



This file was downloaded from BI Open Archive, the institutional repository (open access) at BI Norwegian Business School <https://biopen.bi.no>

It contains the accepted and peer reviewed manuscript to the article cited below. It may contain minor differences from the journal's pdf version.

Viken, M. (2019). Sterkere virkemidler med utilsiktede konsekvenser i norsk markedsføringslov? *Tidsskrift for Forretningsjus*, 22(1), 89–122. idunn.no. <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9510-2019-01-05>

Copyright policy of Universitetsforlaget, the publisher of this journal:

Author may archive the postprint version in his or hers employer's open archive. Postprint means the version of the article that the journal's editorial board has assumed for publication, as it is before the publisher's work (language editing, layout, proofing, file conversion, etc.). Universitetsforlaget practice green open access in all subscription journals and archiving can take place immediately after the final version is published on Idunn (no embargo).

<https://www.universitetsforlaget.no/Tidsskrift/Open-access>

Sterkere virkemidler med utilsiktede konsekvenser i norsk markedsføringslov?

Monica Viken

Sammendrag:

Økt oppmerksomhet rettet mot forbrukervern har ført til at forvaltningsmyndighetene har fått stadig sterkere virkemidler for effektivt å kunne stanse næringsdrivendes lovstridige markedsføring overfor forbrukere. I denne artikkelen ses de seneste endringene i håndhevingsreglene i den norske markedsføringsloven i sammenheng med generelle saksbehandlingsregler og regler om administrative sanksjoner i forvaltningsloven, med EU-rettslige rammer og internasjonale konvensjoner som bakteppe. Forfatteren ser blant annet på hvilke konsekvenser fjerning av kravet om å forsøke frivillig ordning, utvidelse av hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr og innføring av Forbrukertilsynets primære vedtakskompetanse kan få for saksbehandling og næringsdrivendes rettsikkerhet. Det kan spørres om innføring av sterkere virkemidler i den norske loven er egnet til å oppfylle lovgivers formål om økt effektivitet og tydeliggjøring, eller om endringene gir utilsiktede konsekvenser.

Nøkkelord: markedsføringslov, håndheving, Forbrukertilsynet, selvinkrimineringsvern, overtredelsesgebyr, EMK, saksbehandlingsregler

1. Innledning

Ordnungen med forvaltningsorganer som håndhever regler for næringsdrivendes markedsføring overfor forbrukere, ble inntatt i den norske markedsføringsloven av 1972.¹ Forbrukerombudsmannen ble den gang opprettet som et frittstående forvaltningsorgan som skulle ta opp saker med de næringsdrivende med sikte på å komme til en frivillig løsning, uten å ha egen vedtaksmyndighet.² Markedsrådet, som et domstollignende forvaltningsorgan, ble opprettet for å sikre tilstrekkelig offentlig kontroll og ble tillagt primær vedtakskompetanse.³ Senere er forvaltningsmyndighetenes virkemidler og vedtakskompetanse endret flere ganger for å sikre forbrukernes interesser.

Et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå er også ment å sikre et velfungerende indre marked i EU.⁴ De materielle reglene i markedsføringsloven av 2009 kapittel 2–5 er i stor grad en implementering av EUs direktiv om næringsdrivendes urimelige handelspraksis overfor

¹ Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) kap. III (opphøvet). Se Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) *Lov om markedsmissbruk* s. 4–5.

² Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 5. Forbrukerombudsmannen endret navn til det kjønnsnøytrale Forbrukerombudet ved lov nr. 60/1981 og til Forbrukertilsynet ved lov nr. 49/2017.

³ Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 5.

