordel, eksempelvis i form av rabatter, gaver, deltakelse i konkurranser eller spill, skal sikre at vilkårene for å benytte seg av tilbudet er klare og lett tilgjengelige for forbrukerne.

Kapittel 4 Særlig om beskyttelse av barn

§ 19 Alminnelig bestemmelse

Når en handelspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn, skal det vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov, skal det tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

§ 20 Urimelig handelspraksis overfor barn

Ved vurderingen av om en handelspraksis er urimelig etter § 6 skal det legges vekt på om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn. Selv om handelspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, skal det legges vekt på om den, på grunn av art eller produkt, er egnet til å påvirke barn, og om den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

Det er forbudt å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem.

§ 21 Særlig om god markedsføringsskikk overfor barn

Når markedsføring overfor barn vurderes etter § 2, skal det blant annet legges vekt på om markedsføringen

- oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer,
- spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit,
- bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst, eller
- bruker aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler.

Kapittel 5 Kontroll med avtalevilkår mv.

§ 22 Urimelige avtalevilkår

Vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige overfor forbrukerne, og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn. Tilsvarende gjelder for vilkår overfor sammenslutninger som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet, forutsatt at avtalen skal tjene medlemmenes personlige formål.

Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold.

Første og annet ledd gjelder ikke for innholdet i prisvilkår og i lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre. Kongen kan gi nærmere regler om at første og annet ledd heller ikke skal gjelde for andre spesielle kontraktsforhold.

§ 23 Krav til garantivilkår i forbrukerforhold

Ytes det garanti, skal det på en tydelig og lettfattelig måte opplyses om følgende i garantivilkårene

- garantiens innhold, herunder eventuelle begrensninger og særlige betingelser,
- at forbrukerens rettigheter etter aktuell og nærmere angitt lovgivning kommer i tillegg til garantien, og at disse rettighetene ikke berøres av garantien,
- hva som er nødvendig for å benytte garantien, herunder garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse,
- lengstefristen for reklamasjon etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom den er lengre enn garantitiden,
- at det uansett kan reklameres på ytelsen i sin helhet etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom garantien er begrenset, for eksempel ved at garantien kun gjelder en del av ytelsen eller bare deler av utbedringskostnadene dekkes av garantien.

Der markedsføringen forut for avtaleinngåelsen er rettet til norske forbrukere, skal garantivilkårene være utformet på norsk.

Før avtaleinngåelsen skal garantigiveren opplyse forbrukeren om garantien og at forbrukeren har rett til å få garantivilkårene utlevert. Når forbrukeren ber om det, skal han eller hun motta garantivilkårene lesbart og lagret på papir eller et annet varig medium som forbrukeren råder over.

§ 24 Avgrensning mot konkurranseloven

Konkurranseloven § 10 gjelder ikke ved bruk av kontraktvilkår som er fremforhandlet i samarbeid med Forbrukerombudet.

Kapittel 6 Beskyttelse av næringsdrivendes interesser

§ 25 God forretningsskikk

I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.

§ 26 Villedende forretningsmetoder

I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende uriktig eller av annen grunn villedende fremstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser. Med fremstilling menes i dette kapittel enhver form for meddelelse eller utsagn i tale, skrift eller på annen måte, således også betegnelser, bilder, demonstra-

sjoner, emballasjens form, størrelse eller utstyr og lignende.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere bestemmelser om sammenlignende reklame.

§ 27 Utilstrekkelig veiledning mv.

I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende fremstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser, når fremstillingen ikke gir forsvarlig eller tilstrekkelig veiledning eller trekker inn uvedkommende forhold, og derfor må anses urimelig.

§ 28 Bedriftshemmeligheter

Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.

Det samme gjelder den som har oppnådd kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet gjennom noens brudd på taushetsplikt eller gjennom noens rettsstridige handling ellers.

§ 29 Tekniske hjelpemidler

Den som er blitt betrodd tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte dem i næringsvirksomhet.

Det samme gjelder den som har oppnådd rådighet over tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller og lignende tekniske hjelpemidler gjennom noens rettsstridige handling.

§ 30 Etterligning av annens produkt

I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende etterlignede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling.

§ 31 Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin

I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende geografiske vin- eller brennevinsbetegnelser for vin og brennevin som ikke har den geografiske opprinnelsen som betegnelsen utpeker. Dette gjelder selv om den faktiske opprinnelsen også er angitt, eller den geografiske betegnelsen er oversatt eller følges av uttrykk som «slag», «type», «imitasjon» e.l.

Kapittel 7 Håndheving

§ 32 Forvaltning, organisasjon mv.

Forbrukerombudet og Markedsrådet skal føre kontroll med at bestemmelsene i denne lov, med unntak av kapittel 6, overholdes.

Forbrukerombudet åremålbeskikkes av Kongen i statsråd.

Markedsrådet skal bestå av leder, nestleder og syv medlemmer, alle med personlige varamedlemmer, som oppnevnes av Kongen. Funksjonstiden for medlemmene er fire år. Markedsrådet er vedtaksført når lederen eller nestlederen og minst fire andre medlemmer eller varamedlemmer er til stede. Vedtak treffes ved alminnelig flertall. Ved stemmelikhet er lederens stemme avgjørende.

Kongen kan gi nærmere forskrifter om Forbrukerombudets 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 Kongen gi nærmere regler om den innbyrdes avgrensningen av de forskjellige myndigheters virkeområde og om samarbeidet mellom dem.

§ 33 Opplysningsplikt

Enhver plikter å gi Markedsrådet eller Forbrukerombudet de opplysninger disse myndigheter 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.

Markedsrådet og Forbrukerombudet 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.

§ 34 Forbrukerombudets tilsynsområde

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

Forbrukerombudet 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 Forbrukerombudets saksbehandling (forhandlingsmodellen)

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

Dersom Forbrukerombudet finner at en handling er i strid med bestemmelser som nevnt i § 34, skal det søkes å få den næringsdrivende til å inngå en frivillig ordning om at praksisen skal opphøre. Tilsvarende gjelder for vilkår som nevnt i kapittel 5. Forbrukerombudet kan kreve skriftlig bekrefteelse fra den næringsdrivende på at ulovlige forhold skal opphøre.

Dersom frivillig ordning ikke oppnås, eller dersom vilkårene i § 36 er oppfylt, kan Forbrukerombudet forelegge saken for Markedsrådet til avgjørelse. I tilfeller som nevnt i § 37 kan Forbrukerombudet selv fatte vedtak mot lovstridige handlinger eller urimelige avtalevilkår.

Forbrukerombudet kan forelegge for Markedsrådet saker av prinsipiell karakter knyttet til overtredelse av kapittel 1 til 5, eller til overtredelse av lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting (kringkastingsloven) § 3–1 annet ledd og forskrifter gitt i medhold av kringkastingsloven § 3–1 fjerde ledd. Dette gjelder selv om frivillig ordning er oppnådd.

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

Dersom Forbrukerombudet finner at en handling er i strid med forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første og annet ledd eller § 20 annet ledd, er det ikke nødvendig å søke å oppnå frivillig ordning etter § 35 annet ledd. Det samme gjelder dersom handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige er identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot, eller den næringsdrivende handler i strid med en skriftlig bekrefteelse etter § 35 annet ledd.

Det er heller ikke nødvendig å søke å oppnå frivillig ordning dersom dokumentasjon for en påstand om konkret virkning benyttet i markedsføring ikke er sendt til Forbrukerombudet innen 48 timer fra begjæring om dette er mottatt av den næringsdrivende. Det samme gjelder i særlige til-

feller hvor en påstand om konkret virkning åpenbart ikke kan dokumenteres.

§ 37 Forbrukerombudets vedtakskompetanse

Forbrukerombudet kan fatte vedtak etter § 39 dersom det ikke er oppnådd frivillig ordning og Forbrukerombudet antar at det vil medføre ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak.

Forbrukerombudet kan også treffe vedtak etter § 39 dersom ombudet anser handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot.

Forbrukerombudet skal underrette Markedsrådet om vedtaket. Den vedtaket retter seg mot, kan påklage vedtaket til Markedsrådet.

§ 38 Markedsrådet

Markedsrådet behandler saker som det forelegges 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 vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere. Markedsrådet kan kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for Markedsrådet.

Videre behandler Markedsrådet klager på Forbrukerombudets vedtak etter § 37 og saker som bringes inn for Markedsrådet etter § 35 fjerde ledd.

§ 39 Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak

Forbrukerombudet eller Markedsrådet kan, dersom de finner at inngrep tilsies av hensyn som nevnt i § 34 annet ledd, fatte enkeltvedtak om

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

Markedsrådets vedtak kan ikke påklages.

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.

§ 40 Forbudsvedtak

Handlinger som strider mot bestemmelser som nevnt i § 34 første ledd kan forbys. Det kan også forbys å nytte eller tilsikte å nytte vilkår som nevnt i § 22.

§ 41 Vedtak om påbud

Det kan gis påbud som finnes nødvendige for å sikre at et forbud gitt i eller i medhold av denne lov overholdes.

Det kan påbys å gi prisinformasjon etter § 10 første ledd og etter forskrifter gitt i medhold av § 10 annet og tredje ledd.

§ 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.

Endelig vedtak om betaling av tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg.

I særlige tilfeller kan påløpt mulkt reduseres eller frafalles.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om illeggelse av tvangsmulkt.

§ 43 Vedtak om overtredelsesgebyr

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første og annet ledd eller § 20 annet ledd, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, 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.

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

Kapittel 8 Grenseoverskridende håndheving mv.

§ 44 Virkeområde

Bestemmelsene i dette kapitlet får anvendelse på handlinger foretatt i næringsvirksomhet som strider mot bestemmelser som etter EØS-avtalen beskytter forbrukernes kollektive interesser slik de er gjennomført i norsk rett.

§§ 45 og 46 får anvendelse på handlinger som strider mot bestemmelser som gjennomfører EØS-lovgivningen som er tatt inn i vedlegg 1 til europaparlaments- og rådsdirektiv 98/27/EF om nedlegging av forbud med hensyn til vern av forbrukernes interesser. Bestemmelsene får kun anvendelse på handlinger foretatt i næringsvirksomhet i Norge som har virkning i en annen EØS-stat eller som er foretatt i næringsvirksomhet i en annen EØS-stat og har virkning i Norge.

