

Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Brage
<http://brage.bibsys.no/bi>

Markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet: juridiske rammer

Monica Viken
Handelshøyskolen BI

Dette er siste forfatterversjon etter fagfelleevaluering før publisering i

Tidsskrift for eiendomsrett, 10(2014)2:93-119

Tidsskriftets forlag, Gyldendal Akademisk, følger forleggerforeningens avtale, og tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører.

Forlagets publikasjoner er tilgjengelige via www.rettsdata.no

Markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet– juridiske rammer

Monica Viken

Monica Viken er cand jur fra Universitetet i Oslo 1995 og er i dag førsteamanuensis PhD ved Institutt for regnskap, revisjon og jus ved Handelshøyskolen BI. Hun er fagansvarlig for en rekke juridiske fag ved BI og er Associate Dean for Bachelorstudiet i økonomi og forretningsjus. Hun underviser og forsker i immaterialrett, markedsføringsrett, kjøpsrett, kontraktsrett og eiendomsmeglingsjus.

1 Innledning

Eiendomsmeglingsvirksomhet er i Norge en gjennomregulert bransje der de juridiske rammer for utøvelse av virksomheten er forankret i eiendomsmeglingslov og tilhørende forskrifter.¹

For å kunne overleve i eiendomsmeglingsbransjen og sikre lønnsomhet for virksomheten må det, som for all annen type virksomhet, sørges for effektiv markedsføring av tjenestene.² All virksomhet med formål å hente inn nye oppdrag, enten det skjer direkte på meglerkontoret, via annonser, hjemmesider eller i sosiale medier, vil være markedsføring av tjenesten. Denne delen av virksomheten vil, naturlig nok, være rettet mot meglerens potensielle oppdragsgivere. Siden det i Norge fortsatt er tradisjon for at det er *selgere* av eiendom som kjøper meglingstjenesten, blir hovedformålet med markedsføringen å tiltrekke seg oppdragsgivere på selgersiden.³

-
1. Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling og forskrift 23. november 2007 nr. 1318 om eiendomsmegling.
 2. Se for eksempel Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 44 og Framnes, Thjømoø og Pettersen *Markedsføringsledelse* (2011) s. 20.
 3. Se for eksempel Bråthen *Eiendomsmeglingsloven Kommentarutgave* (2013) s. 212 og Rosén og Torsteinsen *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål* (2008) s. 21.

Markedsføring generelt, i realiteten alle former for salgsfremmende tiltak, reguleres av markedsføringsloven og tilhørende forskrifter.⁴ Disse reglene er derfor sentrale også i eiendomsmeglingsbransjen, både for markedsføring av eiendommer og markedsføring av virksomheten.

Spørsmålet som reises i denne artikkelen er i hvilken grad det særegne ved meglerrollen, og andre bransjespesifikke hensyn, bør vektlegges når markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet vurderes juridisk.

De juridiske rammer for markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet er ikke tidligere behandlet i en juridisk fremstilling. Det typiske er tvert imot at det avgrenses mot de markedsføringsrettslige problemstillinger når juridisk litteratur behandler eiendomsmeglingsvirksomhet.⁵ Motsatt behandles ikke markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet spesielt i markedsføringsrettslig litteratur.⁶ På bakgrunn av en drøftelse av de ulike hensyn som ligger bak disse regelsettene, skisseres her de juridiske rammer for markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet.

2 Eiendomsmeglingslovens anvendelse

2.1 Mellommannsrollen

Eiendomsmeglingslovens virkeområde er i emgll. § 1-2 første ledd angitt som «eiendomsmeglingsvirksomhet som utøves i Norge». Ifølge forarbeidene kommer loven til anvendelse dersom en helhetsvurdering av virksomheten viser at det dreier seg om mellommannsvirksomhet ved omsetning av fast eiendom.⁷ Spørsmålet som reises her er om også markedsføring av selve eiendomsmeglingstjenesten omfattes av denne mellommannsvirksomheten.

Eiendomsmegling er i loven definert som det «å opptre som mellommann» blant annet ved omsetning av fast eiendom, jfr. emgll. § 1-2 annet ledd nr. 1. Selve mellommannsbegrepet er ikke definert nærmere i loven. Forarbeidene beskriver imidlertid mellommannsbegrepet gjennom en kronologisk differensiering i 9 faser som kjennetegner et eiendomsmeglingsoppdrag.⁸ Denne listen starter med «mottakelse/registering av oppdraget»,

-
4. Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. Sentrale forskrifter er forskrift 1. juni 2009 nr. 565 om urimelig handelspraksis, forskrift 14. november 2012 nr. 1066 om prisopplysninger for varer og tjenester og forskrift 19. desember 2000 nr. 1653 om sammenlignende reklame.
 5. Se for eksempel Rosén og Torsteinsen s. 22.
 6. For en samlet fremstilling av markedsføringslovens bestemmelser i norsk rett, se Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven Kommentartutgave* (2010).
 7. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 19.
 8. Se forarbeider til eiendomsmeglingsloven av 1989, NOU 1987: 14 s. 50. Listen gjengis i NOU 2006: 1 s. 26 og Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 16.

og hovedvekten i de sentrale faser er salgsarbeid, salgsforhandlinger og kontraktsutforming.⁹ Det fremkommer av denne listen at markedsføring av eiendomsmeglingstjenesten ikke er omfattet av de faser som naturlig knyttes til mellommannsrollen. På markedsføringstidspunktet er det heller ikke behov for å klarlegge noen roller mellom megler og en bestemt oppdragsgiver. Det er derfor naturlig å si at markedsføring av meglings-tjenesten overfor potensielle oppdragsgivere ikke er å anse som en del av mellommannsvirksomheten.

Rollen som mellommann kan likevel ha indirekte betydning ved markedsføring av eiendomsmeglingstjenesten overfor potensielle oppdragsgivere. Det er utvilsomt en grunnleggende forutsetning at megler, i forbindelse med et salgsoppdrag, skal tjene oppdragsgivers interesser og arbeide for at denne får best mulig pris.¹⁰ Fokuset på den balanserte meglerrollen er imidlertid sterk i Norge, og dersom markedsføringen i for stor grad legges opp til å tekkes *selger*, kan det oppfattes negativt for potensielle *kjøpere*. Dette kan typisk være tilfelle dersom megleren i sin markedsføring av virksomheten ensidig fokuserer på muligheten for å oppnå høy pris for eiendommer som skal selges. Hensynet til mellommannsrollen kan derfor stille andre krav til markedsføringen enn det som er vanlig i tradisjonelle ensidige selgerroller.

Selv om markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomheten ikke faller naturlig inn som en del av mellommannsrollen kan det altså være nødvendig, allerede ved markedsføring av virksomheten, å ha fokus på den rollen megleren går inn i når oppdraget vel er i havn.

2.2 Markedsføring som del av den generelle virksomhetsutøvelse

I og med at arbeidet med innhenting av oppdrag er en sentral forutsetning for utøvelse av eiendomsmeglingsvirksomhet, kan det spørres om mer generelle bestemmelser i eiendomsmeglingsloven kan få betydning når virksomheten markedsføres.

Eiendomsmeglingslovens formål er «å legge til rette for at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt å legge til rette for at partene i handelen mottar uhildet bistand», jfr. emgll. § 1-1. Bestemmelsen skal, ifølge forarbeidene, være retningsgivende for tolkningen av loven og for skjønnsutøvelsen i medhold av loven.¹¹ Det kan da vurderes om dette formålet vil innvirke på vurderingen

9. NOU 2006: 1 s. 26 og Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 16.

10. Bergsåker *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk* (2010) s. 296.

11. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 13.

av de juridiske rammer som gjelder markedsføring av selve meglingstjenesten.

Ordlyden i bestemmelsen går klart i retning av at den bare regulerer mellommannsrollen ved omsetning av fast eiendom. I forarbeidene presiseres det imidlertid, når det gjelder kravet om uhildet bistand, at partene «ikke bare omfatter oppdragsgiver og dennes avtalemotpart».¹² Det legges til grunn at «[o]gså andre budgivere enn den som faktisk får tilslaget og personer som er på visning på en eiendom har etter gjeldende rett og lovforslaget krav på uhildet bistand fra den som gjennomfører meglingsoppdraget, jf. blant annet kravene til god meglerskikk og bestemmelser om meglers undersøkelses- og opplysningsplikt».¹³ Dette heller i retning av at kretsen som har krav på uhildet bistand er forholdsvis vid. Det er ikke bare partene som har krav på beskyttelse etter eiendomsmeglingsloven.

Formålet er likevel også her knyttet direkte opp mot gjennomføring av meglingsoppdraget og den eiendom som er til salgs. Markedsføring av selve meglingstjenesten foregår før det er tale om et oppdrag og før det er etablert noen direkte relasjoner mellom publikum og virksomheten. Imidlertid vil ethvert møte med publikum, i forbindelse med visning eller i samtale med interessenter til de ulike eiendommer, også være en naturlig del av markedsføringen av eiendomsmeglingsvirksomheten. Selv om denne markedsføringen ikke direkte faller inn under det uttalte formålet med virksomheten i emgll. § 1-1, er behovet for å regulere forholdet til omverdenen allerede på dette stadiet åpenbart.

Eiendomsmeglingslovens krav til «god meglerskikk» nevnes for eksempel eksplisitt i forarbeidene som aktuelt også overfor andre grupper enn de angitte parter.¹⁴ Spørsmålet er da om markedsføring av meglingstjenesten vil omfattes av kravene til god meglerskikk.