⁴ Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) art. 169 stk. 1.

forbrukerne i det indre marked (handelspraksisdirektivet).⁵ Direktivet er implementert i de andre skandinaviske land gjennom den svenske marknadsføringslagen av 2008 og videreført i den danske markedsføringsloven av 2017.⁶

Håndheving av brudd på markedsføringslovens regler om forbrukervern finnes i den norske markedsføringslovens kapittel 7, jf. § 32 første ledd.⁷ I henhold til handelspraksisdirektivets art. 11 og 13 kan medlemsstatene fritt velge de håndhevingsmekanismer og sanksjoner som passer best i deres rettstradisjon, så lenge de sikrer at det er tilstrekkelige og effektive midler til rådighet for å hindre urimelig handelspraksis.⁸ Håndhevingsreglene i direktivet er dermed ikke harmonisert innen EU/EØS. Forordningen om forbrukervernsamarbeid (håndhevingsforordningen) fastsetter på sin side håndhevingsmyndighetenes virkemidler ved grenseoverskridende lovbrudd, med angitte minimumsbeføyelser i forordningen art. 9.⁹ I forbrukerrettighetsdirektivet art. 23 og 24 gjenfinnes et krav om at egnede og effektive virkemidler og sanksjoner skal være forholdsmessige og avskrekkende.¹⁰ En evaluering av forbrukerdirektivene i en «Fitness check of consumer and marketing law» konkluderte med at økt bevissthet blant både forbrukere, næringsdrivende og håndhevingsmyndigheter var sentralt for å styrke håndheving av eksisterende regler.¹¹ I tråd med dette har EU-kommisjonen fremlagt forslag til direktivendringer i «A New Deal for Consumers», der forbrukervernet er ment å moderniseres og styrkes ytterligere, blant annet gjennom effektivisering av håndhevingen.¹² Forslagene i denne tiltakspakken er i skrivende stund på høringsrunder i EU/EØS-området og vil få betydning for de norske reglene. Av nyere nasjonale tiltak kan nevnes at den norske regjeringen har bebudet at Forbrukertilsynet, som i dag håndhever brudd på forbrukervernregler i markedsføringssammenheng, skal få overført all meklings- og

⁵ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) og EP/Rdir. 2005/29. For en oversikt over direktivets innhold, se Tore Lunde, Ingvild Mestad og Terje Lundby Michaelson, *Markedsføringsloven*, Oslo 2015, s. 22–31.

⁶ Marknadsföringslag (2008:486) i Sverige og Lov 2017-05-03 nr. 426 Markedsføringsloven i Danmark.

⁷ I Sverige finnes håndhevingsreglene i mfl. § 23 flg. og i Danmark i mfl. kap. 7.

⁸ EU-kommisjonens rapport, jf. COM (2013) 139, s. 30, påpekte at sanksjoner måtte ha tilstrekkelig avskrekkende virkning for å sikre et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå. Forholdet til handelspraksisdirektivet art. 11 ble drøftet i forarbeidene til markedsføringsloven av 2009, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 142.

⁹ Rfo. 2394/2017 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukerlovgivning og om oppheving av forordning (EF) nr. 2006/2004. Se COM (2016) 283 final.

¹⁰ EP/Rdir. 2011/83 om forbrukerrettigheter.

¹¹ EU-kommisjonens arbeidsdokument av 23.5.2017 (SWD (2017) 208) *Report on the Fitness Check of consumer and marketing law* s. 3–4 og *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law* 29.5.2017 s. 225–229, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332 (januar 2019).

¹² COM (2018) 183. Se også COM (2018) 184 og COM (2018) 185. Sistnevnte forslag vil føre til endringer i blant annet handelspraksisdirektivet og forbrukerrettighetsdirektivet, og ble sendt på høring av Barne- og likestillingsdepartementet, med høringsfrist 17. august 2018.

tvisteløsning av forbrukerklager fra Forbrukerrådet.¹³ Med slike organisatoriske justeringer, kommende EU-tiltak og et nasjonalt fokus på forbrukerpolitikk som bakteppe har jeg valgt å analysere mulige konsekvenser av de foreløpig siste endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler.¹⁴

Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet var et av hovedformålene med endringene å sikre en mer effektiv håndheving av forbrukervernreglene, ved at tilsynsmyndighetene skulle få de virkemidlene de trengte for raskere og mer effektivt å kunne stanse brudd på markedsføringsloven og annet regelverk forbrukermyndighetene håndhever.¹⁵ Endringene skulle sikre at reglene virket tilstrekkelig preventive ved at næringsdrivende generelt oppfatter at brudd på forbrukervernregler får konsekvenser, og at disse konsekvensene står i samsvar med overtredelsens alvor. Viktigheten av dette fremheves for saker der handelspraksis grenser opp mot svindel, er aggressiv eller på andre måter har store skadevirkninger for forbrukerne. Et annet hovedformål var å tydeliggjøre forbrukermyndighetenes rolle som tilsyn.¹⁶