§ 47 får anvendelse på handlinger som strider mot bestemmelser som gjennomfører EØS-lovgivningen som er tatt inn i vedlegg til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning. Bestemmelsen får bare anvendelse hvis lovbruddet rammer forbrukere som har bopel i en annen medlemsstat enn der lovbruddet har sin opprinnelse eller har funnet sted, der den næringsdrivende er etablert eller der bevismaterialet befinner seg.

Departementet fastsetter i forskrift hvilke bestemmelser som til enhver tid beskytter forbrukernes kollektive interesser etter annet og tredje ledd.

§ 45 Adgang til å bringe saker inn for Forbrukerombudet 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 Fellekskapers Tidende og i EØS-tillegget til dette, kan bringe sak inn for Forbrukerombudet og Markedsrådet med sikte på å få nedlagt forbud mot handling som nevnt i § 44 annet ledd.

§ 46 Godkjenning av myndigheter og organisasjoner

Departementet godkjenner norske myndigheter og organisasjoner som kan opptre som part i sak i andre EØS-stater med sikte på å få nedlagt forbud mot handling som nevnt i § 44 annet ledd. Departementet underretter EFTA-statenes faste komité om de utpekte myndigheters og organisasjoners navn og formål, med sikte på oppføring på listen nevnt i § 45.

Departementet kan ved forskrift fastsette nærmere regler om godkjenning etter første ledd.

§ 47 Innlemmelse av forordning om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning

EØS-avtalen vedlegg XIX nr. 7f (forordning (EF) nr. 2006/2004) om samarbeid mellom nasjo-

nale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning (forordningen om forbrukervernsamarbeid) gjelder som lov med de tilpasninger som følger av vedlegget selv, protokoll 1 til avtalen og avtalen for øvrig.

Departementet oppnevner vedkommende myndigheter som håndhever forordningens bestemmelser og sentralt kontaktorgan.

Kapittel 9 Straff

§ 48 Straff

Den som forsettlig og vesentlig overtrer § 6 fjerde ledd jf. første ledd, forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 11, § 13, § 15, § 20 annet ledd, § 26, § 27, § 28, § 29, § 30 eller § 31, straffes med bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse. Medvirkning straffes på samme måte.

Uaktsom vesentlig overtredelse av § 7 eller § 8 jf. § 6 fjerde ledd jf. første ledd, § 11 første ledd, § 26 eller § 27 straffes med bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse. Medvirkning straffes på samme måte.

Ved vurderingen av om en overtredelse er vesentlig, skal det særlig legges vekt på overtredelsens omfang, virkninger og graden av skyld. Dersom personen eller foretaket tidligere er ilagt straff eller overtredelsesgebyr for overtredelse av denne lov eller forskrift i medhold av loven, kan straff etter første og annet ledd anvendes selv om overtredelsen ikke er vesentlig.

Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak som er gjort i medhold av denne lov, straffes med bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse. Medvirkning straffes på samme måte.

Straff kommer ikke til anvendelse for overtredelse foretatt av en ekspeditør, betjent eller annen liknende underordnet når overtredelsen vesentlig har vært foranlediget av vedkommendes avhengige stilling til den næringsdrivende.

Straff kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av § 28 når kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheten er oppnådd i et tjenesteller tillitsvervsforhold eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold og mer enn 2 år er gått siden forholdet opphørte.

§ 49 Straffeprosessuelle regler

Overtredelse av § 28, § 29 eller § 30 påtales ikke av det offentlige uten fornærmedes begjæring. Det samme gjelder overtredelse av § 26 eller § 27 når handlingen består i skadelig omtale av en annen næringsdrivende eller av forhold som særskilt angår vedkommende.

Påtalemyndigheten kan i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen opphører og for å hindre at den gjentas.

Kapittel 10 Ikraftsetting, oppheving av tidligere lov, overgangsregler og endringer i andre lover

§ 50 Ikraftsetting, oppheving av tidligere lov og overgangsregler

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tidspunkt oppheves lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven). Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelser til forskjellig tid.

Forskrifter gitt i medhold av lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) gjelder også etter at loven her har trådt i kraft.

§ 51 Endringer i andre lover

Fra den tid loven trer i kraft gjøres følgende endringer i andre lover:

1. I lov 21. desember 2000 nr. 105 om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven) gjøres følgende endringer:

§ 6 første ledd bokstav c skal lyde:

c) telefonsalg: fjernsalg der forbrukeren inngår avtale eller inngir kjøpetilbud (ordre) ved eller etter telefonsamtale etter uanmodet oppringning fra selgeren eller tjenesteyteren.

§ 7 nytt annet, tredje og fjerde ledd skal lyde:

Ved uanmodet oppringning skal forbrukeren før denne blir bundet av en avtale også motta skriftlige opplysninger om

- a) at forbrukeren ikke blir bundet før et tilbud er akseptert skriftlig jf. § 10 a
- b) varens eller tjenestens art
- c) de totale kostnadene forbrukeren skal betale, inklusive alle avgifter og leveringskostnader
- d) eventuell bindingstid, abonnement eller minstkjøp.

Annet ledd gjelder ikke ved oppringning om

- a) *salg av varer eller tjenester fra frivillige organisasjoner*
- b) *salg av avisabonnement.*

Departementet kan i forskrift stille krav om registrering i frivillighetsregisteret jf. lov 19. juni 2007 nr. 88 for å bli regnet som frivillig organisasjon etter tredje ledd.

§ 7 nåværende annet og tredje ledd blir nytt femte og sjettede ledd.

§ 7 a nytt siste ledd skal lyde:

Ved uanmodet oppringning skal tjenesteyteren før forbrukeren blir bundet av en fjernsalgsavtale gi forbrukeren skriftlig opplysning som nevnt i § 7 annet ledd bokstav a.

Ny § 10 a skal lyde:

§ 10 a Krav om skriftlig aksept ved telefonsalg

Ved uanmodet oppringning fra selgeren eller tjenesteyteren må tilbud rettet til forbrukeren aksepteres skriftlig av forbrukeren for at bindende avtale skal være inngått.

Tilbudet skal inneholde opplysning om at forbrukeren ikke blir bundet før forbrukeren aksepterer skriftlig.

Selgeren eller tjenesteyteren skal på forespørsel dokumentere mottatt aksept etter første ledd.

Første og annet ledd gjelder ikke ved oppringning om

- a) *salg av varer eller tjenester fra frivillige organisasjoner*
- b) *salg av avisabonnement.*

Departementet kan i forskrift stille krav om registrering i frivillighetsregisteret jf. lov 19. juni 2007 nr. 88 for å bli regnet som frivillig organisasjon etter fjerde ledd.

2. I lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting (kringkastingsloven) skal § 2–12 første til tredje ledd lyde:

Medietilsynet kan kreve skriftlig bekreftelse fra kringkaster under norsk jurisdiksjon på at overtredelse av bestemmelser som nevnt i § 44 tredje ledd i *markedsføringsloven* skal opphøre. Medietilsynet kan videre forby kringkasteren å sende innslag hvis det foreligger slik overtredelse i disse innslagene.

Ved overtredelser som nevnt i første ledd kan Medietilsynet gjennomføre gransking og besiktigelse på stedet hvor kringkasteren utøver sin virksomhet hvis det er nødvendig for at Medietilsynet skal kunne utføre sine gjøremål etter markedsføringsloven § 47.

Medietilsynets kompetanse etter denne bestemmelsen gjelder kun i forhold til de bestemmelsene Medietilsynet etter markedsføringsloven § 47 annet ledd er oppnevnt som vedkommende myndighet til å håndheve.

3. I lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) oppheves § 26.

4. I lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (tobakksskadeloven) skal § 8 syvende ledd lyde:

Vedtak etter denne paragrafen kan påklages til Markedsrådet. Ved behandlingen i Markedsrådet gjelder de saksbehandlingsregler som er gitt i eller i medhold av *markedsføringsloven* så langt de passer.

5. I lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven) skal § 9–5 annet ledd lyde:

Ved behandlingen i Markedsrådet gjelder de saksbehandlingsregler som er gitt i eller i medhold av *markedsføringsloven* så langt de passer.

6. I lov 18. desember 1981 nr. 90 om merking av forbruksvarer mv. oppheves § 8 annet ledd.

Vedlegg 1**Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 («direktivet om urimelig handelspraksis»)**

EUROPAPARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPEISKE UNION HAR —

under henvisning til traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, særlig artikkel 95, under henvisning til forslag fra Kommisjonen, under henvisning til uttalelse fra Den europeiske økonomiske og sosiale komité¹,

etter framgangsmåten fastsatt i traktatens artikkel 251² og

ut fra følgende betraktninger:

1. I henhold til traktatens artikkel 153 nr. 1 og 3 bokstav a) skal Fellesskapet bidra til at det oppnås et høyt nivå av forbrukervern, gjennom tiltak som det vedtar i henhold til traktatens artikkel 95.
2. I henhold til traktatens artikkel 14 nr. 2 utgjør det indre marked et område uten indre grenser, der fritt varebytte og fri bevegelighet for tjenester samt etableringsadgang er sikret. Utvikling av god handelspraksis innen området uten indre grenser er avgjørende for å fremme utvikling av virksomhet på tvers av grensene.
3. Medlemsstatenes lover om urimelig handelspraksis inneholder betydelige forskjeller som kan gi opphav til merkbar konkurransevridding og hindre at det indre marked virker tilfredsstillende. Når det gjelder reklame, fastsetter rådsdirektiv 84/450/EØF av 10. september 1984 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om villedende og sammenlig-

nende reklame³ minstekriterier for harmonisering av lovgivning om villedende reklame, men hindrer ikke medlemsstatene i å opprettholde eller vedta tiltak som gir mer omfattende vern av forbrukerne. Som følge av dette varierer medlemsstatenes lovgivning om villedende reklame betydelig.