Det følger av eiendomsmeglingslovens § 6-3 første ledd at «[o]ppdrags-taker skal i sin virksomhetsutøvelse opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesser».¹⁵ Referansen til «begge parters interesser» kan tyde på at bestemmelsen kun gjelder etter at det er inngått et oppdrag, med selger og (potensiell) kjøper som parter. Det sies imidlertid at megleren skal ivareta god meglerskikk «i sin virksomhetsutøvelse». Innhentning av oppdrag og generell markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomheten vil utvilsomt være en sentral del av den generelle virksomhets-

12. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 13.

13. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 13.

14. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 13.

15. Om «god meglerskikk», se Bråthen s. 229 flg., Bergsåker s. 240 flg. og Rosén og Torsteinsen s. 221 flg.

utøvelse. I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven ble det også klargjort at god meglerskikk bør gjelde mer enn selve oppdraget.¹⁶ Det er dermed naturlig å tolke bestemmelsen slik at den også kommer til anvendelse før et oppdrag er inngått.¹⁷

Når begrepet «god meglerskikk» skal tolkes, vil det i vurderingen være naturlig å trekke inn bransjepraksis og retningslinjer utarbeidet av bransjen.¹⁸ For eksempel er det i etiske regler utarbeidet av Eiendom Norge i artikkel 4 angitt at: «Medlemmer av Eiendom Norge skal markedsføre megleroppdrag eller egne tjenester i overensstemmelse med lov, forskrift og bransjens egne normer. Medlemmer av Eiendom Norge skal i sin markedsføring utvise omsorg for bransjens anseelse.»¹⁹ Når bransjen selv vurderer markedsføring av oppdraget så sentralt at det legges inn som eget punkt i de etiske regler, er det naturlig at dette også må være et moment som hører under vurderingen av god meglerskikk etter loven.

De krav som stilles til god meglerskikk etter eiendomsmeglingsloven, vil dermed trekkes inn allerede ved markedsføringen av eiendomsmeglingstjenesten.

3 Markedsføringslovens anvendelse

3.1 Markedsføringslovens formål

Markedsføringsrettens primære formål er å sikre at konkurransen mellom næringsdrivende skjer på en lojal måte, slik at kundene kan treffe rasjonelle valg på bakgrunn av pris, kvalitet og service.²⁰ Både produksjon og omsetning av varer og tjenester skal foregå i en innbyrdes lojal konkurranse som også tilfredsstillende forbrukernes behov.²¹ Markedsføringsretten er dermed ment å omfatte regler som både beskytter de næringsdrivende og forbrukerne.²²

Det finnes ikke en egen formålsbestemmelse i den norske markedsføringsloven, men en overordnet bestemmelse er ment å gi brukerne av loven informasjon om hva den gjelder.²³ I henhold til mfl. § 1 gjelder loven «kon-

16. NOU 2006: 1 s. 117 og Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 149–150.

17. Bråthen s. 226 og Bergsåker s. 241.

18. Rt 1993 s. 156, forutsetningsvis. Se også Bergsåker s. 23 flg og Bråthen s. 231.

19. Eiendom Norge er en bransjeforening for eiendomsmeglingsforetak. Se etiske regler; <http://eiendomnorge.no/wp-content/uploads/2014/02/140408-Etiske-regler.pdf>.

20. Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2011) s. 19. I samme retning Krüger Andersen *Markedsføringsret* (1978) s. 9 flg. og Nordell *Marknadsrätten: en introduktion* (2008) s. 13.

21. Krüger Andersen *Markedsføringsret* (1978) s. 9 flg.

22. Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 26.

23. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 25.

troll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende». Den norske markedsføringsloven har dermed som formål både forbrukerbeskyttelse og regulering av forholdet mellom de næringsdrivende i samme lov. Det skiller ikke mellom de ulike bransjer som driver næring.

For å oppfylle formålet bør informasjon som gis i forbindelse med markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomheten være så saklig, sann og presis som mulig. Markedsføringen skal ikke være urimelig eller villedende, jfr. de materielle regler overfor forbrukere i mfl. §§ 6 flg. og overfor næringsdrivende §§ 25 flg.²⁴ I tillegg stilles det krav om at fremsatte påstander om faktiske forhold må kunne dokumenteres, jfr. mfl. § 3 annet ledd.

Markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet skal vurderes på bakgrunn av at lovens formål er å beskytte både forbrukere og næringsdrivende. For eiendomsmeglingsbransjen innebærer det at det må tas hensyn til alle aktører ved utøvelse av virksomheten, både konkurrenter, potensielle oppdragsgivere og interessenter.

3.2 Nærmere om markedsføringslovens virkeområde

I den norske markedsføringsloven er det likevel, rent lovteknisk, et skille mellom forbrukerbeskyttelse og beskyttelse av næringsdrivende.²⁵ Regler som skal beskytte forbrukernes interesser er samlet i kapittel 2 til 5, mens regler om forholdet mellom næringsdrivende er lagt til kapittel 6.

Den delen av loven som gjelder beskyttelse mot lovstridig markedsføring overfor forbrukere, er i stor grad bygget opp etter EU-direktivet om urimelig handelspraksis.²⁶ Det fremgår av direktivets 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». De sentrale regler er her mfl. § 6 om urimelig handelspraksis og mfl. §§ 7 og 8 om villedende handelspraksis, samt forskrift om urimelig handelspraksis.²⁷

De ulike lands regler for urimelig handelspraksis som skader forbrukerens økonomiske interesser, skal i utgangspunktet totalharmo-

24. Lunde, Mestad og Michaelsen s. 38.

25. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 19.

26. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (handelspraksisdirektivet). Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 19. Se også Trzaskowski *Om den uninonsretlige markedsføringsret* U.2010B.145 s. 148.

27. Se nærmere om markedsføring i forbrukermarkedet i pkt. 4 nedenfor.

niseres i EU/EØS-området.²⁸ De norske reglene kan i utgangspunktet ikke være mer eller mindre strenge enn det som fremkommer av direktivet.²⁹

Det fremgår imidlertid av handelspraksisdirektivet artikkel 3 nr. 9 at i forbindelse med «fast eiendom kan medlemsstaterne på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, stille krav, som er mer restriktive eller præsriptive end dette direktiv».³⁰ Direktivet vil kun gjelde dersom markedsføringen ikke er regulert eksplisitt på disse områder, jfr. direktivets fortale pkt. 10.³¹ Det er dermed tale om minimumsharmonisering mellom direktivet og den norske markedsføringsloven når det gjelder markedsføring av fast eiendom.³² Begrunnelsen for dette unntaket er at når det gjelder markedsføring av fast eiendom, vil den finansielle risiko, forbrukernes særlige mangel på erfaring på disse områder, sektorens sårbarhet og forbrukernes mottagelighet for salgsfremmende tiltak tilsi at nasjonale spesialregler bør gå foran.³³

I Norge reguleres markedsføring av fast eiendom først og fremst av bestemmelser i avhendingsloven.³⁴ Denne loven gjelder forholdet mellom kjøper og selger av fast eiendom og regulerer det privatrettslige forholdet mellom disse.³⁵ Brudd på selgers opplysningsplikt ved markedsføring av eiendommen vil for eksempel kunne gi kjøper mangelskrav overfor selger, jfr. avhl. §§ 3-7 og 3-8.³⁶ Sentrale regler i eiendomsmeglingsloven regulerer på sin side meglers opplysningsplikt ved markedsføring av eiendom, jfr. emgll. § 6-7.³⁷ For markedsføring av *fast eiendom* får dermed markeds-

28. Behovet for full harmonisering er presisert i direktivets fortale, se spesielt 5, 12 og 13. Fullharmonisering av direktivet er også påpekt av EU-domstolen, blant annet i de forenede saker C-261/07 og C-299/07 VTB-VAB NV v Total Belgium og Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV.
29. De daværende norske reglene som forbød kjøpsbetingede konkurranser i mfl. § 18 første ledd ble for eksempel ansett å være i strid med handelspraksisdirektivet og måtte oppheves. Se Viken «Det norske forbudet mot kjøpsbetingede konkurranser i markedsføringsloven ansett i strid med handelspraksisdirektivet» *Nytt i Privatretten* 2013 nr. 1 s. 17–19.
30. Det samme gjelder markedsføring i forbindelse med finansielle ytelser, blant annet presisert i EU-domstolens avgjørelse i C 265/12 (Citroën).
31. Markedsføring av fast eiendom og finansielle tjenesteytelser er likevel ansett som nøkkelområder for å styrke forbrukerbeskyttelsen og bygge opp tillit til det indre marked, jfr. COM (2013) 138 final side 6 og 8.
32. Lunde, Mestad og Michaelsen s. 26.
33. COM(2013) 139 final s 27.
34. Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eignedom. Se NOU 1979: 48 og Ot. prp. nr. 66 (1990–1991).
35. Sentral juridisk oversiktslitteratur om avhendingsloven er blant annet Bergsåker *Kjøp av fast eiendom – med kommentarer til avhendingsloven* (2013) og Benestad Anderssen *Avhendingsloven: med kommentarer* (2008).
36. Temaet er utførlig behandlet i en Ph.D.-avhandling ved Universitetet i Tromsø, se Benestad Anderssen *Fordeling av mangelsrisiko ved omsetning av brukte boliger mellom privatpersoner* (2014).
37. NOU 2006: 1 s. 118 og Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 159 flg. Se også Rosén og Torsteinsen s. 248 flg. og Bråthen s. 283.

føringsloven mindre betydning, siden strengere bestemmelser er inntatt i andre lover.