I denne artikkelen analyseres hvorvidt endringene i håndhevingsreglene er egnet til å oppfylle de angitte formål om effektivitet og tydeliggjøring, eller om endringene kan gi utilsiktede konsekvenser og nye utfordringer for forbrukermyndigheter og næringsdrivende.¹⁷ Jeg ser spesielt på den indre sammenhengen mellom håndhevingsreglene i markedsføringsloven, de generelle saksbehandlingsregler og regler om administrative sanksjoner i forvaltningsloven, og forholdet til EU-rettslige rammer og internasjonale konvensjoner.¹⁸ Reguleringen i de andre skandinaviske land trekkes inn der disse ser ut til å skille seg fra de norske håndhevingsreglene.

¹³ Endringene skal ifølge Barne- og likestillingsdepartementet gi et tydeligere og mer slagkraftig forbrukerapparat, bedre samordning og et mer effektivt klagebehandlingstilbud. Forbrukerrådets uavhengige rolle som interessepolitisk aktør skal tydeliggjøres – <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-ha-et-tydeligere-og-mer-slagkraftig-forbrukerapparat/id2624967/> (januar 2019). Eventuelle konsekvenser av en slik endring av forbrukerapparatet drøftes ikke i denne artikkelen.

¹⁴ Lov nr. 49/2017. Se Innst. 14 S (2013–2014) s. 30, Difi-rapport 2015:4 *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet*, Barne- og likestillingsdepartementet (2016) *Høringsnotat – Forslag til endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler*, 28.11.2016, og Prop. 93 L (2016–2017).

¹⁵ Prop. 93 L (2016–2017) *Endringer i markedsføringsloven og angrerettloven (håndhevingsreglene)*, s. 5.

¹⁶ Prop. 93 L (2016–2017) s. 5.

¹⁷ Fremstillingen avgrenses mot privatrettslige regler om erstatning til forbrukere. Flere endringer, blant annet knyttet til Markedsrådets sammensetning, kompetansekrav og saksbehandling, samt endrede søksmålsfrister og tidsbegrensning på vedtak, drøftes ikke eksplisitt.

¹⁸ Nye regler om administrative sanksjoner i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten av forvaltningssaker (forvaltningsloven) kap. IX og X, tilføyd ved lov nr. 15/2016, se Prop. 62 L (2015–2016). I NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, med høringsfrist 2. desember 2019, foreslås reglene i stor grad videreført.

2. Utsiktede konsekvenser av endringer i håndhevingsreglene?

2.1 Overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på generalklausulen i mfl. § 6

En sentral styrking av forvaltningens virkemidler kom gjennom lovendringer i 2017, hvor Forbrukertilsynet og Markedsrådet fikk utvidet kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, jf. mfl. § 43 første ledd.¹⁹ Utvidelsen av hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr til også å omfatte brudd på generalklausulen ble begrunnet i et behov for at det for useriøse næringsdrivende skulle være en reell risiko for økonomisk sanksjon allerede ved første gangs brudd på mfl. § 6 om urimelig handelspraksis.²⁰ Det følger av mfl. § 6 annet ledd at 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».²¹ I og med at en handelspraksis alltid er urimelig dersom den er villedende eller aggressiv etter mfl. §§ 7–9, jf. § 6 fjerde ledd, vil en utvidelse av adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr også omfatte brudd på disse bestemmelsene.²²

Første skritt på veien mot innføring av administrative sanksjoner ved brudd på den norske markedsføringslovs materielle bestemmelser ble konkretisert ved at «tvangsgebyr» i 1996 ble innført som forvaltningstiltak for å sikre oppfyllelse av forbuds- og påbudsvedtak.²³ Tvangsgebyret var et fremadrettet tiltak ved at gebyret skulle betales dersom den næringsdrivende overtrådte et forbuds- eller påbudsvedtak ilagt av Forbrukerombudet eller Markedsrådet.²⁴

Som et ledd i en mer omfattende omlegging av bruken av sanksjoner og straff foreslo Sanksjonsutvalget i 2003 en vesentlig utvidelse av forvaltningens sanksjonsarsenal.²⁵ I tråd med disse anbefalingene fikk vi en glidning mot mer bruk av administrative sanksjoner, blant

¹⁹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 51.

²⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 52.

²¹ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) *Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)*, s. 47 flg. Bestemmelsen er en gjennomføring av handelspraksisdirektivet art. 5 nr. 1 bokstav a. Se Lunde, Mestad og Michaelsen s. 82 flg.

²² Prop. 93 L (2016–2017) s. 51. Sammenhengen følger direkte av handelspraksisdirektivets art. 5 nr. 4.

²³ Se lov nr. 76/1995, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) s. 3. Bakgrunnen for proposisjonen var St.meld. nr. 9 (1989–1990) *Om forbrukerpolitikken* og en arbeidsgruppe nedsatt i 1989, som grunnet tvil om rettssikkerhet og forholdet til Grl. § 96 ble utsatt, men senere gjenopptatt.

²⁴ Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) s. 26. Bjørn O. Berg, *Forvaltningssanksjoner*, Oslo 2005, s. 299, definerer slike forvaltningstiltak som «en trussel som rettes mot den som er ansvarlig etter en individualisert norm om å måtte svare et forhåndsfastsett pengebeløp hvis normen ikke blir oppfylt eller etterlevet». Sanksjonsutvalget definerer ikke tvangsgebyr (eller tvangsmulkt) som en *sanksjon*, idet den er fremoverrettet, jf. NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring*, s. 141.

²⁵ NOU 2003: 15 s. 143 flg. Sentral litteratur om emnet er Berg, *Forvaltningssanksjoner*, og Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo 2011.

annet konkretisert gjennom innføring av overtredelsesgebyr som skulle sikre en mer effektiv håndheving av konkurranseloven av 2004 (krrl.), jf. lovens § 29.²⁶

Ordningen med tvangsgebyr som et fremadrettet tiltak ble videreført i markedsføringsloven av 2009, under betegnelsen «tvangsmulkt». Viktigere er det at det ved brudd på enkelte av forbudene som var rettet mot klart definerte handlinger, så som brudd på regler om samtykke ved utsendelse av e-post, telefonmarkedsføring, negativt salg, handelspraksis i strid med forskrift om urimelig handelspraksis etc., ble innført hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr.²⁷

Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, senere definert som «en negativ reaksjon som kan ilegges av et forvaltningsorgan, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon», jf. fvl. § 43 annet ledd.²⁸ Mens tvangsmulkt er et forvaltningstiltak som skal skape et fremtidig oppfylleelsespress, er overtredelsesgebyr en reaksjon mot begått lovbrudd.²⁹ I fvl. § 44 første ledd fastslås det i dag at forvaltningsorganer kan ilegge overtredelsesgebyr.³⁰ Til sammenligning finnes det ikke sanksjoner som kan sammenlignes med det norske overtredelsesgebyret, i Danmark. Forbud og påbud knyttes utelukkende til fremadrettede sanksjoner som ilegges av domstolene.³¹ I Sverige kan Konsumentombudsmannen ilegge forbud som forenes med «vite» dersom den næringsdrivende ikke følger opp forbudet, jf. mfl. § 28.³² Den svenske ordningen med «vite» kan sammenlignes med den norske tvangsmulkten.³³ Mer i tråd med det norske overtredelsesgebyret ble det i Sverige innført en «marknadsstørningsavgift», som en direktevirkende supplerende sanksjon ved siden av «vite», ved en lovendring i 1996, og den

²⁶ NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* s. 129 flg., jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) A) *Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)* B) *Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)*, s. 117. Se for øvrig Bjørn O. Berg, «Grunnloven og administrative økonomiske sanksjoner», *Jussens Venner* 2005, s. 305–314 (s. 306), og Per Kristian Bryng, «Mer effektiv konkurranselov?», *Tidsskrift for forretningsjus* 2013, s. 129–197.