4. Disse forskjellene forårsaker usikkerhet med hensyn til hvilke nasjonale regler som gjelder for urimelig handelspraksis, skader forbrukernes økonomiske interesser og skaper mange hindringer som påvirker foretak og forbrukere. Disse hindringene øker kostnadene for foretak som vil benytte seg av det indre markeds friheter, særlig ved markedsføring, annonsering og salgsfremmende tiltak på tvers av grensene. Slike hindringer gjør også forbrukerne usikre på sine rettigheter og undergraver deres tillit til det indre marked.
5. I mangel av ensartede regler på fellesskapsplan kan hindringer for fri bevegelighet for tjenester og varer på tvers av grenser eller etableringsadgang rettferdiggjøres ut fra De europeiske fellesskaps domstols rettspraksis, forutsatt at de har til formål å beskytte anerkjente mål av allmenn interesse og står i forhold til disse målene. Ut fra Fellesskapets mål slik de er fastsatt i traktatens bestemmelser og i Fellesskapets avledede regelverk med hensyn til fri bevegelighet, og i samsvar med Kommisjonens politikk for kommersiell kommunikasjon slik det er fastslått i kommisjonsmeldingen med tit-

¹ EUT C 108 av 30.4.2004, s. 81.

² Europaparlamentsuttalelse av 20. april 2004 (EUT C 104 E av 30.4.2004, s. 260), Rådets felles holdning av 15. november 2004 (EUT C 38 E av 15.2.2005, s. 1), Europaparlamentets holdning av 24. februar 2005 (ennå ikke offentliggjort i EUT) og rådsbeslutning av 12. april 2005.

³ EFT L 250 av 19.9.1984, s. 17. Direktivet endret ved europaparlaments- og rådsdirektiv 97/55/EF (EFT L 290 av 23.10.1997, s. 18).

telen «Oppfølging av grønnboken om kommersiell kommunikasjon i det indre marked», bør slike hindringer fjernes. Disse hindringene kan fjernes bare ved at det innføres ensartede regler på fellesskapsplan som sikrer et høyt nivå av forbrukervern, og ved at visse juridiske begreper klargjøres på fellesskapsplan i det omfang som er nødvendig for at det indre marked skal virke tilfredsstillende og krav til rettsikkerhet oppfylles.

6. Dette direktiv har derfor som mål en tilnærming av medlemsstatenes lover om urimelig handelspraksis, herunder urimelig reklame, som direkte skader forbrukernes økonomiske interesser og dermed indirekte skader de økonomiske interessene til legitime konkurrenter. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet beskytter dette direktiv forbrukerne mot følgerne av slike former for urimelig handelspraksis når disse er vesentlige, men erkjenner at virkningen for forbrukerne i enkelte tilfeller er ubetydelig. Det verken omfatter eller berører nasjonal lovgivning om urimelig handelspraksis som skader bare konkurrentenes økonomiske interesser, eller som vedrører transaksjoner mellom næringsdrivende; i samsvar med Fellesskapets regelverk og idet det tas fullt hensyn til nærhetsprinsippet, kan medlemsstatene fortsatt fastsette regler for slik praksis dersom de ønsker det. Heller ikke omfatter eller berører dette direktiv bestemmelser i direktiv 84/450/EØF om reklame som villeder foretak, men ikke forbrukere, og om sammenlignende reklame. Videre berører dette direktiv ikke gjeldende reklame- og markedsføringspraksis som legitim produktplassering, merkedifferensiering eller stimulerende tilbud som rettmessig kan påvirke forbrukernes inntrykk av produkter og påvirke deres atferd uten å redusere deres evne til å treffe en informert beslutning.
7. Dette direktiv berører handelspraksis som er direkte knyttet til påvirkning av forbrukernes transaksjonsbeslutninger med hensyn til produkter. Det berører ikke handelspraksis som hovedsakelig gjelder andre formål, herunder kommersiell kommunikasjon rettet mot investorer, for eksempel årsberetninger og foretaks salgsfremmende dokumentasjon. Det berører ikke juridiske krav knyttet til smak og anstendighet, som varierer betydelig blant medlemsstatene. Handelspraksis som for eksempel kundeoppsøking på gaten kan i enkelte medlemsstater være uønsket av kulturelle årsaker. Medlemsstatene bør derfor, i samsvar med Fellesskapets regelverk, fortsatt kunne forby for-

mer for handelspraksis på sine territorier med begrunnelse i smak og anstendighet også når slik praksis ikke begrenser forbrukernes valgfrihet. Ved anvendelsen av dette direktiv, og særlig de alminnelige bestemmelsene, må det tas fullt hensyn til omstendighetene i hvert enkelt tilfelle.

8. Dette direktiv beskytter forbrukernes økonomiske interesser direkte mot urimelig handelspraksis. Dermed beskytter det også indirekte legitime foretak mot konkurrenter som ikke følger bestemmelsene i dette direktiv, og sikrer dermed rettferdig konkurranse på de områder som omfattes av det. Det finnes naturligvis andre former for handelspraksis som selv om de ikke skader forbrukerne, kan skade konkurrenter og næringskunder. Kommisjonen bør omhyggelig undersøke behovet for fellesskapsiltak på området illojal konkurranse utover dette direktivs virkeområde og om nødvendig fremme forslag til regelverk som omfatter disse andre aspektene ved illojal konkurranse.
9. Dette direktiv berører ikke enkeltsaker som fremmes av dem som har lidd skade på grunn av urimelig handelspraksis. Det berører heller ikke fellesskapsregler og nasjonale regler for avtalerett, immaterialrettigheter, helse- og sikkerhetsaspekter ved produkter, etableringsvilkår eller godkjenningsordninger, herunder regler som, i samsvar med Fellesskapets regelverk, gjelder pengespill, eller Fellesskapets konkurranseregler og nasjonale bestemmelser som gjennomfører dem. Medlemsstatene kan dermed opprettholde eller innføre begrensninger i og forbud mot former for handelspraksis med begrunnelse i forbrukernes helse og sikkerhet på deres territorium uansett hvor den næringsdrivende er etablert, for eksempel i forbindelse med alkohol, tobakk eller legemidler. Finansielle tjenester og fast eiendom nødvendigvis, som følge av sin kompleksitet og iboende alvorlige risiko, detaljerte krav, herunder positive forpliktelser for næringsdrivende. Derfor berører dette direktiv på området finansielle tjenester og fast eiendom ikke medlemsstatenes rett til å gå lenger enn direktivets bestemmelser når det gjelder å beskytte forbrukernes økonomiske interesser. Det er ikke hensiktsmessig å fastsette regler for sertifisering og angivelse av finhetsgrad for edelmetaller.
10. Det må sikres sammenheng mellom dette direktiv og eksisterende fellesskapsregler, særlig i tilfeller der det gjelder detaljerte bestemmelser for urimelig handelspraksis i spesielle sektorer. Dette direktiv endrer derfor direktiv

84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF av 20. mai 1997 om forbrukervern ved fjernsalgsavtaler⁴, europaparlaments- og rådsdirektiv 98/27/EF av 19. mai 1998 om nedlegging av forbod med omsyn til vern av forbrukerinteresser⁵ og europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/65/EF av 23. september 2002 om fjernsal av finansielle tenester til forbruker⁶. Dette direktiv får dermed anvendelse bare i den grad det ikke foreligger spesifikke fellesskapsbestemmelser som regulerer spesifikke aspekter ved urimelig handelspraksis, for eksempel opplysningskrav og regler om hvordan opplysningene skal framlegges for forbrukeren. Det beskytter forbrukerne i tilfeller der det ikke foreligger spesifikk sektorlovgivning på fellesskapsplan, og forbyr næringsdrivende å skape et misvisende inntrykk av produkters art. Dette er særlig viktig for komplekse produkter med høy risiko for forbrukerne, for eksempel enkelte produkter knyttet til finansielle tjenester. Dette direktiv utfyller dermed gjeldende fellesskapsrett som får anvendelse på den handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.

11. Det høye konvergensnivået som oppnås ved tilnærmingen av de nasjonale bestemmelser gjennom dette direktiv, skaper et høyt felles nivå for forbrukervern. Dette direktiv fastsetter ett generelt forbud mot de formene for urimelig handelspraksis som endrer forbrukernes økonomiske atferd. Det fastsetter også regler for aggressiv handelspraksis, som for tiden ikke omfattes av regler på fellesskapsplan.
12. Harmoniseringen vil øke rettssikkerheten betydelig for både forbrukere og næringsdrivende. Både forbrukere og næringsdrivende vil kunne forholde seg til ett enkelt regelverk som bygger på klart definerte juridiske begreper som regulerer alle aspekter ved urimelig handelspraksis i hele EU. Virkningen vil være å fjerne hindringer som skyldes forskjelligartede regler for urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser, og å gjøre det mulig å oppnå et indre marked på dette området.
13. For å nå Fellesskapets mål gjennom fjerning av hindringer for det indre marked er det nødvendig å erstatte medlemsstatenes eksisterende og forskjelligartede alminnelige bestemmelser

og juridiske prinsipper. Det ene felles generelle forbud som innføres ved dette direktiv, omfatter derfor former for urimelig handelspraksis som endrer forbrukernes økonomiske atferd. For å fremme forbrukernes tillit bør det generelle forbudet gjelde i samme grad for urimelig handelspraksis som forekommer utenfor avtalesforhold mellom en næringsdrivende og en forbruker, som etter inngåelse av en avtale og i forbindelse med oppfyllelse av avtalen. Det generelle forbudet utfylles med regler for de to typene handelspraksis som er klart vanligst, nemlig villedende handelspraksis og aggressiv handelspraksis.