Markedsføring av *eiendomsmeglingsvirksomhet* nevnes imidlertid ikke i handelspraksisdirektivet artikkel 3 nr. 9. Spørsmålet er da om dette kan innfortolkes i kategorien markedsføring av fast eiendom. I så fall vil ikke handelspraksisdirektivet, og i neste omgang markedsføringsloven, få like stor betydning.

Ut fra en ren ordlydsfortolkning vil markedsføring av meglingstjenester være noe annet enn markedsføring av eiendom. I EU-kommisjonens rapport om gjennomføring av direktivet nevnes imidlertid aggressiv handelspraksis fra eiendomsmeglerne som et eksempel på utfordringer knyttet til markedsføring av *fast eiendom*.³⁸ Misnøye med eiendomstransaksjoner og problemer med rådgivning fra meglere fremheves, i visse medlemsland i EU, som problemområder ved markedsføring av eiendom.³⁹ Helt konkret ble det påpekt at misnøyen kunne dreie seg om manglende informasjon overfor oppdragsgivere om hva som er meglers oppgaver og manglende informasjon om kostnader.⁴⁰ På grunn av unntaket i direktivet artikkel 3 nr. 9 vil det på disse områder være opp til den enkelte medlemsstat om rettsgrunnlaget for lovstrid skal finnes i nasjonale regler eller med basis i handelspraksisdirektivet. Det må likevel være klart at ordlyden i direktivet artikkel 3 nr. 9 må gå foran den forståelse som fremkommer av rapporter internt i EU. Unntaket må dermed kun anses å gjelde markedsføring av fast eiendom, og ikke meglingstjenester. Handelspraksisdirektivet, og den norske markedsføringsloven, må anses å gjelde fullt ut for markedsføring av eiendomsmeglingstjenester overfor forbrukere. Problemstillingen har da heller aldri blitt satt på spissen i Norge. Forbrukerombudet og Markedsrådet har, både før og etter implementeringen av handelspraksisdirektivet, behandlet en rekke saker der det sentrale spørsmålet var om markedsføring av meglingsvirksomhet var lovstridig.⁴¹ Samtlige saker ble vurdert etter markedsføringslovens bestemmelser, uten at dens virkeområde ble problematisert.

38. COM(2013) 139 final s 26.

39. Civic Consulting (2012) *Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU*.

40. Civic Consulting (2012) s. 138.

41. De mest åpenbare eksemplene er: MR-2001-18, MR-2002-21, MR-2004-07, MR-2011-857, MR-2011-1153, FO-00-21, FO-00-1325, FO-00-1714, FO-01-0910, FO-04-197, FO-04-1404 og FO-05-2045.

Den del av markedsføringsloven som har som formål å beskytte næringsdrivende er, som nevnt, plassert i markedsføringslovens kapittel 6.⁴² Disse reglene videreføres uendret fra markedsføringsloven av 1972 og er ikke basert på handelspraksisdirektivet.⁴³

Sentrale regler i forholdet mellom næringsdrivende er mfl. § 25 om god forretningsskikk, mfl. §§ 26 og 27 om villedende forretningsmetoder og mfl. § 30 om etterligning.⁴⁴ Disse reglene vil blant annet være aktuelle ved markedsføring av eiendomsmeglingstjenester som rettes mot potensielle selgere eller kjøpere av næringsseiendom. De spesielle hensyn som gjør seg gjeldende ved næringsmegling, kan dermed få betydning når markedsføringen vurderes. Reglene i kapittel 6 vil også komme til anvendelse dersom markedsføringen anses å være illojal overfor konkurrenter.⁴⁵

3.3 Handlinger foretatt i næringsvirksomhet

Reguleringen i markedsføringsloven retter seg mot handlinger som foretas i næringsvirksomhet.⁴⁶ I loven selv er «næringsdrivende» definert som «en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne», jfr. mfl. § 5 bokstav b.⁴⁷ Virksomheten må ha et visst omfang eller være vedvarende.⁴⁸

Eiendomsmeglingsvirksomhet er utvilsomt næringsvirksomhet, og markedsføringsloven vil gjelde når meglingstjenesten markedsføres. Også ansatte i eiendomsmeglingsforetaket vil være næringsdrivende som «utøver næringsvirksomhet» og omfattes av reguleringen.⁴⁹

Det vil imidlertid være ulike grupper som har rett til å drive eiendomsmegling. Tittelen «eiendomsmegler» er reservert for personer som har meglerbrev, jfr. emgll. § 4-5.⁵⁰ Jurister med tillatelse etter § 4-3, advokater med rett til å drive megling etter § 2-1 (1) nr. 2 og såkalte overgangsmeglere kan også drive eiendomsmegling og kalle seg «meglere», jfr. emgll. § 4-5 (2). Alle disse gruppene vil i det følgende omtales som meglere.⁵¹ I markeds-

42. Reglene videreføres fra loven av 1972, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 9. Se nærmere om markedsføring i næringsmarkedet i pkt. 5 nedenfor.

43. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 9. Se forarbeider til disse reglene i Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) spesielt s. 7 flg. og s. 25 flg. og Innst. fra Konkurranselovkomitéen spesielt s. 25 flg. og s. 36 flg.

44. For en oversikt over reglene, se Lunde, Mestad og Michaelsen s. 145 flg.

45. Lunde *God forretningsskikk næringsdrivende imellom* (2001) s. 23.

46. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 29.

47. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 190.

48. Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 20. Se Lunde s. 41.

49. Lunde, Mestad og Michaelsen s. 54.

50. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 100.

51. Bråthen s. 156–157.

føringslovens terminologi vil samtlige grupper være næringsdrivende og omfattes av loven.

I og med at franchise som organisasjonsform de senere år har vært i fremvekst i eiendomsmeglingsbransjen, reiser det seg også spørsmål om hvem som er ansvarlig for den konkrete markedsføringen i franchiseforhold.⁵² Markedsrådet har vurdert dette i et tilfelle der *franchisetaker* i en kampanje brukte utsagnet «Salgsgaranti – det koster ingen ting å prøve».⁵³ Forbrukerombudet hadde i sitt vedtak kommet frem til at bruk av utsagnet i markedsføringen ble ansett å være lovstridig og rettet forbudsvedtak mot *franchisegiver*.⁵⁴ Spørsmålet for Markedsrådet var om det var rettmessig å rette vedtaket mot franchisegiver som næringsdrivende. Markedsrådet bemerket at franchisegiver ikke hadde hatt noen befatning med den konkrete annonseringen, og at selskapet var ukjent med den. Selskapene var, som henholdsvis franchisegiver og -taker, selvstendige rettssubjekter, og franchisetaker drev forretningen for egen regning og risiko, jfr. franchiseavtalens punkt 5.1. Det ble videre vist til at franchisegiveren, ifølge franchiseavtalen, skulle trekke opp hovedlinjene for all markedsføring, besørge sentral markedsføring og forhåndsgodkjenne annonser. Markedsrådet la imidlertid avgjørende vekt på at det var franchisetaker, som en selvstendig juridisk person, som hadde utarbeidet den aktuelle annonsen. Markedsrådet så det således slik at «franchiseavtalens bestemmelser og kjedens retningslinjer verken isolert eller samlet gir grunnlag for å rette vedtak mot [franchisegiver]». Forbrukerombudets vedtak ble dermed opphevet. Markedsrådets kommentarer gir ikke grunnlag for å si noe generelt om ansvars plasseringen, men vektleggingen av selvstendige rettssubjekter tyder på at det skal en del til før franchisegiver blir ansvarlig for markedsføring utarbeidet av franchisetaker.

Dernest kan det vurderes om også andre som har hatt befatning med foretakets markedsføring vil omfattes av markedsføringslovens bestemmelser. Det kan blant annet bli tale om et medvirkeransvar etter mfl. § 39 tredje ledd som sier at «[v]edtak kan også rettes mot medvirkere».⁵⁵ Både personer og andre foretak kan anses å være medvirkere i relasjon til markedsføringsloven. Hvis eiendomsmeglingsforetaket for eksempel anvender et reklamebyrå for utforming av en markedsføringskampanje kan både re-

52. Fremveksten av franchiser i eiendomsmeglerbransjen ble påpekt i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven, se NOU 2006: 1 s 19.

53. MR-2001-18. Vedtaket var begrunnet i at utsagnet var villedende overfor forbrukerne.

54. FO vedtak 07.05.01 Vedtaket var rettet mot franchisegiver av hensiktsmessighetshensyn.

55. Bestemmelsen kom inn i loven av 1972 i forbindelse med etablering av tvangsgebyrordningen, jfr. Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) og ble videreført i loven av 2009, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 212.

klamebyrået og meglingsforetaket bli ansett som ansvarlige. Et eksempel fra en annen bransje er den norske importøren som ble holdt ansvarlig for markedsføringskampanje lansert av et italiensk selskap.⁵⁶ Det var på det rene at den norske importøren ikke hadde hatt noe med kampanjen å gjøre, men Markedsrådet vurderte det slik at annonseringen hadde som siktemål å påvirke omsetningen i norske Benettonbutikker, og at Benettons representant i Norge ville nyte godt av den. Det italienske selskapet ble ansett å ha handlet på vegne av den norske importøren, og begge ble holdt ansvarlig.