²⁷ Mfl. (2009) § 42 og § 43 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 156 flg. Stortingskomiteen sluttet seg til departementets merknader uten nærmere kommentarer, og overtredelsesgebyr som administrativ sanksjon ved overtredelse av visse lovbestemmelser ble innført i mfl. § 43, jf. Innst. O. nr. 20 (2008–2009) s. 34.

²⁸ Definisjonen kom inn i forvaltningsloven ved lov nr. 15/2016, jf. Prop. 62 L (2015–2016) s. 81 flg. Begrepet «administrativ sanksjon» ble også drøftet av Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 s. 141 og i forarbeider til markedsføringsloven av 2009, jf. Ot. prp. nr. 55 (2007–2008) s. 158.

²⁹ Prop. 62 L (2015–2016) *Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)*, s. 81.

³⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 195. For markedsføringsloven følger altså hjemmelen av mfl. § 43, jf. § 39.

³¹ Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Markedsføringsretten*, København 2017, s. 83.

³² Se lag om viten (1985:206) og lag (2016:793) om endring i markedsføringslagen, jf. Prop 2015/16:168.

³³ Kommentert i de norske forarbeidene i Prop. 62 L (2015–2016) s. 40.

gjenfinnes i dag i den svenske mfl. §§ 29 flg.³⁴ Konsumentombudsmannen må imidlertid fremme en sak om «marknadsstørningsavgift» for Patent- og marknadsdomstolen etter mfl. § 48 første ledd, og han kan ikke selv ilegge administrative sanksjoner tilsvarende overtredelsesgebyr.³⁵ Også denne ordningen skiller seg dermed fra den norske.³⁶

Innføring av overtredelsesgebyret i den norske loven av 2009 gjaldt visse lovbestemmelser med klart definert innhold, mens lovendringen i 2017 åpnet for at overtredelsesgebyr kan ilegges også ved overtredelser av generalklausulen i mfl. § 6 om urimelig handelspraksis.³⁷ Brudd på generalklausulen i den svenske mfl. § 5 jf. § 6 utløser for eksempel ikke mulighet for domstolen til å ilegge «marknadsstørningsavgift», slik at dette synes å være særskilt for Norge.³⁸

Det er nærliggende å spørre om utvidelsen av de norske reglene og karakterisering av administrative sanksjoner som «straff» kan få konsekvenser for forvaltningsorganenes håndheving og forholdet til menneskerettighetene.³⁹

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3.⁴⁰ Både enkeltpersoner, organisasjoner og juridiske personer kan i utgangspunktet påberope seg beskyttelse gjennom menneskerettighetene.⁴¹ Praksis i den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) viser at overtredelsesgebyr kan anses som straff etter EMK art. 6 ved oppfyllelse av de såkalte Engel-kriteriene.⁴² Forholdet mellom den norske Grunnloven, administrative sanksjoner og straffebegrepet i EMK er hyppig analysert.⁴³ I denne fremstillingen nøyer jeg meg med å slå fast at

³⁴ SOU 1993:59 s. 19, jf. s. 410 og 416. Se også svenske Prop. 2007/08:115 s. 188 og 157. Regler om marknadsstørningsavgift har sitt forbilde i konkurransskadeavgift i konkurranslagen (2008:579) kap. 3 § 5.

³⁵ Svensk mfl. § 46a nr. 3 og lag om patent- og marknadsdomstolar (2016:188).

³⁶ Konsumentombudsmannens sanksjonsmuligheter er likevel styrket de senere år, jf. Ds 2015:45 og Prop. 2015/16:168.

³⁷ Prop. 93 L (2016–2017) s. 51.

³⁸ Se svenske forarbeider i Prop. 2007/08:115 s. 117 flg. samt SOU 2006:76 s. 280 flg. og Prop. 2015/16:168 s. 17 flg.

³⁹ Se for eksempel Stub s. 147 flg. og Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2004, s. 341.

⁴⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2015, s. 11.

⁴¹ Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo 2012, s. 126.