14. Det er ønskelig at villedende handelspraksis omfatter former for praksis, herunder villedende reklame, som ved å vildele forbrukerne hindrer dem i å gjøre informerte, og dermed effektive, valg. I samsvar med medlemsstatenes lovgivning og praksis vedrørende villedende reklame skjelner dette direktiv mellom villedende praksis i form av villedende handlinger og i form av villedende utelatelser. Når det gjelder utelatelser, definerer dette direktiv et begrenset antall viktige opplysninger som forbrukeren trenger for å treffe en informert transaksjonsbeslutning. Det er ikke nødvendig å gi slike opplysninger i all reklame, men bare i de tilfeller der den næringsdrivende oppfordrer til kjøp, et begrep som er klart definert i dette direktiv. Framgangsmåten med full harmonisering som dette direktiv legger opp til, er ikke til hinder for at medlemsstater i sin nasjonale lovgivning kan angi hovedegenskapene til produkter som for eksempel samleobjekter, eller elektriske artikler der utelatelse vil være vesentlig ved oppfordring til kjøp. Dette direktiv har ikke til hensikt å redusere forbrukernes valgfrihet ved å forby salgsfremmende tiltak for produkter som ligner på andre produkter, med mindre denne likheten forvirrer forbrukerne med hensyn til produktets kommersielle opprinnelse og dermed er villedende. Dette direktiv berører ikke gjeldende fellesskapsregler som uttrykkelig lar medlemsstatene velge mellom flere reguleringsmessige alternativer for forbrukervern på området handelspraksis. Særlig berører dette direktiv ikke artikkel 13 nr. 3 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon⁷.

⁴ EFT L 144 av 4.6.1997, s. 19. Direktivet endret ved direktiv 2002/65/EF (EFT L 271 av 9.10.2002, s. 16).

⁵ EFT L 166 av 11.6.1998, s. 51. Direktivet sist endret ved direktiv 2002/65/EF.

⁶ EFT L 271 av 9.10.2002, s. 16.

⁷ EFT L 201 av 31.7.2002, s. 37.

15. Der fellesskapets regelverk har fastsatt opplysningskrav i forbindelse med kommersiell kommunikasjon, reklame og markedsføring, anses opplysningene som vesentlige i henhold til dette direktiv. Medlemsstatene vil kunne opprettholde eller innføre opplysningskrav som vedrører avtalerett og har avtalerettslige følger dersom dette er tillatt i henhold til minsteklausulene i gjeldende fellesskapsrett. En ikke-uttømmende liste over slike opplysningskrav i fellesskapsretten er gjengitt i vedlegg II. På bakgrunn av den fullstendige harmoniseringen som innføres ved dette direktiv, anses bare opplysningene som kreves i henhold til fellesskapets regelverk, som vesentlige i henhold til artikkel 7 nr. 5 i dette direktiv. Dersom medlemsstatene på grunnlag av en minsteklausul har innført opplysningskrav som går utover det som er angitt i gjeldende fellesskapsrett, vil utelatelse av slike tilleggsopplysninger ikke utgjøre en villedende utelatelse i henhold til dette direktiv. Derimot vil medlemsstatene, når minsteklausulene i fellesskapsretten tillater det, kunne opprettholde eller innføre strengere bestemmelser i samsvar med fellesskapsretten for å sikre et høyere beskyttelsesnivå for forbrukernes individuelle avtalerettigheter.
16. Bestemmelsene om aggressiv handelspraksis bør omfatte praksis som vesentlig reduserer forbrukernes valgfrihet. Dette er praksis der det anvendes trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, og utilbørlig påvirkning.
17. For å oppnå større rettssikkerhet er det ønskelig å angi hvilke former for handelspraksis som under alle omstendigheter er urimelige. Vedlegg I inneholder derfor en fullstendig liste over slike former for praksis. Disse er de eneste formene for handelspraksis som kan anses som urimelige uten vurdering i hvert enkelt tilfelle mot bestemmelsene i artikkel 5–9. Listen kan endres bare ved revisjon av dette direktiv.
18. Alle forbrukere bør beskyttes mot urimelig handelspraksis; Domstolen har imidlertid etter gjennomføringen av direktiv 84/450/EØF i forbindelse med rettsavgjørelser funnet det nødvendig å undersøke virkningen på en tenkt, typisk forbruker. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet og for å muliggjøre effektiv anvendelse av det vern det legges opp til, tar dette direktiv utgangspunkt i gjennomsnittsforbrukeren, som er rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av Domstolen; det inneholder imidlertid også bestemmelser med sikte på å forebygge utnyttning av forbrukere som på grunn av sine egenskaper er særlig sårbare overfor urimelig handelspraksis. Dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, for eksempel barn, er det ønskelig at virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsmedlem av denne gruppen. Det bør derfor på listen over former for praksis som under alle omstendigheter er urimelige, tas med en bestemmelse som, uten at det pålegges et regelrett forbud mot reklame rettet mot barn, beskytter dem mot direkte kjøpepress. Begrepet gjennomsnittsforbruker er ikke et statistisk begrep. Nasjonale domstoler og myndigheter må bruke sitt eget skjønn, idet det tas hensyn til Domstolens rettspraksis, for å bestemme gjennomsnittsforbrukerens typiske reaksjon i et gitt tilfelle.
19. Dersom visse egenskaper som alder, fysisk eller psykisk svakhet eller godtroenhet gjør en forbruker særlig påvirkelig for en handelspraksis eller det produktet praksisen gjelder, og bare slike forbrukeres økonomiske atferd vil kunne endres av praksisen på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forutse, bør det sikres at de vernes tilstrekkelig, ved at praksisen vurderes ut fra perspektivet til gruppens gjennomsnittsmedlem.
20. Det bør fastsettes en rolle for atferdsregler, som gjør næringsdrivende i stand til å anvende dette direktivs prinsipper effektivt på bestemte økonomiske områder. I sektorer der næringsdrivendes atferd er underlagt bestemte obligatoriske krav, bør disse også gi en indikasjon på hva som ligger i kravene om yrkesmessig akt-somhet i sektoren. Den kontrollen som de ansvarlige for atferdsreglene utøver på nasjonalt plan eller fellesskapsplan for å eliminere urimelig handelspraksis, kan avskaffe behovet for å ty til administrative eller rettslige tiltak, og bør derfor oppmuntres. Med sikte på å oppnå et høyt nivå av forbrukervern kan forbrukerorganisasjoner underrettes og tas med i utarbeidningen av atferdsregler.
21. Personer eller organisasjoner som i henhold til nasjonal lovgivning anses å ha rettmessig interesse i saken, må ha klageadgang og kunne bringe saker mot urimelig handelspraksis inn for en rett eller en forvaltningsmyndighet med myndighet til å avgjøre klager eller innlede relevant rettergang. Selv om bevisbyrden avgjøres etter nasjonal lovgivning, bør domstoler og forvaltningsmyndigheter kunne kreve at

næringsdrivende framlegger bevis for at deres faktapåstander er korrekte.

22. Medlemsstatene må fastsette sanksjoner for overtredelse av bestemmelsene i dette direktiv, og de må sikre at disse håndheves. Sanksjonene må være effektive, forholdsmessige og avskrekkende.
23. Ettersom målene for dette direktiv, å fjerne hindringer for det indre markeds virkemåte i nasjonal lovgivning om urimelig handelspraksis og sikre et høyt felles nivå av forbrukervern ved tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis, ikke kan nås i tilstrekkelig grad av medlemsstatene og derfor bedre kan nås på fellesskapsplan, kan Fellesskapet treffe tiltak i samsvar med nærhetsprinsippet som fastsatt i traktatens artikkel 5. I samsvar med forholdsmessighetsprinsippet i nevnte artikkel går dette direktiv ikke lenger enn det som er nødvendig for å fjerne hindringene for det indre marked og nå et høyt felles nivå av forbrukervern.
24. Dette direktiv bør gjennomgås på nytt for å sikre at hindringer for det indre marked er tatt hånd om og et høyt nivå av forbrukervern oppnådd. Revisjonen kan føre til at Kommisjonen foreslår endringer i dette direktiv, med en begrenset utvidelse av unntaket i artikkel 3 nr. 5, og/eller endringer i annen forbrukervernlovgivning som gjenspeiler Kommisjonens forbrukerpolitikk, for å revidere gjeldende fellesskapsrett og oppnå et høyt felles nivå av forbrukervern.
25. Dette direktiv overholder de grunnleggende rettigheter og prinsipper som blant annet er anerkjent i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter —

VEDTATT DETTE DIREKTIV:

Kapittel 1

Alminnelige Bestemmelser

Artikkel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.

Artikkel 2

Definisjoner

I dette direktiv menes med

- a) «forbruker», enhver fysisk person som i forbindelse med handelspraksis som omfattes av dette direktiv, handler for formål som ikke er knyttet til vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet,
- b) «næringsdrivende», enhver fysisk eller juridisk person som i handelspraksis som omfattes av dette direktiv, handler for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne,
- c) «produkt», alle varer eller tjenester, herunder fast eiendom, rettigheter og forpliktelser,
- d) «foretaks handelspraksis overfor forbrukere» (heretter også kalt «handelspraksis»), enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne,
- e) «vesentlig endring av forbrukernes økonomiske atferd», bruk av en handelspraksis som merkbart reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning, og dermed får forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet,
- f) «atferdsregler», en avtale eller et sett med regler som ikke er pålagt av en medlemsstats lover og forskrifter, men som definerer atferden til næringsdrivende som forplikter seg til å være bundet av reglene i forbindelse med én eller flere former for handelspraksis eller næringssektorer,
- g) «ansvarlig for atferdsregler», enhver enhet, herunder en næringsdrivende eller en gruppe av næringsdrivende, som er ansvarlig for utforming og ajourføring av atferdsregler og/eller for å føre tilsyn med at reglene overholdes av dem som har forpliktet seg til å være bundet av dem,
- h) «yrkesmessig aktsomhet», den standard for kunnskap og hensyn som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å vise overfor forbrukerne, og som er i samsvar med hederlig markedspraksis og/eller det alminnelige prinsippet om god tro innenfor den næringsdrivendes virksomhetsområde,
- i) «oppfordring til kjøp», en kommersiell kommunikasjon som angir produktets egenskaper og pris på en egnet måte for den anvendte kom-

- mersielle kommunikasjonen og dermed setter forbrukeren i stand til å foreta et kjøp,
- j) «utilbørlig påvirkning», utnyttning av en maktposisjon i forhold til forbrukeren for å utøve press, også når det ikke trues med eller brukes fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning,
- k) «transaksjonsbeslutning», enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det,
- l) «lovregulert yrke», en yrkesvirksomhet eller gruppe av slike der adgang eller utøvelse, eller en form for utøvelse, i henhold til lover eller forskrifter er direkte eller indirekte betinget av at vedkommende innehar bestemte faglige kvalifikasjoner.