Hensynet til en mest mulig effektiv håndhevelse av markedsføringsloven tilsier at det er nødvendig at også *personer* bak den ulovlige virksomheten bør kunne rammes av mfl. § 39 tredje ledd.⁵⁷ I et reklamebyrå vil for eksempel direktør eller daglig leder kunne omfattes av loven som medvirker.⁵⁸ For medvirkende personer presiseres det at det er nok å dokumentere eller sannsynliggjøre at den aktuelle personen gjennom *sin rolle* i firmaet har medvirket.⁵⁹ Det skal altså ikke så mye til før medvirkningsansvaret inntreffer. Underordnet personale er imidlertid til en viss grad unntatt fra medvirkningsansvaret.⁶⁰ Dette henger sammen med at det ikke er sannsynlig at deres rolle har ført til medvirkning. Dersom markedsføring av meglingstjenester er en naturlig oppgave for en faglig leder i et eiendomsmeglingsforetak, kan vedkommende bli ansvarlig som medvirker bak reklamekampanjer eller annen type markedsføring. De lokale forhold ved de enkelte kontor bør klargjøre ansvarsforholdene.

Definisjonen av næringsdrivende i markedsføringsloven fører til at en forholdsvis vid krets av personer vil falle inn under lovens regulering. Både medvirkende personer og foretak kan rammes av lovens bestemmelser, mens det skal noe mer til før franchisegiver blir ansvarlig for markedsføring som er selvstendig utarbeidet av franchisetaker.

3.4 Markedsføring og handelspraksis

Begrepet «markedsføring» er ikke definert i markedsføringsloven, men er egentlig et begrep hentet fra markedsøkonomien. Det refererer til hvordan virksomheten kan oppnå avsetning på sine varer eller tjenester.⁶¹ En forutsetning for en fungerende markedsøkonomi er at de enkelte næringsdri-

56. MR-1994-22

57. Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) s. 27 flg.

58. Se for eksempel Rt. 1980 s. 683 om lovstridig reklame for slankemiddel. Selv om reklamebyrået bare var en formidler av annonsen, hadde byrået – og dets direktør – et selvstendig ansvar for at annonsen var i samsvar med norsk lov.

59. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 212. Se for eksempel MR-2011-1053.

60. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 212.

61. Se for eksempel Gram Mortensen og Steinicke *Dansk markedsret* (2006) s. 209.

vende har adgang til å opplyse mottagerne om de varer eller tjenester som tilbys.⁶²

Begrepet «handelspraksis» ble innført med handelspraksisdirektivet og tilsvarende direktivets definisjon av det engelske «business-to-consumer commercial practices» i artikkel 2 bokstav d.⁶³ Begrepet er i norsk rett definert i mfl. § 5 bokstav d som «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». Definisjonen er svært vid og omfatter i realiteten alle handlinger som, direkte eller indirekte, bevisst eller ubevisst, er med på å fremme et salg.

I markedsføringsloven anvendes begge begreper. Ifølge forarbeidene vil begrepet «markedsføring» benyttes i bestemmelser som er en videreføring av den gamle loven, mens begrepet «handelspraksis» benyttes når bestemmelsene er basert på handelspraksisdirektivet.⁶⁴ Det innebærer at bestemmelser som regulerer markedsføring ikke er begrenset til å gjelde næringsdrivendes handlinger overfor forbrukere, men gjelder også forholdet til andre næringsdrivende.⁶⁵

Noen klare skillelinjer mellom hvordan begrepene skal forstås vil det ikke være. Både reklame og markedsføring nevnes for eksempel også som en del av handelspraksisbegrepet. Den vide definisjonen medfører dermed at alle salgsfremmende tiltak knyttet til markedsføring av eiendomsmeulingsvirksomheten vil være «handelspraksis». Vilkåret i mfl. § 5 bokstav d er at praksisen er «direkte knyttet til å fremme salget av» de ulike tjenester. Det skal imidlertid svært lite til før dette vilkåret er oppfylt. Når et eiendomsmeulingsforetak for eksempel lanserer konkurranser for å skape engasjement rundt virksomheten, uten at det knyttes direkte til inngåelse av oppdrag, vil dette være å anse som handelspraksis.⁶⁶ På samme måte er det naturlig å si at meglers opptreden overfor interessenter på visning av en eiendom vil være «handelspraksis» også overfor potensielle oppdragsgivere som er til stede på visningen.

Det er videre presisert i direktivet at regler for urimelig handelspraksis ikke bare gjelder på reklame- og markedsføringsstadiet, men også «før, under og etter en handelstransaksjon i forbindelse med et produkt», jfr. di-

62. Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 197.

63. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (Handelspraksisdirektivet).

64. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 28.

65. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 28.

66. Et eksempel fra praksis er en kampanje arrangert av et eiendomsmeulingsforetak der publikum kunne gjette riktig pris på tre ulike boliger og konkurrere om å vinne en iPad Mini.

rektivt artikkel 3 pkt. 1.⁶⁷ Begrepet kan dermed tolkes svært vidt og vil i utgangspunktet omfavne alt i forbindelse med oppdrag og bistand ved kontraktinngåelse og oppgjør. Siden slike handlinger vil knyttes direkte opp mot mellommannsvirksomheten vil imidlertid eiendomsmeglingslovens regler gjelde. De forholdsvis vidtrekkende reguleringer av meglerens opplysningsplikt og undersøkelsesplikt går, som nevnt ovenfor, foran markedsføringslovens bestemmelser.⁶⁸

Den vide forståelse av markedsføringsbegrepet og definisjonen av handelspraksis fører til at alle former for salgsfremmende tiltak der formålet, direkte eller indirekte, er å innhente oppdrag, omfattes av markedsføringsloven. Eiendomsmeglingslovens bestemmelser vil derimot gjelde fullt ut fra det tidspunkt oppdraget er inngått.

3.5 Forholdet til eiendomsmeglingslovens bestemmelser

Selv om markedsføringsloven vil være den sentrale lov for markedsføring av eiendomsmeglingstjenester, kan det bli spørsmål om eiendomsmeglingslovens bestemmelser kan få betydning ved *tolkningen* av markedsføringslovens bestemmelser. Flere av de materielle regler i markedsføringsloven har for eksempel som et vilkår at markedsføring eller handelspraksis ikke skal være i strid med «god forretningsskikk».

Dette gjelder, for det første, markedsføring rettet mot forbrukermarkedet. En handelspraksis vil være urimelig dersom den «strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere», jfr. mfl. § 6 annet ledd.⁶⁹ Ifølge forarbeidene til bestemmelsen defineres ikke denne rettslige standarden i loven, idet den er ment å være fleksibel og skal kunne tilpasses den generelle samfunnsutviklingen.⁷⁰

For det andre kan markedsføring være forbudt dersom den «strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom», jfr. mfl. § 25.⁷¹ Den objektive normen skal kunne variere fra bransje til bransje, men det er et reelt vilkår at forretningsskikken anses å være «god».⁷²

Når slike rettslige standarders nærmere innhold skal vurderes vil det i begge tilfeller være naturlig å søke veiledning i bransjepraksis.⁷³ Ved mar-

67. COM (2013) 138 final side 2.

68. Se spesielt emgll. § 6-7.

69. Det stilles i tillegg krav om at handelspraksisen må være «egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet» jfr. mfl. § 6 annet ledd.

70. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 48 og 49.

71. Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 7 flg.

72. Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 8-9.

73. Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 258 flg.

kedsføring av eiendomsmeglingstjenester vil målestokken være hva som i eiendomsmeglingsbransjen anses å være god skikk. Det er da nærliggende å trekke inn regler for «god meglerskikk» i emgll. § 6-3 første ledd i denne vurderingen.

Bransjens vurdering av kravet til «god meglerskikk» i eiendomsmeglingsloven vil dermed få betydning for tolkningen av kravet til «god forretningskikk» i markedsføringsloven. Hvorvidt vurderingen foretas etter en rettslig standard i markedsføringsloven eller i eiendomsmeglingsloven må være uten betydning for det materielle resultatet.⁷⁴

4 Markedsføring i forbrukermarkedet

4.1 Forbrukere som målgruppe

Ivaretagelse av forbrukerens interesser ved kjøp og salg av fast eiendom er ansett som et viktig område for forvaltningsmyndighetene.⁷⁵ Det samme forbrukerhensynet vil i stor grad gjelde også ved regler for leie av bolig.⁷⁶ Det er derfor naturlig at det også tas spesielt hensyn til forbrukerens interesser ved markedsføring av eiendomsmeglingstjenesten overfor denne gruppen. For å kunne foreta en juridisk vurdering må det klargjøres hvordan forbrukermarkedet skal avgrenses og hvordan dette markedet reagerer på ulike former for markedsføring av meglingstjenester.

Forbrukeren defineres i markedsføringsloven som «en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næring», jfr. mfl. § 5 bokstav a. Forbrukerbegrepet ble drøftet i forarbeidene til markedsføringsloven, og den valgte ordlyden var begrunnet i et ønske om enhetlige forbrukerdefinisjoner i norsk rett.⁷⁷ Denne definisjonen i markedsføringsloven samsvarer derfor med den kontraktsrettslige definisjon av forbrukeren i andre lover.⁷⁸

Den naturlige målgruppe for markedsføring av eiendomsmeglingstjenester i forbrukermarkedet er personer som skal selge bolig eller fritidseiendom. Dette henger sammen med at det i Norge er selgere som er potensielle oppdragsgivere. Forbrukermarkedet kan imidlertid ikke avgrenses til kun å gjelde personer som på et gitt tidspunkt er reelle selgere. Enhver som

74. Hvorvidt markedsføring anses å være lovstridig etter eiendomsmeglingsloven eller markedsføringsloven vil imidlertid få betydning for den prosessuelle håndteringen, se pkt. 6 nedenfor.