⁴² EMDs dom 8. juni 1976 *Engel mfl. mot Nederland* avsnitt 82. Engel-kriteriene behandles av Jon Petter R. Johansen, «Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2005, s. 294, og Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Oslo 2009, s. 145 flg. Se også Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, s. 131–132.

⁴³ Forslag om et nytt tredje ledd i Grunnloven § 96 i Dokument 16 (2011–2012) s. 133 som bygget på en forutsetning om EMKs og EMDs forståelse av «straff», ble ikke bifalt av kontroll- og konstitusjonskomiteen, jf. Innst. 263 S (2014–2015). Se for øvrig Karl Harald Søvig, «Grunnloven § 96 og overtredelsesgebyr etter

overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på markedsføringsloven anses som straff etter EMK, jf. fvl. § 43 annet ledd.⁴⁴ Ileggelse av overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven må dermed skje i tråd med rettssikkerhetsgarantiene i EMK og må kunne overprøves av organer som tilfredsstillende kravene i EMK art. 6.⁴⁵

For Forbrukertilsynet blir det for eksempel et spørsmål om hvilke konsekvenser en utvidelse av hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr kan få for håndheving og saksbehandling i konkrete saker. Selv om Forbrukerombudet også tidligere har måttet forholde seg til at overtredelsesgebyr kan anses som straff, har omfanget saker vært begrenset til å omfatte brudd på bestemte regler med klart definert innhold. En økning i antall saker som potensielt kan utløse overtredelsesgebyr, kan få betydning for Forbrukertilsynets arbeid.

I perioden 2009–2017 avsa Forbrukerombudet 36 forbudsvedtak med ileggelse av enten tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, varierende mellom 3 og 5 vedtak per år.⁴⁶ Av disse 36 sakene ble det ilagt vedtak med *overtredelsesgebyr* for brudd på klart definerte regler i 10 saker, tilsvarende cirka 28 % av vedtakene.⁴⁷ Den lovbestemmelsen som oftest ga grunnlag for vedtak med *tvangsmulkt* som reaksjon, var mfl. § 6, ofte sammen med mfl. § 7, med 21 av 36 vedtak, dvs. cirka 58 % av vedtakene.⁴⁸ Med mulighet for ileggelse av overtredelsesgebyr også for brudd på mfl. § 6 vil Forbrukertilsynet potensielt kunne ilegge vedtak med overtredelsesgebyr som sanksjonsform i mellom 80 og 90 % av sakene. En slik økning stemmer godt med det uttalte formålet om håndhevingsorganenes utvidede muligheter for å stanse lovstridig markedsføring og ileggelse av sanksjoner med mer avskrekkende virkning. Økningen i antall saker som potensielt kan gi den næringsdrivende overtredelsesgebyr, innebærer også at Forbrukertilsynet i større grad må ta hensyn til

kringkastingsloven», i *Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang*, Bergen 1998, s. 353–368; Asbjørn Strandbakken, «Grunnloven § 96», *Jussens Venner* 2004, s. 166–215 (s. 176); Berg, «Grunnloven og administrative økonomiske sanksjoner», s. 305–314; Jens Edvin A. Skoghøy, «Implikasjoner av at en forvaltningssanksjon blir ansett som straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013, s. 621–634; Jørgen Aall, «Grunnloven og EMK», *Lov og Rett* 2014, s. 507–508; Jens Edvin A. Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner* 2014, s. 297–339.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 164. Om overtredelsesgebyr anses som straff etter EMK, er inngående drøftet av Sanksjonsutvalget, se NOU 2003: 15 pkt. 5.7.5. Dette følges også opp ved lovendringen i 2017, jf. Prop. 93 L (2016–2017) s. 51 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 81 flg. jf. EMK art. 6, art. 7 og protokoll 7 art. 4.

⁴⁵ Berg, *Forvaltningssanksjoner*, s. 43.

⁴⁶ En oversikt over vedtak fra Forbrukerombudet og Markedsrådet er laget på bakgrunn av kilder hentet fra Lovdata, Forbrukertilsynets hjemmeside, opplysninger fra juridisk direktør i Forbrukertilsynet, og Markedsrådets hjemmeside (mai 2018).