Artikkel 3

Virkeområde

1. Dette direktiv får anvendelse på foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt.
2. Dette direktiv berører ikke avtaleretten, særlig reglene for kontraktens gyldighet, utforming eller virkning.
3. Dette direktiv berører ikke fellesskapsregler eller nasjonale regler for helse- og sikkerhetsaspekter ved produkter.
4. Ved manglende samsvar mellom bestemmelsene i dette direktiv og andre fellesskapsregler som regulerer bestemte aspekter ved urimelig handelspraksis, har sistnevnte forrang og får anvendelse på disse bestemte aspektene.
5. I et tidsrom på seks år fra 12. juni 2007 skal medlemsstatene på det området der dette direktiv innebærer en tilnærming, fortsatt kunne anvende nasjonale bestemmelser som er strengere eller mer detaljerte enn dette direktiv, og som gjennomfører direktiver som inneholder minsteklausuler. Disse tiltakene må være avgjørende for å sikre at forbrukerne vernes tilstrekkelig mot urimelig handelspraksis, og skal stå i forhold til målet som skal nås. Revisjonen nevnt i artikkel 18 kan, dersom det anses som hensiktsmessig, omfatte et forslag om forlengelse av dette unntaket i en begrenset periode.

6. Medlemsstatene skal omgående underrette Kommisjonen om eventuelle nasjonale bestemmelser som anvendes på grunnlag av nr. 5.
7. Dette direktiv berører ikke regler for fastsettelse av domstolars jurisdiksjon.
8. Dette direktiv berører ikke de vilkår for etablering eller godkjenning, etiske atferdsregler eller andre særlige regler for lovregulerte yrker, som medlemsstatene i samsvar med fellesskapsretten kan pålegge yrkesutøvere, og som har til formål å opprettholde høye standarder for yrkesutøvernes integritet.
9. I forbindelse med «finansielle tjenester», som definert i direktiv 2002/65/EF, og fast eiendom kan medlemsstatene pålegge krav som er strengere eller mer detaljerte enn dette direktiv på det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene.
10. Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes lover og forskrifter om sertifisering og angivelse av finhetsgrad for edelmetaller.

Artikkel 4

Det indre marked

Medlemsstatene skal verken begrense friheten til å yte tjenester eller det frie varebytte av årsaker som omfattes av det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene.

Kapittel 2

Urimelig Handelspraksis

Artikkel 5

Forbud mot urimelig handelspraksis

1. Urimelig handelspraksis er forbudt.
2. En handelspraksis anses som urimelig dersom
 - a) den strider mot kravene til yrkesmessig akt-somhet,
 - og
 - b) den vesentlig endrer eller er egnet til å endre den økonomiske atferden med hensyn til produktet for gjennomsnittsforbrukeren som den når eller er rettet mot, eller for gjennomsnittsmedlemmet av gruppen dersom en handelspraksis er rettet mot en bestemt gruppe forbrukere.
3. Former for handelspraksis som er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden til bare en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det produktet praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet på en måte som den næringsdrivende

med rimelighet kan forventes å forutse, skal vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsleder av denne gruppen. Dette berører ikke vanlig og rettmessig reklamepraksis der det framsettes overdrevne påstander eller påstander som ikke er ment å oppfattes bokstavelig.

4. En handelspraksis anses særlig som urimelig dersom den
 - a) er villedende som definert i artikkel 6 og 7, eller
 - b) er aggressiv som definert i artikkel 8 og 9.
5. Vedlegg I inneholder en liste over former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige. Den samme listen får anvendelse i alle medlemsstater og kan endres bare ved revisjon av dette direktiv.

Avsnitt 1

Villedende handelspraksis

Artikkel 6

Villedende handlinger

1. 1. En handelspraksis anses som villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte, også gjennom sin generelle utforming, villeder eller er egnet til å villeder gjennomsnittsforsbrukeren, selv om opplysningene rent faktisk er korrekte, i forbindelse med ett eller flere av følgende elementer, og under alle omstendigheter påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforsbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet:
 - a) produktets eksistens eller art,
 - b) produktets hovedegenskaper, for eksempel dets tilgjengelighet, fordeler, risikoer, utførelse, sammensetning, tilbehør, ettersalgsservice og klagebehandling, måte eller dato for produksjon eller yting, levering, egnethet for et formål, bruk, mengde, spesifikasjoner, geografisk eller kommersiell opprinnelse eller resultater som kan forventes av bruk av det, eller resultater av, og vesentlige kjennetegn ved, forsøk eller kontroll som er utført på produktet,
 - c) omfanget av den næringsdrivendes forpliktelser, motiver for handelspraksisen og salgsprosessens art, eventuell erklæring eller symbol i forbindelse med direkte eller indirekte sponing eller godkjenning av den næringsdrivende eller produktet,

- d) pris eller beregningsmåte for pris, eller eksistensen av en prisfordel,
- e) behovet for service, deler, erstatning eller reparasjon,
- f) den næringsdrivendes eller vedkommendes agents art, egenskaper og rettigheter, for eksempel identitet og formue, kvalifikasjoner, status, godkjenning, tilknytning eller tilhørighet og industrielle rettigheter, kommersielle rettigheter eller immaterialrettigheter eller priser og utmerkelse vedkommende har mottatt,
- g) forbrukerens rettigheter, herunder rett til omlevering eller tilbakebetaling i henhold til europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier⁸, eller risikoene forbrukeren kan bli utsatt for.

2. En handelspraksis anses som urimelig også dersom den, i sin konkrete sammenheng og idet det tas hensyn til alle dens elementer og omstendighetene for øvrig, påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforsbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet, og innebærer
 - a) markedsføring av et produkt, herunder gjennom sammenlignende reklame, som forårsaker forveksling med en konkurrents produkter, varemerker, handelsnavn eller andre kjennetegn,
 - b) at den næringsdrivende ikke overholder forpliktelsene i atferdsregler som vedkommende har forpliktet seg til å overholde, der
 - i. forpliktelsen ikke bare er en målsetning, men fast og etterprøvbart,
 - og
 - ii. den næringsdrivende i en handelspraksis angir at han/hun er bundet av reglene.

Artikkel 7

Villedende utelatelser

1. En handelspraksis anses som villedende dersom den, i sin konkrete sammenheng og idet det tas hensyn til alle dens elementer og omstendighetene for øvrig og begrensningene ved kommunikasjonsmediet, utelater vesentlige opplysninger som gjennomsnittsforsbrukeren ut fra sammenhengen trenger for å kunne treffe en informert transaksjonsbeslutning, og

⁸ EFT L 171 av 7.7.1999, s. 12.

som dermed påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet.

2. En utelatelse anses som villedende også dersom den næringsdrivende, idet det tas hensyn til forholdene beskrevet i nr. 1, skjuler eller gir vesentlige opplysninger som nevnt i nr. 1 på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte, eller dersom handelspraksisens kommersielle formål ikke angis i tilfeller der dette ikke allerede framgår av sammenhengen, og der dette i alle fall påvirker eller er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet.
3. Dersom mediet som brukes til å formidle handelspraksisen, innebærer plass- eller tidsmessige begrensninger, skal disse begrensningene og eventuelle tiltak som den næringsdrivende treffer for å gjøre opplysningene tilgjengelige for forbrukerne ved andre midler, tas i betraktning når det avgjøres om opplysninger er utelatt.
4. Ved en oppfordring til kjøp anses følgende opplysninger som vesentlige dersom de ikke allerede framgår av sammenhengen:
 - a) produktets hovedegenskaper, i relevant omfang for mediet og produktet,
 - b) den næringsdrivendes geografiske adresse og identitet, for eksempel handelsnavn, og om relevant, geografisk adresse og identitet til den næringsdrivende som vedkommende opptrer på vegne av,
 - c) prisen medregnet avgifter, eller, dersom produktets art innebærer at prisen ikke med rimelighet kan forhåndsberegnes, hvordan prisen beregnes, og eventuelt alle tilleggskostnader til frakt, levering eller porto eller, dersom disse kostnadene ikke med rimelighet kan forhåndsberegnes, at det kan forekomme slike tilleggskostnader,
 - d) vilkår for betaling, levering, yting og klagebehandling, dersom disse avviker fra kravene til yrkesmessig aktsomhet,
 - e) for produkter og transaksjoner som omfattes av angrerett eller avbestillingsrett, at det foreligger en slik rett.
5. Opplysningskrav som er fastsatt i fellesskapsretten i forbindelse med kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, anses som vesentlige; i vedlegg II er det gjen-gitt en ikke-uttømmende liste over slike bestemmelser.

Avsnitt 2

Aggressiv handelspraksis

Artikkel 8

Aggressiv handelspraksis

En handelspraksis anses som aggressiv dersom den, i sin konkrete sammenheng og idet det tas hensyn til alle dens elementer og omstendighetene for øvrig, ved trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning i vesentlig grad begrenser eller er egnet til å begrense gjennomsnittsforbrukerens valgmuligheter eller atferd i forbindelse med produktet og dermed påvirker vedkommende eller er egnet til å påvirke vedkommende til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet.

Artikkel 9

Bruk av trakassering, tvang og utilbørlig påvirkning

Når det skal avgjøres om det i en handelspraksis anvendes trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning, skal det tas hensyn til følgende:

- a) tidspunkt, sted, art og varighet,
- b) bruk av truende eller utilbørlig språk eller atferd,
- c) den næringsdrivendes utnyttning av en konkret uheldig hendelse eller omstendighet som er så alvorlig at den kan nedsette forbrukerens dømmekraft, som den næringsdrivende er klar over, til å påvirke forbrukerens beslutning i forbindelse med produktet,
- d) belastende eller uforholdsmessige hindringer som ikke følger av avtalen, som den næringsdrivende pålegger når en forbruker ønsker å utøve rettigheter i henhold til avtalen, herunder rett til å heve en avtale eller bytte til et annet produkt eller en annen næringsdrivende,
- e) enhver trussel om handlinger som er ulovlige.