75. NOU 2006: 1 s. 23. Se også Finanstilsynets årsmelding for 2013 s. 77 der forbrukerbeskyttelse ved boligformidling nevnes eksplisitt som et prioritert område.

76. Blant annet påpekt i forarbeider til lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler; NOU 1993: 4 s. 18 og Ot.prp. nr. 82 (1997–1998) s. 21.

77. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 30.

78. Se for eksempel lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 1 tredje ledd og Ot. prp. nr. 44 (2001–2002) s. 31 flg. Definisjonen tilsvarer også avhl. § 1-2 tredje ledd (3), selv om selgersiden defineres annerledes ved kjøp av fast eiendom.

eier bolig eller fritidseiendom kan på ett eller annet tidspunkt være potensiell selger.⁷⁹ Poenget kan illustreres ved at megleren på visning av en eiendom møter personer som egentlig er ute etter å *kjøpe* bolig, men som også har egen eiendom å selge. Megleren vil dermed raskt havne i en situasjon der markedsføring av egne tjenester, gjerne indirekte, blir en naturlig del av virksomhetsutøvelsen. Også slike situasjoner må det tas hensyn til når markedsføring av meglingstjenesten vurderes juridisk. I andre tilfeller kan markedsføringen rettes mot en mer en spesifikk målgruppe. For eksempel kan en utleiemeglers markedsføring rettes mer spesifikt mot boligeiere som trenger hjelp til å leie ut sin bolig. Generelt kan det likevel sies at målgruppen i realiteten vil være alle som eier bolig eller fritidseiendom, uavhengig av hvor megleren møter dem.

Når markedsføringen vurderes i en juridisk sammenheng, er spørsmålet hvordan markedsføringen oppfattes av denne målgruppen.⁸⁰ For markedsføring av meglingstjenesten vil det ofte være spørsmål om hvorvidt utsagn om kvaliteten på tjenesten eller bruk av superlativer som «størst», «best» og «markedsledende» er ansett å være «villedende» overfor forbrukerne, jfr. mfl. § 7 første ledd.⁸¹ Forbrukerne må kunne stole på at utsagn fremsatt i markedsføringen er korrekte. Påstander om faktiske forhold må kunne dokumenteres av eiendomsmeglingsforetaket som fremsetter den, jfr. mfl. § 3 annet ledd.⁸² Markedsrådet har blant annet lagt opp til en praksis der bruk av påstand om å være «størst» medfører krav om dokumentasjon for at markedsføreren er størst, både med tanke på omsetning, antall formidlinger og antall salgskontorer.⁸³ Bruk av utsagnet «Norges største eiendomsmegler» ble for eksempel ansett å være villedende, og dermed lovstridig, fordi påstanden ikke kunne dokumenteres.⁸⁴

Med utgangspunkt i at det er eiere av bolig og fritidseiendom som er målestokk for vurdering av lovstrid, blir spørsmålet hvor listen skal legges – når er markedsføringen villedende? Ifølge forarbeidene til markedsføringsloven er det naturlig å følge opp Markedsrådets praksis, som foretar en vurdering av markedsføringstiltaket opp mot hvordan det er egnet til å

79. Eiere av slike eiendommer vil også være målgruppen ved markedsføring av eiendomsmeglingstjenester knyttet til utleiemegling.

80. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 35.

81. De sentrale bestemmelsene er mfl. § 7 og § 8, jfr. § 6 femte ledd. Se *Forbrukerombudets veiledning om markedsføring av eiendomsmeglingstjenester* av januar 2011; http://www.forbrukerombudet.no/asset/3982/1/3982_1.pdf.

82. Ot. prp. nr. 55 (2007–2008) s. 189.

83. Forankret i MR 1994-24. Se *Forbrukerombudets veiledning om markedsføring av eiendomsmeglingstjenester* pkt. 3.2.

84. FO-00-1325.

bli forstått av en «vanlig forbruker».⁸⁵ Dette tyder i alle fall på at listen ikke legges spesielt høyt for hva som anses lovstridig. Målestokken skal ikke tilsvare oppfatningen hos en fagkyndig person. Som Knoph uttrykte det allerede i 1936, må rettsanvenderen «bokstavelig kripe ut av sitt gode skinn og søke å leve seg inn i hvordan godtfolk vil reagere».⁸⁶ I denne innlevelsen kan også handelspraksisdirektivet gi veiledning. Ifølge direktivets fortale pkt. 18 er det nødvendig å undersøke virkningen på en tenkt, typisk forbruker ved å ta utgangspunkt i oppfatningen hos gjennomsnittsforkbrukeren. Denne anses å være «rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer».⁸⁷

Når norsk lovgivning opererer med begrepet «forbruker» i markedsføringsloven, skal dette ha den samme funksjonen som fellesbetegnelsen «gjennomsnittsforkbruker», slik begrepet er brukt i handelspraksisdirektivet.⁸⁸ Dette er fulgt opp i rettspraksis, og gjennomsnittsforkbrukeren er da definert som en som antas å være «alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet».⁸⁹ Denne konstruerte forbrukeren anses å være en representant for den relevante kundekrets eller omsetningskrets. Listen for lovstrid ved markedsføring av eiendomsmevlingstjenester må dermed vurderes ut fra den *gjennomsnittlige* boligeiers oppfatning.

Den gjennomsnittlige boligeiers oppfatning kan det imidlertid være vanskelig å kartlegge.⁹⁰ Innad i denne gruppen vil det både kunne være forbrukere med høyt kunnskapsnivå om eiendomsmarkedet og mevlings-tjenester, og forbrukere med liten eller ingen kunnskap om hvordan dette markedet fungerer. Det må da holdes fast ved at det er den gjennomsnittlige boligeiers oppfatning som er målestokken og ingen av ytterpunktene vil ha nevneverdig innflytelse på denne.

Til slutt må det altså spørres hvordan en «alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet» eier av bolig eller fritidseiendom vil oppfatte markedsføringen. Siden den enkelte gjerne er følelsesmessig sterkt

85. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 32 flg. Se også de svenske forarbeidene Prop. 2007/08:115 s. 66–67. For dansk rett, se Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 30 og 224.

86. Knoph *Åndsretten* (1936) s. 455.

87. Sentrale avgjørelser av EU-domstolen i utviklingen av gjennomsnittsforkbruker som målestokk for oppfatning av markedsføring er C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars), C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) og C-112/99 av 25. oktober 2001 (Toshiba).

88. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 35.

89. Se for eksempel Rt 2002 s. 391 (God Morgon), Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt), LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse), RG 2008 s.161 (Borgarting, Mango), LB-2009-174551 (Company's), LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse), LA-2010-35846 (Panorama - kjennelse), TSTAV-2005-178340 (Skagenfondene), TOSLO 2007-10029 (Imperia) og TOSLO-2013-86552 (Tretorn).

90. Denne oppfatningen kan også forsøkes dokumentert gjennom empiriske studier, se Viken *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke og markedsføringsretten* (2012).

knyttet til hjemmet eller fritidseiendommen, vil oppmerksomhetsnivået kunne være høyt. For den gjennomsnittlige forbruker vil imidlertid salg av egen bolig eller fritidseiendom skje forholdsvis sjelden, og det kan forutsettes at kunnskapsnivået om slike prosesser er forholdsvis lavt. Det må også tas høyde for at salg av bolig eller fritidseiendom er knyttet til store verdier, og at dette er en viktig beslutning for den enkelte. Det er derfor naturlig at det stilles forholdsvis strenge krav til informasjon og saklighet når meglingstjenesten skal markedsføres. Forbrukerombudet har for eksempel i flere saker ansett at bruken av utsagnet «salgsgaranti» var villedende fordi forbrukeren ikke hadde fått en nærmere redegjørelse for garantiens innhold og betingelser.⁹¹

På bakgrunn av dette kan det hevdes at markedsføringstiltak som fungerer godt i matvare- eller bilbransje, anses å være lovstridig dersom tilsvarende markedsføring forsøkes i eiendomsmeglingsbransjen. Bruk av konkurranser og premier som lokkemiddel for inngåelse av oppdrag kan for eksempel vurderes annerledes for meglingsbransjen enn bruk av tilsvarende lokkemidler i andre bransjer.⁹² Et eksempel til ettertanke er en reklamekampanje for et meglingsforetak, der et gavekort ble brukt som premiering ved inngåelse av meglingsoppdrag. Kampanjen hadde følgende ordlyd;

Skal du kjøpe mange julegaver i år?

Inngå avtale om salgsoppdrag med X Eiendomsmegling innen november 2013 og få gavekort på [angitt kjøpesenter] til kr 10 000,-.

Du trenger ikke legge ut boligen din for salg før neste år – men gavekortet får du med en gang.⁹³

Bruken av de ulike elementer knyttet til julegavehandel, gavekort med et forholdsvis høyt beløp som lokkemiddel og inngåelse av oppdragsavtale der selve salget kan vente, synes lite heldig.⁹⁴ Selv om det i dag er åpnet for å bruke både konkurranser, premier og gavekort i markedsføringen, kan hensynet til målgruppen likevel tilsi at slik markedsføring overfor boligieiere lettere anses urimelig eller villedende. Det må dermed kunne sies at listen bør ligge forholdsvis lavt for hva som anses å være villedende markedsføring av meglings tjenester overfor forbrukermarkedet.

Når markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomheten overfor brukere skal vurderes etter markedsføringslovens regler, vil det altså være av-

91. Se for eksempel FO-01-0910 og FO-04-197.

92. Viken «Konkurranser og premier som lokkemiddel for inngåelse av oppdrag». *Eiendomsmegleren* 2014 nr. 3 s. 38 flg.

93. Reklamekampanjen er drøftet i Viken «Konkurranser og premier som lokkemiddel for inngåelse av oppdrag». *Eiendomsmegleren* 2014 nr. 3 s. 38 flg.

94. Det skal bemerkes at kampanjen ikke er vurdert rettslig.

gjørende hvordan gjennomsnittsfbrukeren oppfatter markedsføringen. Denne gjennomsnittsfbrukeren kan finnes både blant de reelle selgere av eiendom, men også blant andre som eier bolig eller fritidseiendom. Det må tas høyde for at gjennomsnittsfbrukeren må hentes fra en vid krets av personer, og at listen for lovstrid må ligge forholdsvis lavt.

4.2 Forbrukerhensynet som prosessuell skranke

Avgrensningen til forbrukermarkedet som målgruppe i markedsføringsloven vil få betydning for hvordan reglene i markedsføringsloven håndheves. Selv om saker om brudd på markedsføringsloven kan gå som sivilrettslige saker for domstolen, vil de fleste av disse sakene løses gjennom vedtak av forvaltningsmyndigheter.⁹⁵

Det er Forbrukerombudet som fører tilsyn med bestemmelser i markedsføringslovens kapittel 1 til 5 «ut fra hensynet til forbrukerne», jfr. § 34 annet ledd. Det vil da være de kollektive forbrukerinteresser som skal ivaretas.⁹⁶ Vedtak kan kun ilegges av Forbrukerombudet og Markedsrådet dersom forbrukerhensyn tilsier det, jfr. mfl. § 39 første ledd. De siste årene har da også Forbrukerombudet og Markedsrådet behandlet en del saker om markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet der forbrukerhensynet har ført til at eiendomsmeglingsforetaket ble ilagt forbudsvedtak.⁹⁷ Typiske eksempler på dette er at markedsføringen er ansett å være villedende eller urimelig, jfr. mfl. §§ 6, 7 og 8.

Det er imidlertid også eksempler fra praksis på at forbrukerhensynet har vært en reell prosessuell skranke for behandling av sakene. Markedsrådet har blant annet vurdert en klage på Forbrukerombudets nedprioritering av en sak om påstått lovstridig markedsføring av eiendomsmeglings-tjenester.⁹⁸ Klager hadde bedt Forbrukerombudet vurdere om fremsatte påstander om «de beste meglerne» og «overtar som ny lokalmegler» var villedende etter markedsføringslovens bestemmelser. Forbrukerombudet prioriterte ikke saken og viste til at forbrukerhensynet ikke var sterkt nok. Markedsrådet viste til at Forbrukerombudet skulle, ut i fra hensynet til forbrukerne, føre tilsyn med at det ikke skjer markedsmissbruk i strid med markedsføringsloven kapittel 1 til 5, jfr. mfl. § 34 første og andre ledd. Etter

95. Se mfl. § 32 og forskrift 5. juni 2009 nr. 588 om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

96. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 208.

97. Eksempler på vedtak i Markedsrådet som gjelder eiendomsmeglingsforetak er MR-1994-24 og MR-2002- 21. Noen eksempler fra Forbrukerombudets praksis er FO-00-21, FO-00-1325, FO-00-1714, FO-01-0910, FO-04-197, FO-04-1404 og FO-05-2045.

98. MR-2011-1153.

Markedsrådets mening måtte Forbrukerombudet ha en vid skjønnsmessig adgang til å vurdere om det forelå tilstrekkelige forbrukerinteresser til at saken burde realitetsbehandles, eller om man av prioriteringshensyn burde la saken ligge. Det ble påpekt at Forbrukerombudet som regel har den beste oversikt over hvilke saker som foreligger til behandling, og som derfor best kan foreta en prioritering av sakene. Markedsrådet var enig med Forbrukerombudet i at forbrukerhensynet ikke gjorde seg sterkt nok gjeldende til at ombudet skulle pålegges å realitetsbehandle saken.

En annen sak gjaldt Forbrukerombudets nedprioritering av klage på en utleiemeglers markedsføring av sin meglingstjeneste.⁹⁹ Spørsmålet var om utleiemeglerens markedsføring av meglingstjenesten som «sikker, trygg og problemfri for utleier» var villedende etter markedsføringslovens bestemmelser. Markedsrådet var enig med Forbrukerombudet i at forbrukerhensynet ikke gjorde seg sterkt nok gjeldende til at ombudet skulle pålegges å realitetsbehandle saken.

I en tidligere sak, som gjaldt boligannonsering, påla imidlertid Markedsrådet Forbrukerombudet å behandle saken.¹⁰⁰ Det ble blant annet lagt vekt på at bolig var oppgitt som et av satsningsområdene for Forbrukerombudet i 2006 og 2007. Markedsrådet var videre av den oppfatning at saker som gjaldt kjøp, salg og markedsføring av bolig prinsipielt var viktige områder med stor økonomisk betydning for forbrukerne. Med tanke på at også markedsføring av eiendomsmeglingstjenester de siste årene har vært angitt som satsingsområde, kan det tyde på en noe ulik vurdering av forbrukerhensynet ved henholdsvis markedsføring av *bolig* og markedsføring av *meglingstjenester*.

Selv om forbrukerhensynet er en skranke for hvilke saker som behandles av forbrukermyndighetene, realitetsbehandles de fleste saker som blir innklaget. Det kan imidlertid synes som om Markedsrådet i alminnelighet har lagt terskelen relativt høyt for å overprøve Forbrukerombudets avgjørelse om nedprioritering. Det bør imidlertid påpekes at en nedprioritering fra forbrukermyndighetenes side ikke automatisk gir markedsføringen et godkjent-stempel. Markedsføringen kan innebære brudd på andre regler som ikke stiller forbrukerhensyn som et vilkår, for eksempel etter regler om illojal konkurranse, se pkt. 5.2 nedenfor.

99. MR-2011-857.

100. MR-2004-07.

5 Markedsføring i næringsmarkedet

5.1 Andre næringsdrivende som målgruppe (næringsmegling)

Markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet kan også rettes direkte mot andre næringsdrivende som målgruppe. Det er da nærliggende å tenke seg at målgruppen vil være potensielle oppdragsgivere som er interessert i å kjøpe eller selge næringsseiendom.

I utgangspunktet reguleres næringsmegling av eiendomsmeglingsloven.¹⁰¹ Næringsmegling defineres ved at det avgjørende er om den aktuelle eiendom «ikke helt eller delvis er egnet til bolig- eller fritidsformål», jfr. emgll. § 1-4 tredje ledd. Det avgjørende er altså ikke om oppdragsgiver er et selskap eller en fysisk person som handler som ledd i en næring, men hva som er eiendommens karakter.¹⁰²

Selv om eiendomsmeglingsloven i utgangspunktet regulerer næringsmegling, er det tatt høyde for at reglene i eiendomsmeglingsloven ikke alltid passer. Flere av reglene i loven kan derfor fravikes ved næringsmegling, jfr. emgll. § 1-4 tredje ledd og forskrift om eiendomsmegling § 1-2. I henhold til emgll. § 1-3 kan visse bestemmelser også generelt fravikes utenfor forbrukerforhold. Friheten til å fravike loven ved næringsmegling er imidlertid mer omfattende.¹⁰³ Når det gjelder regulering av markedsføring av meglingstjenester, har det størst betydning at regler om god meglerskikk ikke kan fravikes i noen tilfeller.¹⁰⁴ Regler om god meglerskikk gjelder derfor fullt ut også ved næringsmegling.

Markedsføringslovens regler kan ikke på samme måte fravikes overfor andre næringsdrivende. Markedsføringsloven vil dermed gjelde fullt ut også overfor næringsdrivende som målgruppe. Slike næringsdrivende må falle inn under den samme definisjon som er angitt i mfl. § 5 bokstav b, som «en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne».¹⁰⁵ Denne definisjonen retter seg klart mot å *utøve* næringsvirksomhet og skiller seg fra eiendomsmeglingslovens definisjon av hva som omfattes av begrepet «næringsmegling». Etter eiendomsmeglingsloven er det avgjørende hvilken *karakter* eiendommen har, mens det etter markedsføringsloven er *handlingen* som er avgjørende. Noen sentral betydning får dette skillet likevel ikke. Det er jo vanskelig å tenke seg at en næringsdrivende, etter

101. Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) s. 36-37.

102. Rosén og Torsteinsen s. 465 og Bråthen s. 58. Se også Rosén *Næringsmegling – nye muligheter med ny lov TFEi 2008* s. 207-208.

103. Bråthen s. 53.

104. Om god meglerskikk i næringsmegling, se Rosén og Torsteinsen s. 474 flg. Se også Bråthen s. 58.

105. Jfr. pkt. 3.3 ovenfor.

markedsføringslovens definisjon, som skal selge eller kjøpe eiendom i forbindelse med sin virksomhet, *ikke* vil falle inn under meglers håndtering av næringsmegling i eiendomsmeglingslovens forstand.