Kapittel 3

Atferdsregler

Artikkel 10

Atferdsregler

Dette direktiv er ikke til hinder for at kontroll av urimelig handelspraksis kan utøves av ansvarlige for atferdsregler, noe også medlemsstatene kan oppfordre til, eller at personene eller organisasjonene nevnt i artikkel 11 bringer saker inn for slike

organer, dersom slik klageadgang kommer i tillegg til den rettslige eller administrative behandling som er nevnt i samme artikkel.

Klager til slike kontrollorganer skal aldri anses som avkall på rett til rettslig eller administrativ behandling som fastsatt i artikkel 11.

Kapittel 4

Sluttbestemmelser

Artikkel 11

Håndheving

1. Medlemsstatene skal sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive midler til å bekjempe urimelige former for handelspraksis, slik at bestemmelsene i dette direktiv overholdes i forbrukernes interesse.

Slike midler skal omfatte lovbestemmelser som gir personer eller organisasjoner som i henhold til nasjonal lovgivning anses å ha rettmessig interesse i å bekjempe urimelig handelspraksis, herunder konkurrenter, adgang til

- a) å bringe en sak mot slik urimelig handelspraksis inn for retten, og/eller
- b) å bringe slik urimelig handelspraksis inn for en forvaltningsmyndighet som har myndighet til å avgjøre klager eller til å innlede relevant rettergang.

Den enkelte medlemsstat kan avgjøre hvilke av disse midlene som skal stå til rådighet, og hvorvidt domstoler eller forvaltningsmyndigheter skal kunne kreve at saken først framlegges for en annen etablert klageinstans, herunder de som er nevnt i artikkel 10. Disse midlene skal stå til rådighet uansett om de berørte forbrukerne befinner seg på territoriet til medlemsstaten der den næringsdrivende er etablert, eller i en annen medlemsstat.

Den enkelte medlemsstat kan avgjøre

- a) hvorvidt disse rettsmidlene, enkeltvis eller samlet, kan rettes mot et antall næringsdrivende fra samme økonomiske sektor, og
 - b) hvorvidt disse rettsmidlene kan rettes mot en ansvarlig for atferdsregler når relevante regler fremmer manglende oppfyllelse av lovfestede krav.
2. I henhold til lovbestemmelsene nevnt i nr. 1 skal medlemsstatene, dersom de anser slike tiltak som nødvendige idet det tas hensyn til alle berørte interesser, særlig allmennhetens inter-

esser, gi domstolene og forvaltningsmyndighetene myndighet til

- a) å påby opphør av urimelig handelspraksis, eller å innlede rettergang med sikte på å få påbudt opphør av slik praksis, eller
- b) dersom den urimelige handelspraksisen ennå ikke er iverksatt, men er nær forestående, å nedlegge forbud mot praksisen, eller å innlede rettergang med sikte på å få nedlagt forbud mot praksisen,

selv uten bevis for faktisk skade eller tap, eller forsett eller uaktsomhet fra den næringsdrivendes side.

Medlemsstatene skal også vedta bestemmelser om at tiltakene nevnt i første ledd kan treffes etter en framskyndet framgangsmåte

- med midlertidig virkning, eller
- med endelig virkning,

idet det er opp til hver enkelt medlemsstat å avgjøre hvilket av de to alternativene som velges.

Videre kan medlemsstatene, med sikte på å fjerne virkningene av urimelige former for handelspraksis som det med et endelig vedtak er påbudt opphør av, gi domstolene eller forvaltningsmyndighetene myndighet til

- a) å kreve offentliggjøring av vedtaket i sin helhet eller i utdrag og i en form som de anser som egnet,
 - b) å kreve at det dessuten offentliggjøres en rettel-
se.
3. Forvaltningsmyndighetene nevnt i nr. 1 skal
- a) være sammensatt på en måte som ikke inngir tvil om deres upartiskhet,
 - b) når de avgjør klager, ha nødvendig myndighet til effektivt å kunne overvåke og gjennomføre overholdelse av de vedtak de har gjort,
 - c) som hovedregel begrunne sine vedtak.

Når den myndighet som er nevnt i nr. 2, utelukkende utøves av en forvaltningsmyndighet, skal den alltid begrunne sine vedtak. I dette tilfellet skal det dessuten vedtas framgangsmåter der forvaltningsmyndighetens urettmessige eller urimelige utøvelse av myndighet eller unnlattelse av å utøve slik myndighet kan påklages.

Artikkel 12

Domstoler og forvaltningsmyndigheter: Dokumentasjon av påstander

Medlemsstatene skal gi domstoler eller forvaltningsmyndigheter myndighet til, ved den rettslige eller administrative behandling nevnt i artikkel 11

- a) å kreve at den næringsdrivende framlegger dokumentasjon på riktigheten av faktapåstander i forbindelse med en handelspraksis dersom et slikt krav, idet det tas hensyn til de rettmessige interessene til den næringsdrivende og andre parter i saken, framstår som relevant på grunnlag av omstendighetene i det aktuelle tilfellet,
og
- b) å anse faktapåstander som uriktige dersom dokumentasjonen som kreves i henhold til bokstav a), ikke framlegges eller anses som utilstrekkelig av domstolen eller forvaltningsmyndigheten.

Artikkel 13

Sanksjoner

Medlemsstatene skal fastsette sanksjoner for overtredelser av de nasjonale bestemmelser de vedtar for å gjennomføre dette direktiv, og treffe de nødvendige tiltak for å sikre at de anvendes. Sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.

Artikkel 14

Endringer i direktiv 84/450/EØF

I direktiv 84/450/EØF gjøres følgende endringer:

1. Artikkel 1 skal lyde:

«Artikkel 1

Formålet med dette direktiv er å verne næringsdrivende mot villedende reklame og de urimelige følger av slik reklame, og å fastsette på hvilke vilkår sammenlignende reklame er tillatt.»

2. I artikkel 2

- skal nr. 3 lyde:

«3. «næringsdrivende», enhver fysisk eller juridisk person som opptrer for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, og enhver som opptrer i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne,»

- skal nytt nr. 4 lyde:

«4. «ansvarlig for atferdsregler», enhver enhet, herunder en næringsdrivende eller en gruppe av næringsdrivende, som er ansvarlig for utforming og ajourføring av atferdsregler og/eller for å føre tilsyn med at reglene overholdes av dem som har forpliktet seg til å følge dem.»

3. Artikkel 3a skal lyde:

«Artikkel 3a

1. Sammenlignende reklame skal hva sammenligningen angår, være tillatt dersom følgende vilkår er oppfylt:

- a) reklamen er ikke villedende i henhold til artikkel 2 nr. 2, artikkel 3 og artikkel 7 nr. 1 i dette direktiv eller artikkel 6 og 7 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked*,
- b) den sammenligner varer eller tjenester som dekker samme behov eller er beregnet på samme formål,
- c) den sammenligner objektivt én eller flere egenskaper ved disse varene og tjenestene som er konkrete, relevante, dokumenterbare og representative, herunder prisen,
- d) den bringer ikke i vanry eller taler nedsettende om en konkurrents varemerker, handelsnavn, andre kjennetegn, varer, tjenester, virksomhet eller situasjon,
- e) for varer med opprinnelsesbetegnelse gjelder den i hvert enkelt tilfelle varer med samme betegnelse,
- f) den drar ikke urimelig fordel av den anseelse som er knyttet til en konkurrents varemerker, handelsnavn eller andre kjennetegn, eller av konkurrerende varers opprinnelsesbetegnelse,
- g) den framstiller ikke varer eller tjenester som en etterligning eller kopi av varer eller tjenester med et beskyttet varemerke eller handelsnavn,
- h) den forårsaker ikke forveksling blant næringsdrivende, mellom annonsøren og en konkurrent eller mellom annonsørens og en konkurrents varemerker, handelsnavn, andre kjennetegn, varer eller tjenester. * EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22.»

4. Artikkel 4 nr. 1 skal lyde:

«1. Medlemsstatene skal, til gagn for næringsdrivende og konkurrenter, sørge for at det finnes effektive og tilstrekkelige midler til å bekjempe villedende reklame og sikre at bestemmelsene om sammenlignende reklame overholdes. Slike midler skal omfatte lovbestemmelser der det er fastsatt at personer eller organisasjoner som i henhold til nasjonal lovgivning har rettmessig interesse i å bekjempe villedende reklame eller regulere sammenlignende reklame, kan

- a) ta rettslige skritt mot slik reklame, eller
- b) bringe slik reklame inn for en forvaltningsmyndighet som har myndighet til å avgjøre klager eller innlede rettergang.

Den enkelte medlemsstat bestemmer selv hvilke av disse juridiske muligheter som skal stå til rådighet, og om domstolene eller forvaltningsmyndighetene skal kunne kreve at forholdet først skal prøves ved en annen klageinstans, herunder de som er nevnt i artikkel 5.

Den enkelte medlemsstat bestemmer selv

- a) om disse rettsmidlene hver for seg eller samlet kan rettes mot et antall næringsdrivende fra samme økonomiske sektor, og
 - b) om disse rettsmidlene kan rettes mot en ansvarlig for atferdsregler dersom relevant regel bidrar til at de lovfestede krav ikke oppfylles.»
5. Artikkel 7 nr. 1 skal lyde:

«1. Dette direktiv er ikke til hinder for at medlemsstatene kan opprettholde eller vedta bestemmelser om villedende reklame med henblikk på å sikre et mer omfattende vern av næringsdrivende og konkurrenter.»

Artikkel 15

Endringer i direktiv 97/7/EF og 2002/65/EF

1. Artikkel 9 i direktiv 97/7/EF skal lyde:

«Artikkel 9

Uanmodet levering

På grunnlag av forbudet mot uanmodet levering fastsatt i europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked* skal medlemsstatene treffe de tiltak som er nødvendige for å frita forbrukeren for enhver forpliktelse dersom det leveres varer eller ytes tjenester som ikke er bestilt, idet uteblitt svar ikke regnes som samtykke. * EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22.»