Når det gjelder den juridiske vurderingen av markedsføring rettet mot næringsdrivende vil det, på samme måte som for forbrukermarkedet, gjerne være spørsmål om hvorvidt markedsføringen er villedende eller ikke.¹⁰⁶

Målestokken for denne vurderingen vil være de næringsdrivende som potensielle oppdragsgivere. I næringsmegling vil det imidlertid i større grad være potensielle oppdragsgivere både på kjøper- og selgersiden av næringsseiendom, samt på begge sider i utleiemarkedet. Det vil i tillegg dreie seg om et bredt spekter av eiendommer, fra små næringsseksjoner til eiendommer i milliardklassen.¹⁰⁷ Det må dermed tas høyde for at det kan være snakk om en forholdsvis vid krets av næringsdrivende, som ikke har særlig mange fellestrekk, når markedsføringen vurderes. Også overfor denne gruppen vil reaksjonen hos en gjennomsnittlig næringsdrivende være målestokk.

Selv om disse utøver næringsvirksomhet og må anses å være profesjonelle innen sin bransje, kan det ikke generelt forventes et særlig høyt kunnskaps- eller oppmerksomhetsnivå når det gjelder kjøp og salg av næringsseiendom. På den annen side vil de profesjonelle eiendomsaktørene, som nettopp har kjøp og salg av eiendom som sitt spesialfelt, ha et svært høyt kunnskapsnivå.¹⁰⁸ Det vil dermed være et stort spenn i kunnskapsmengden, både om eiendomsmarkedet generelt og eiendomssalg spesielt, blant de næringsdrivende i målgruppen. Dette må det tas høyde for når markedsføringen vurderes.

Meglerens rolle blir også helt annerledes i næringsmegling enn ved boligmegling. Mens det for boligmarkedet er hovedvekt på salgsarbeid og det å koble kjøper og selger, vil det innen næringsmegling være oppgaver knyttet til analyse og verddivurdering, reforhandlinger, leietakerrådgivning og utleie, i tillegg til oppgaver knyttet mer direkte til kjøp og salg av næringsseiendom. Megleren opptrer mer som en rådgiver overfor den næringsdrivende, og det stilles store krav til næringsmeglerens profesjonalitet.¹⁰⁹ Dette vil gjenspeiles også i de krav som stilles til markedsføring av disse tjenestene. Blant annet vil kravet til god meglerskikk på dette stadiet måtte vurderes på bakgrunn av den spesielle målgruppens forventninger.¹¹⁰

106. Mfl. § 26 og mfl. § 27, jfr. også mfl. § 25.

107. Rosén og Torsteinsen s. 463.

108. NOU 2006: 1 s. 37.

109. NOU 2006: 1 s. 37.

110. Rosén og Torsteinsen s. 474 flg.

Med næringsdrivende som målgruppe for markedsføringen må det tas høyde for at markedsføringen rettes mot en vid krets av næringsdrivende, med varierende kunnskaps- og oppmerksomhetsnivå. Det vil være oppfatningen hos den gjennomsnittlige næringsdrivende som er avgjørende ved vurderingen av om markedsføringen er lovstridig.

5.2 Konkurransehandlinger

Markedsføring av eiendomsmeglingstjenester kan også ha konsekvenser overfor andre næringsdrivende, som enten driver konkurrerende virksomhet eller som blir berørt på andre måter.

Selve begrepet «konkurranse» kan defineres som en fellesbetegnelse på rivaliseringen mellom foretak for å vinne kunder og markedsandeler.¹¹¹ Det er liten tvil om at både forbrukerhensyn og hensynet til konkurranse tilsier at meglerne må få rivalisere om oppdragsgiverne og markedsføre seg selv. Selv om slik konkurranse er ønskelig er det imidlertid nødvendig å stille opp grenser for hva næringslivet kan tillate seg.¹¹² I rettspraksis er det presisert to behov som skal avveies mot hverandre: «behovet for å hindre at noen skal kunne snylte på en annens innsats» og «behovet for en mest mulig fri konkurranse».¹¹³ De begrensninger som settes i markedsføringsloven kapittel 6, skal ikke være så omfattende at konkurransen mellom næringsdrivende blir urimelig hindret, men sikre en sunn konkurranse.

Når det gjelder forholdet til konkurrenter i eiendomsmeglingsbransjen, må det blant annet vurderes om konkurransehandlingen er illojal eller i strid med god forretningsskikk meglere imellom.¹¹⁴ En generell beskyttelse av eiendomsmeglingsforetakenes goodwill kommer også til uttrykk gjennom forbudet mot renommésnylting.¹¹⁵

Regler som beskytter næringsdrivendes interesser, skiller seg fra andre regler i markedsføringsloven idet det ikke trenger å være en spesifikk målgruppe markedsføringen skal vurderes opp mot. Vurdering av lovstrid overfor konkurrenter stiller ikke krav om at det skal være en reell konkurransesituasjon eller at handlingen er rettet mot et identifiserbart foretak.¹¹⁶

111. Evensen og Sæveraas (red.) *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 26.

112. Lunde s. 20.

113. Rt 1998 s. 1315 (Iskrem).

114. De sentrale bestemmelser er mfl. § 25 og mfl. § 30, samt forskrift om sammenlignende reklame.

115. Nordell *Marknadsrättens goodwillskydd* (2003) s. 21. I norsk rett er renommésnylting presisert i forskrift om sammenlignende reklame § 3 bokstav g, basert på Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/114/EF av 12. desember 2006 om villedende og sammenlignende reklame (kodifisert utgave).

116. Lunde s. 46.

Selv om det ikke kan utpekes et konkret foretak som er skadelidende kan en handling være lovstridig. Det avgjørende er om konkurransehandlingen generelt er egnet til å skade andre næringsdrivendes interesser, for eksempel en hel bransjes renommé.

Potensielt vil det kunne være et stort spenn av aktører som kan bli skadelidende, men oftest vil handlingen kunne få konsekvenser for andre meglere. Det kan for eksempel tenkes at markedsføring som rettes mot forbrukermarkedet kan skade andre meglere ved at det fremsettes påstander som fremhever eget foretak på bekostning av konkurrentene. Dette kan være tilfelle dersom et eiendomsmeglingsforetak for eksempel hevder å være «best», «markedsledende» eller «oppnår best pris» uten at dette kan dokumenteres.¹¹⁷

Den første dommen jeg har funnet som omhandler spørsmål om illojale konkurransehandlinger blant meglere er fra Oslo byrett, avsagt i 1935.¹¹⁸ Forholdet ble vurdert etter den dagjeldende konkurranselov som slo fast at under utøvelse av næringsvirksomhet «er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger som etter god forretningsskikk er utilbørlige».¹¹⁹ Megler ble imidlertid frifunnet for illojal opptreden overfor konkurrent, idet det ikke fantes bevis at han hadde arbeidet med en eiendom som en annen megler hadde oppdrag på. Bestemmelsen om forbud mot handlinger som strider mot god forretningsskikk er i dag videreført i mfl. § 25.

Andre eksempler på vurdering av illojal opptreden eller brudd på god forretningsskikk i eiendomsmeglingsbransjen er negativ omtale av konkurrenter, villedende påstander i markedsføring, brudd på konkurranseklausuler, ansattes brudd på bindingstid og illojal etablering av konkurrerende virksomhet.¹²⁰ Siden reglene for god forretningsskikk åpner for å trekke inn bransjepraksis, vil det i dag være naturlig også å trekke inn regler om god meglerskikk fra eiendomsmeglingsloven ved spørsmål om illojale konkurransehandlinger.¹²¹

Når konkurransehandlinger vurderes etter markedsføringsloven, blir det spørsmål om handlingen skader andre næringsdrivendes interesser. Vurderingen av lovstrid kan foretas både i forhold til andre meglere og i

117. Saken som ble behandlet i MR-2011-1153 er et typisk eksempel, se pkt. 4.2 ovenfor.

118. RG 1936 s. 418.

119. Den nå opphevede lov 7. juli 1922 nr. 11 om utilbørlig konkurranse.

120. Rettspraksis viser at flere av disse forholdene som angår eiendomsmeglingsbransjen gjerne også vurderes etter avtalerettslige eller arbeidsrettslige regler; se for eksempel Rt 2006 s. 420, RG 1996 s. 1566 (Borgarting), LB-2006-58637, LA-2007-35455, LB-2007-64453, RG 2010 s. 488 (Borgarting), LF-2010-73325, LB-2011-120427, LG-2011-197099, TOSLO-2003-12008, TOSLO-2003-12290, RG 2004 s. 425 (Oslo tingrett), TOSLO-2008-82621 og TOBYF-2009-192496.

121. Se forarbeider til bestemmelsen om god forretningsskikk Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 7 flg. og Innst. fra Konkurranselovkomiteén s. 25–29.

forhold til andre bransjer. Det stilles ikke krav om reell konkurransesituasjon.

6 Prosessuell håndtering

6.1 Håndheving av eiendomsmeglingslovens regler

Gjennomgangen ovenfor har vist at markedsføring av meglingstjenester kan vurderes som brudd på regler om god meglerskikk, jfr. emgll. § 6-3 første ledd. Den prosessuelle håndhevingen av lovbruddet vil dermed gjøres med grunnlag i eiendomsmeglingslovens regler.

I henhold til emgll. § 8-1 første ledd er det Finanstilsynet som fører kontroll og tilsyn med eiendomsmeglingsforetakene, med grunnlag i finanstilsynsloven.¹²²

Finanstilsynet kan kalle tilbake et foretaks tillatelse til å drive eiendomsmegling etter emgll. § 2-1, dersom det finnes utilrådelig å la eiendomsmeglingsvirksomheten drives videre, jfr. emgll. § 8-2.¹²³ Adgangen for den enkelte megler til å drive eiendomsmeglingsvirksomhet kan også kalles tilbake, jfr. emgll. § 8-4 for eiendomsmeglere, § 8-5 for jurister og § 8-6 for advokater. Tilbakekall av tillatelser, både for person og foretak, kan gjennomføres ved brudd på lov eller forskrift. Jeg har imidlertid ikke funnet noen eksempler på at Finanstilsynet har grepet inn ved lovstridig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet.

Alle foretak og advokater som driver eiendomsmegling skal imidlertid også være tilsluttet en klagenemnd, jfr. emgll. § 2-10.¹²⁴ Dette er i dag Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglingstjenester.¹²⁵ Klagenemnda anses ikke å være et forvaltningsorgan, men er et organ basert på avtale mellom bransjeorganisasjoner og Forbrukerrådet, jfr. emgll. § 8-8 første ledd.¹²⁶ Reklamasjonsnemnda behandler tvister mellom foretak eller advokat som driver eiendomsmegling på den ene siden og selger, kjøper eller øvrige interessenter på den andre side, samt tvister om oppdragstakers plikter etter eiendomsmeglingsloven. Klagen kan angå alle sider ved utøvelse av virksomheten.¹²⁷ De typiske saker gjelder oppdragsgivere som er misfornøyde med håndteringen av oppdraget og kjøpere som klager på misvisende mar-

122. Lov 7. desember 1956 nr. 1 om tilsynet med finansinstitusjoner mv. (finanstilsynsloven).

123. Det ble gjennomført 43 stedlige tilsyn i 2013 og én tillatelse til å drive eiendomsmegling ble tilbakekalt, jfr. Finanstilsynets årsmelding for 2013 s. 76–77.

124. Se generelt om klagenemnders rettskildemessige verdi i Bergsåker s. 31 flg.

125. <http://www.eiendomsmeglingsnemnda.no/>

126. Ot.prp. nr. 16 (2006–2007) s. 188.

127. Jfr. Avtale om Reklamasjonsnemnd for eiendomsmeglingstjenester pkt. 1, tredje avsnitt.

kedsføring av den solgte bolig. Jeg har ikke funnet noen saker som gjelder klage på markedsføring av eiendomsmeglingstjenester.

Brudd på eiendomsmeglingslovens regler kan også være gjenstand for tradisjonelle søksmål for domstolen.¹²⁸ Jeg har imidlertid ikke funnet rettspraksis som gjelder lovstridig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet, basert på reglene om god meglerskikk etter eiendomsmeglingsloven.

Siden overtredelse av regler om god meglerskikk i emgll. § 6-3 første ledd ikke er straffesanksjonert, får regler om straff etter emgll. § 8-9 ingen betydning ved lovstridig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet.¹²⁹

6.2 Håndheving av markedsføringslovens regler

Når markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet vurderes etter markedsføringslovens bestemmelser, viser gjennomgangen ovenfor at både hensynet til forbrukermarkedet og hensynet til næringsmarkedet kan tilsi lovstrid. Prosessuelt vil det være et skille ut fra om markedsføringen rettes mot det ene eller andre marked.

Når det gjelder forholdet til forbrukermarkedet, vil det være Forbrukerombudet som fører tilsyn med de aktuelle bestemmelser, jfr. mfl. § 34. Forbrukerombudet skal imidlertid, så langt det er mulig, først søke å oppnå en frivillig ordning med den næringsdrivende, jfr. mfl. § 35 annet ledd. Denne dialogen, gjennom den såkalte forhandlingsmodellen, fører til at de aller fleste saker løses på et tidlig stadium.¹³⁰ Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan Forbrukerombudet eller Markedsrådet ilegge påbuds- eller forbudsvedtak, jfr. mfl. §§ 39 flg. Sammen med vedtaket kan det ilegges tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr.¹³¹ Det er, som nevnt, flere eksempler fra praksis på at eiendomsmeglingsforetak har fått ilagt forbudsvedtak på grunn av villedende markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet.¹³²

Ved spørsmål om brudd på regler som skal beskytte næringsdrivendes interesser, ligger håndhevingen utenfor forbrukermyndighetenes kompetanseområde.¹³³ Prosessuelt kan slike saker fremmes sivilrettslig for domstolene, med den krenkede part som saksøker og eiendomsmeglingsfore-

128. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

129. Bråthen s. 224.

130. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 144.

131. Mfl. § 42 regulerer tvangsmulkt, se Ot.prp. nr. 34 (1994–1995), St.meld. nr. 9 (1989–1990) og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 156 flg. Mfl. § 43 regulerer overtredelsesgebyr, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 161–162. Se også vurderinger i NOU 2003:15 s. 169.

132. Se for eksempel FO-00-21, FO-00-1325, FO-01-0910, FO-04-197, FO-04-1404 og FO-05-2045.

133. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 208.

taket som saksøkte. I visse tilfeller gis det krenkede foretak lovbestemt rett til vederlag og erstatning, jfr. mfl. § 48 b.¹³⁴ Som et særskilt verktøy for å få stanset en skadevoldende handling raskt, kan også midlertidig forføyning være aktuelt, jfr. tvisteloven kapittel 34.¹³⁵ Det er flere eksempler fra rettspraksis på at illojale konkurransehandlinger i eiendomsmeglingsbransjen er vurdert av domstolen, men da som oftest vurdert ut fra andre regler enn markedsføringslovens bestemmelser.¹³⁶

Et alternativ for næringsdrivende som mener seg krenket på bakgrunn av markedsføringslovens regler, er å inngi klage til Næringslivets konkurranseutvalg (NKU).¹³⁷ NKU er et selvjustisorgan som avgir rådgivende uttalelse i tvister mellom næringsdrivende om anvendelse av markedsføringslovens kapittel 6.¹³⁸ Mange av sakene gjelder hvorvidt en konkurransehandling er i strid med «god forretningsskikk næringsdrivende imellom», jfr. mfl. § 25. Om det skyldes manglende kunnskap om NKU eller at det ikke finnes aktuelle saker er usikkert, men per i dag er det ikke behandlet noen saker som gjelder konkurransehandlinger i eiendomsmeglingsbransjen.

Brudd på visse bestemmelser i markedsføringsloven kan også medføre straffesanksjoner overfor den næringsdrivende, jfr. mfl. § 48. Dette gjelder både markedsføring i forbrukermarkedet og markedsføring i næringsmarkedet. Straff anvendes imidlertid kun ved kvalifiserte lovbrudd.¹³⁹ Det er ingen eksempler fra praksis på at straff er anvendt som sanksjon ved lovstridig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet.

7 Avsluttende kommentarer

De juridiske rammer for markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet ligger i hovedsak i markedsføringsloven og tilhørende forskrifter. Selv om markedsføring ikke er en del av eiendomsmeglers ordinære oppgaver etter eiendomsmeglingsloven, er det likevel naturlig å trekke inn regler om god meglerskikk også ved vurdering av markedsføringen. Det vil føre til at normen for hva som er lovlig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet

134. Prop.81 L (2012–2013) s. 121.

135. Midlertidig forføyning ble blant annet forsøkt i RG 1996 s. 1566 (Borgarting) og LB-2011-120427.

136. Rt 2006 s. 420, RG 1996 s. 1566 (Borgarting), LB-2006-58637, LA-2007-35455, LB-2007-64453, RG 2010 s. 488 (Borgarting), LF-2010-73325, LB-2011-120427, LG-2011-197099, TOSLO-2003-12008, TOSLO-2003-12290, RG 2004 s. 425 (Oslo tingrett), TOSLO-2008-82621 og TOBYF-2009-192496.

137. Se <http://www.konkurranseutvalget.no/>.

138. Den rettskildemessige betydning av uttalelser fra NKU er diskutert i juridisk litteratur, se Lunde s. 108 og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 546.

139. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 171.

legges direkte opp mot de bransjespesifikke krav og interne retningslinjer. Når markedsføringslovens bestemmelser selv åpner for vurderinger av god forretningsskikk, må det være åpenbart at etablert praksis for god megler-skikk må trekkes inn i vurderingen.

Ved den juridiske vurdering av markedsføringen må det også tas høyde for at det er en svært vid krets av personer som er målgruppe. Både forbrukere og næringsdrivende skal beskyttes mot lovstridig markedsføring. For begge markeder vil det være avgjørende hvordan markedsføringen oppfattes av det gjennomsnittlige medlemmet av gruppen.

Målestokken vil imidlertid være ulik for forbrukermarkedet og næringsmarkedet. Kunnskapsnivå, oppmerksomhetsnivå og betydningen av at det er store verdier som omsettes forholdsvis sjelden, må trekkes inn når denne målestokken legges. Disse hensynene kan føre til at listen for hva som vil være lovstridig markedsføring legges lavere for markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet enn hva som er tilfellet i andre bransjer.

De særegne krav som stilles til meglerrollen, en forholdsvis uensartet målgruppe og det forhold at det er snakk om store verdier som omsettes sjelden, tilsier at markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet bør vurderes spesielt.

Hvorvidt lovstridig markedsføring av eiendomsmeglingsvirksomhet forankres i markedsføringslov eller eiendomsmeglingslov gir seg utslag i ulik prosessuell håndtering av lovbruddet. Per i dag er det kun brudd på markedsføringslovens bestemmelser som er vurdert av domstoler og forvaltningsmyndigheter. De spesielle krav til meglerrollen vil imidlertid trekkes inn i vurderingen av de rettslige standarder i markedsføringsloven.