2. Artikkel 9 i direktiv 2002/65/EF skal lyde:

«Artikkel 9

På grunnlag av forbudet mot tenesteyting som det ikkje er bede om, som er fastsett i europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked*, og utan at det rører ved føresegner i medlemsstatane om stilleiande lenging av fjernsalsavtaler, dersom slike føresegner tillèt stilleiande lenging, skal medlemsstatane gjere dei tiltaka som er naudsynte for å frita forbruka-

ren for alle plikter ved yting av tenester som det ikkje er bede om, ettersom mangel på svar ikkje skal reknast som eit samtykke. * TEU L 149 av 11.6.2005, s. 22.»

Artikkel 16

Endringer i direktiv 98/27/EF og forordning (EF) nr. 2006/2004

1. I vedlegget til direktiv 98/27/EF skal punkt 1 lyde:

«1. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22).»

2. I vedlegget til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 av 27. oktober 2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning (forordningen om forbrukervernsamarbeid)⁹ tilføyes følgende punkt:

«16. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22).»

Artikkel 17

Opplysninger

Medlemsstatene skal treffe de tiltak som er nødvendige for å opplyse forbrukerne om den nasjonale lovgivning som gjennomfører dette direktiv, og skal der det er relevant, oppmuntre næringsdrivende og ansvarlige for atferdsregler til å opplyse forbrukerne om sine atferdsregler.

Artikkel 18

Revisjon

1. Kommisjonen skal senest 12. juni 2011 framlegge for Europaparlamentet og Rådet en omfattende rapport om anvendelsen av dette direktiv, særlig artikkel 3 nr. 9, artikkel 4 og vedlegg I, om mulighetene for ytterligere harmonisering og forenkling av Fellesskapets regelverk for forbrukervern og, under henvisning til artikkel 3 nr. 5, om eventuelle tiltak som må treffes på fellesskapsplan for å sikre at et tilstrekkelig nivå av forbrukervern ivaretas. Rapporten skal om nødvendig ledsages av et for-

⁹ EUT L 364 av 9.12.2004, s. 1.

slag til revisjon av dette direktiv eller andre relevante deler av fellesskapsretten.

2. Europaparlamentet og Rådet skal, i samsvar med traktaten, bestrebe seg på å treffe beslutning innen to år fra Kommisjonens framleggelse av eventuelle forslag i henhold til nr. 1.

Artikkel 19

Innarbeiding i nasjonal lovgivning

Medlemsstatene skal vedta og kunngjøre de lover og forskrifter som er nødvendige for å etterkomme dette direktiv, innen 12. juni 2007. De skal umiddelbart underrette Kommisjonen om dette, og skal underrette Kommisjonen om eventuelle senere endringer.

De skal anvende disse bestemmelsene senest fra 12. desember 2007. Disse bestemmelsene skal, når de vedtas av medlemsstatene, inneholde en henvisning til dette direktiv, eller det skal vises til direktivet når de kunngjøres. Nærmere regler for henvisningen fastsettes av medlemsstatene.

Artikkel 20

Ikrafttredelse

Dette direktiv trer i kraft dagen etter at det er kunngjort i *Den europeiske unions tidende*.

Artikkel 21

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstatene.

Utferdiget i Strasbourg, 11. mai 2005.

<i>For Europaparlamentet</i>	<i>For Rådet</i>
J. P. Borrell Fontelles	N. Schmit
<i>President</i>	<i>Formann</i>

Vedlegg 1

Former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige

Villedende handelspraksis

1. At en næringsdrivende hevder å ha undertegnet atferdsregler når dette ikke er tilfellet.
2. Å framvise et sertifikat, kvalitetsmerke eller tilsvarende uten å ha oppnådd nødvendig tillatelse.
3. Å hevde at atferdsregler er godkjent av et offentlig organ eller annet organ uten at dette er tilfellet.
4. Å hevde at en næringsdrivende (herunder vedkommendes handelspraksis) eller et produkt

er godkjent, autorisert eller tillatt av et offentlig eller privat organ når dette ikke er tilfellet, eller å framsette en slik påstand uten å oppfylle vilkårene for godkjenning, anerkjennelse eller tillatelse.

5. Å oppfordre til kjøp av produkter til en bestemt pris uten å opplyse om et eventuelt rimelig grunnlag den næringsdrivende har for å tro at han/hun ikke vil være i stand til å levere eller få en annen næringsdrivende til å levere disse produktene til den aktuelle prisen innenfor et tidsrom og i en mengde som er rimelig ut fra produktet, reklamens omfang og oppgitt pris (lokketilbud).
6. Å oppfordre til kjøp av produkter til en bestemt pris og så
 - a) nekte å vise det averterte produktet til forbrukerne, eller
 - b) nekte å motta bestillinger på det eller levere det innen rimelig tid, eller
 - c) framvise en defekt utgave av det, med sikte på å fremme salg av et annet produkt (en type lokketilbud).
7. Feilaktig å hevde at et produkt vil være tilgjengelig i et svært begrenset tidsrom, eller at det vil være tilgjengelig bare på bestemte vilkår i et svært begrenset tidsrom, for å framkalle en umiddelbar beslutning og frata forbrukerne tilstrekkelig mulighet eller tid til å gjøre et informert valg.
8. Å påta seg å yte ettersalgsservice overfor forbrukere som den næringsdrivende har kommunisert med før en transaksjon på et språk som ikke er et offisielt språk i medlemsstaten der den næringsdrivende er etablert, og deretter yte slik service bare på et annet språk uten klart å tilkjennegi dette for forbrukeren før forbrukeren forplikter seg til transaksjonen.
9. Å hevde eller på annen måte skape inntrykk av at et produkt kan selges lovlig når det ikke kan det.
10. Å framstille rettigheter som forbrukere har i henhold til loven, som en særlig egenskap ved den næringsdrivendes tilbud.
11. Å bruke redaksjonelt innhold i medier til å fremme salg av et produkt der en næringsdrivende har betalt for slik reklame uten å gjøre det klart i innholdet eller ved bilder eller lyder som er klart gjenkjennelige for forbrukeren (annonser i redaksjonell form). Dette berører ikke rådsdirektiv 89/552/EØF¹⁰.
12. Å framsette en faktisk uriktig påstand om art og omfang av risikoen for forbrukerens eller ved-

- kommandes families personlige sikkerhet dersom forbrukeren ikke kjøper produktet.
13. Å fremme salg av et produkt som ligner på et produkt som framstilles av en bestemt produsent, på en slik måte at det bevisst forleder forbrukeren til å tro at produktet er framstilt av samme produsent når det ikke er det.
 14. Å etablere, drive eller markedsføre en pyramideordning der en forbruker betaler et vederlag for mulighet til å oppnå kompensasjon som primært stammer fra andre forbrukere som trer inn i systemet, snarere enn fra salg eller forbruk av produkter.
 15. Å hevde at den næringsdrivende er i ferd med å avvikle virksomheten eller flytte til andre lokaler, når dette ikke er tilfellet.
 16. Å hevde at produkter kan gjøre det lettere å vinne i hasardspill.
 17. Feilaktig å hevde at et produkt kan kurere sykdom, funksjonssvikt eller misdannelser.
 18. Å formidle faktisk uriktige opplysninger om markedsvilkår eller om muligheten for å skaffe seg produktet, i den hensikt å påvirke forbrukeren til å anskaffe produktet på mindre gunstige vilkår enn normale markedsvilkår.
 19. Å hevde som ledd i handelspraksis at det avholdes en konkurranse eller en salgsfremmende kampanje med premier, uten å utdele premiene som beskrives eller noe rimelig tilsvarende.
 20. Å beskrive et produkt som «gratis», «vederlagsfritt», «uten betaling» eller lignende dersom forbrukeren skal betale mer enn de uunngåelige utgiftene for å reagere på handelspraksisen, samt henting eller betaling for levering av artikkelen.
 21. Å legge ved en faktura eller et lignende dokument som oppfordrer til betaling i markedsføringsmateriale som gir forbrukeren inntrykk av at vedkommende allerede har bestilt produktet som markedsføres, når det ikke er tilfellet.
 22. Feilaktig å hevde eller gi inntrykk av at den næringsdrivende ikke opptre for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, eller feilaktig å framstille seg som forbruker.
 23. Å skape feilaktig inntrykk av at ettersalgsservice for et produkt er tilgjengelig i en annen medlemsstat enn den der produktet selges.
- Aggressiv handelspraksis
24. Å skape inntrykk av at forbrukeren ikke kan forlate lokalet før en avtale er inngått.
 25. Å personlig oppsøke forbrukerens bolig og overse forbrukerens anmodning om å forlate stedet eller ikke komme tilbake annet enn under omstendigheter og i det omfang som i henhold til nasjonal lovgivning er berettiget for å kreve oppfyllelse av en avtaleforpliktelse.
 26. Å foreta gjentatte og uønskede henvendelser per telefon, telefaks, e-post eller andre fjernmedier, annet enn under omstendigheter og i det omfang som i henhold til nasjonal lovgivning er berettiget for å kreve oppfyllelse av en avtaleforpliktelse. Dette berører ikke artikkel 10 i direktiv 97/7/EF og direktiv 95/46/EF¹¹ og 2002/58/EF.
 27. Å kreve av en forbruker som ønsker å fremme et krav i forbindelse med en forsikringspolise, at vedkommende framlegger dokumenter som ikke med rimelighet kan anses som relevante for kravets berettigelse, eller systematisk å unnlate å svare på relevant korrespondanse for å hindre forbrukeren i å utøve sine avtalefestede rettigheter.
 28. Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem. Denne bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynsvirksomhet.
 29. Å kreve at forbrukeren umiddelbart eller senere betaler for, returnerer eller oppbevarer produkter som den næringsdrivende har levert, men som forbrukeren ikke har bedt om, med mindre produktet er en erstatning som er levert i samsvar med artikkel 7 nr. 3 i direktiv 97/7/EF (uanmodet levering).
 30. Uttrykkelig å opplyse en forbruker om at den næringsdrivendes arbeid eller levebrød er i fare dersom vedkommende ikke kjøper et produkt eller en tjeneste.
 31. Å skape feilaktig inntrykk av at forbrukeren allerede har vunnet, vil vinne eller etter å ha utført en bestemt handling vil vinne en premie eller et annet tilsvarende gode, når enten
 - det ikke foreligger noen premie eller annet tilsvarende gode,

¹⁰ Rådsdirektiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (EFT L 298 av 17.10.1989, s. 23). Direktivet endret ved europaparlaments- og rådsdirektiv 97/36/EF (EFT L 202 av 30.7.1997, s. 60).

¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (EFT L 281 av 23.11.1995, s. 31). Direktivet endret ved forordning (EF) nr. 1882/2003 (EUT L 284 av 31.10.2003, s. 1).

- eller
- den handlingen som skal utføres i forbindelse med premien eller et tilsvarende gode, forutsetter at forbrukeren betaler penger eller pådrar seg utgifter.

Vedlegg II

Fellesskapsbestemmelser om reklame og kommersiell kommunikasjon

Artikkel 4 og 5 i direktiv 97/7/EF

Artikkel 3 i rådsdirektiv 90/314/EØF av 13. juni 1990 om pakkereiser, herunder pakkeferier og pakketurer¹²

Artikkel 3 nr. 3 i europaparlaments- og rådsdirektiv 94/47/EF av 26. oktober 1994 om beskyttelse av kjøperen i forbindelse med visse aspekter ved avtaler om deltidsbruksrett til fast eiendom (timeshare-avtaler)¹³

Artikkel 3 nr. 4 i europaparlaments- og rådsdirektiv 98/6/EF av 16. februar 1998 om forbrukarvern ved opplysning om priser på forbruksvarer¹⁴

Artikkel 86 til 100 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/83/EF av 6. november 2001 om innføring av et fellesskapsregelverk for legemidler for mennesker¹⁵

Artikkel 5 og 6 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel»)¹⁶

Artikkel 1 bokstav d) i europaparlaments- og rådsdirektiv 98/7/EF av 16. februar 1998 om endring

¹² EFT L 158 av 23.6.1990, s. 59.

¹³ EFT L 280 av 29.10.1994, s. 83.

¹⁴ EFT L 80 av 18.3.1998, s. 27.

¹⁵ EFT L 311 av 28.11.2001, s. 67. Direktivet sist endret ved direktiv 2004/27/EF (EUT L 136 av 30.4.2004, s. 34).

¹⁶ EFT L 178 av 17.7.2000, s. 1.

av direktiv 87/102/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt¹⁷

Artikkel 3 og 4 i direktiv 2002/65/EF

Artikkel 1 nr. 9 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/107/EF av 21. januar 2002 om endring av rådsdirektiv 85/611/EØF om samordning av lover og forskrifter om visse foretak for kollektiv investering i verdipapirer (investeringsforetak) med henblikk på å innføre regler for forvaltningsselskaper og forenklede prospekter¹⁸

Artikkel 12 og 13 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/92/EF av 9. desember 2002 om forsikringsformidling¹⁹

Artikkel 36 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/83/EF av 5. november 2002 om livsforsikring²⁰

Artikkel 19 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/39/EF av 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter²¹

Artikkel 31 og 43 i rådsdirektiv 92/49/EØF av 18. juni 1992 om samordning av lover og forskrifter om direkte forsikring med unntak av livsforsikring (tredje direktiv om annen forsikring enn livsforsikring)²²

Artikkel 5, 7 og 8 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/71/EF av 4. november 2003 om prospektet som skal offentliggjøres når verdipapirer tilbys til offentligheten eller opptas til notering²³

¹⁷ EFT L 101 av 1.4.1998, s. 17.

¹⁸ EFT L 41 av 13.2.2002, s. 20.

¹⁹ EFT L 9 av 15.1.2003, s. 3.

²⁰ EFT L 345 av 19.12.2002, s. 1. Direktivet sist endret ved rådsdirektiv 2004/66/EF (EUT L 168 av 1.5.2004, s. 35).

²¹ EUT L 145 av 30.4.2004, s. 1.

²² EFT L 228 av 11.8.1992, s. 1. Direktivet sist endret ved europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/87/EF (EUT L 35 av 11.2.2003, s. 1).

²³ EUT L 345 av 31.12.2003, s. 64.

Vedlegg 2**Forarbeider til markedsføringsloven av 1972
med senere endringer (kronologisk rekkefølge)**

- Ot.prp. nr. 57 (1971–72) – opprinnelig lovforslag
- Ot.prp. nr. 1 (1977–78) – kjønnsdiskriminerende reklame
- Ot.prp. nr. 38 (1979–80) – kontroll med avtalevilkår
- Ot.prp. nr. 40 (1980–81) – informasjonsplikt (ikke vedtatt), omdøping av «Forbrukerombudsmanen» til «Forbrukerombudet», presisering av Forbrukerombudets kompetanse om kjønnsdiskriminerende reklame, endring i bestemmelsen om gransking (§ 15).
- Ot.prp. nr. 60 (1990–91) – adgang for Forbrukerombudet til å bringe prinsipielle saker inn for Markedsrådet, tilsyn med TV-reklame
- Ot.prp. nr. 34 (1994–95) – tvangsgebyr, medvirkningsansvar
- Ot.prp. nr. 70 (1995–96) – god markedsføringskikk, kjønnsdiskriminerende reklame, særlig påtrengende reklame
- Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) – markedsføring skal fremstå som markedsføring, negativt salg, begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder, uadressert reklame
- Ot.prp. nr. 91 (2000–2001) – gjennomføring av forbudsdirektivet
- Ot.prp. nr. 43 (2001–2002) – garantier
- Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) – «spam» mv.
- Ot.prp. nr. 102 (2005–2006) – gjennomføring av forordningen om forbrukervernsamarbeid
-

Vedlegg 3**Lovspeil**

Gjeldende markedsføringslov		Lovforslag	Merknader
§ 1 Alminnelig bestemmelse	1. ledd	§ 2 1. ledd § 6 § 25	God markedsføringsskikk Urimelig overfor forbrukere God forretningsskikk næringsdrivende imellom
	2. ledd	§ 2 2. ledd	
	3. ledd	§ 2 3. ledd	
	4. ledd 1. pkt	§ 3 1. ledd	
	4. ledd 2. pkt	§ 16 2. ledd	
§ 2 Villedende forretningsmetoder		§ 7 § 26	Overfor forbrukere Overfor næringsdrivende
§ 2 a Krav om betaling uten etter avtale mv.		§ 11	
§ 2 b Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder		§ 15	
§ 2 c Levering av uadressert reklame		§ 17	
§ 3 Utilstrekkelig veiledning mv.		§ 8 § 27	Overfor forbrukere Overfor næringsdrivende
§ 3 a Prismerking mv.		§ 10	
§ 4 Tilgift		–	Se § 18 2. og 3. ledd
§ 5 Utlodninger		§ 18 1. ledd	
§ 7 Bedriftshemmeligheter		§ 28	
§ 8 Tekniske hjelpemidler		§ 29	
§ 8 a Etterlikning av annens produkt		§ 30	
§ 9 Uriktige geografiske betegnelser		§ 31	
§ 9 a Urimelige avtalevilkår		§ 22 1. og 2. ledd	
§ 9 b Virkeområde		§ 22 3. ledd	
§ 9 c Bruk av garantier o.l.		–	
§ 9 d Krav til garantivilkår		§ 23	
§ 9 e Virkeområde		§ 44	
§ 9 f Adgang til å bringe saker inn		§ 45	
§ 9 g Godkjenning av myndigheter		§ 46	
§ 9 h Innlemmelse av forordning		§ 47	
§ 10 Forvaltning, organisasjon mv.		§ 32 1. og 4. ledd	
§ 11 Markedsrådet		§ 32 3. ledd	

Gjeldende markedsføringslov		Lovforslag	Merknader
§ 12 Markedsrådets vedtak	1. ledd	§§ 40 og 41 jf. § 39 jf. § 34	
	2. ledd	§ 39 3. ledd	
	3. ledd	§ 41 2. ledd jf. § 39 1. ledd b)	
	4. ledd	§ 32 3. ledd 3. pkt	
	5. ledd	§ 39 2. ledd	jf. forvaltningsl § 24
§ 13 Forbrukerombudet	1. ledd	§ 34	
	2. ledd	§ 34 1. ledd	
	3. ledd	–	
	4. ledd	§ 34 1. ledd	
	5. ledd	§ 35 2. ledd 3. pkt, § 35. 3. ledd 1. pkt	
	6. ledd	§ 35 4. ledd	
	7. ledd	–	
	8. ledd	§ 38 1. ledd 2. pkt	
§ 14 Forbrukerombudets vedtak	1. ledd	§ 37 1. ledd jf. § 39	
	2. ledd	§ 37 2. ledd jf. § 39	
	3. ledd	§ 37 3. ledd 1. pkt	jf. forvaltningsl § 24
	4. ledd	§ 37 3. ledd 2. pkt	
	5. ledd	§ 38 1. ledd 3. pkt	
§ 15 Opplysningsplikt		§ 33	
§ 16 Tvangsgebyr		§ 42	
§ 17 Straff		§ 48	
§ 18 Straffeprosessuelle regler		§ 49	
§ 19 Definisjoner		§ 5	
§ 20 Avgrensning mot konkurranselov og prisetilakslov		§ 22 3. ledd, § 24, § 32 5. ledd	
§ 21 Ikrafttreden mv		§§ 50 og 51	

Offentlige etater kan bestille flere eksemplarer fra:
Departementenes servicesenter
Post og distribusjon
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefaks: 22 24 27 86

Abonnement, løssalg og pris fåes ved henvendelse til:
Akademika AS
Avdeling for offentlige publikasjoner
Postboks 84 Blindern
0314 OSLO
E-post: offpubl@akademika.no
Telefon: 22 18 81 00
Telefaks: 22 18 81 01
Grønt nummer: 800 80 960

Publikasjonen finnes på Internett:
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Gruppen AS - 04/2008



241 379
Trykksak