⁴⁷ Dette gjaldt typisk brudd på mfl. § 11, § 12, § 13, § 15 og § 16. Det kan nevnes at «marknadsstørningsavgift» i svensk rett sjelden blir idømt av domstolen, jf. svenske forarbeider i Prop. 2015/16:168 s. 24.

⁴⁸ Tvangsmulkt ble også, i noen få tilfeller, ilagt for brudd på mfl. § 2 og § 22.

næringsdrivendes rettssikkerhet. Hvilke konsekvenser dette kan få for håndhevingen av enkeltsaker, drøftes nærmere i de etterfølgende punktene.

Uttalelser fra Barne- og likestillingsdepartementet, med støtte av Forbrukertilsynet, kan tolkes i retning av at det ikke er meningen at overtredelsesgebyr bør brukes så ofte:

«Selv om det prinsipielt er adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for overtredelse av markedsføringslovens bestemmelser om urimelig handelspraksis, er det ikke gitt at adgangen bør benyttes. Et forbuds- eller påbudsvedtak med trussel om tvangsmulkt vil i mange tilfeller være tilstrekkelig til å motvirke brudd på mfl. § 6.»⁴⁹

Dersom det for useriøse næringsdrivende skal være en reell risiko for økonomisk sanksjon allerede ved første gangs brudd, kan det hevdes at Forbrukertilsynet *bør* bruke adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr. Formålet om mer effektive virkemidler og ønsket om en sterkere preventiv effekt overfor næringsdrivende oppfylles best dersom sanksjonen faktisk ilegges der det er mulig.

Analysen ovenfor viser at overtredelsesgebyr etter lovendringene i 2017 potensielt kan ilegges i de langt fleste saker om brudd på markedsføringsloven, og for å oppnå formålet om reell risiko bør sanksjonsformen også brukes. I og med at overtredelsesgebyr anses som straff etter EMK, vil et slikt omfang av potensielle sanksjonssaker i seg selv kunne få konsekvenser for Forbrukertilsynets håndheving av brudd på markedsføringsloven. Hvilke konsekvenser dette kan ha i enkeltsaker, drøftes nærmere nedenfor.

2.2 Balansen mellom ombuds- og tilsynsrollen

Begrunnet i formålet om raskere og mer ressurseffektiv håndheving av loven, og større preventiv effekt overfor næringsdrivende, har Forbrukertilsynet fått primær vedtakskompetanse i alle saker, jf. mfl. § 36 annet ledd.⁵⁰ Markedsrådet er et rent klageorgan, jf. mfl. § 37 første ledd.

Til sammenligning har hverken den danske Forbrugerombudsmanden eller den svenske Konsumentombudsmannen en tilsvarende generell vedtakskompetanse. Som hovedregel må den danske Forbrugerombudsmanden reise sak for domstolene, jf. dansk mfl. § 32 stk. 1, og han kan kun ved helt klare overtredelser nedlegge forbud, jf. dansk mfl. § 32

⁴⁹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 52.

⁵⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 17.

stk. 2 jf. § 36.⁵¹ Konsumentombudsmannen i Sverige kan utferdige «förbuds föreläggande» i saker av mindre betydning, jf. svensk mfl. § 28 jf. § 51, men må ellers forhandle med den næringsdrivende eller reise sak for domstolen.⁵² Mens det norske Markedsrådet er et administrativt klageorgan, finnes ikke noe slikt i Sverige og Danmark.⁵³

Ved brudd på regler i den norske markedsføringsloven kapittel 1–5 skal Forbrukertilsynet søke å påvirke de næringsdrivende til å innrette seg etter reglene, jf. § 36 første ledd. Dersom den næringsdrivende ikke skriftlig bekrefter overfor tilsynet at det ulovlige forholdet skal opphøre, kan Forbrukertilsynet fatte vedtak om påbud eller forbud samt ilegge tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, jf. mfl. § 39, jf. § 36 annet ledd.⁵⁴

Ved spørsmål om innføring av primær vedtakskompetanse for Forbrukerombudet i markedsføringsloven av 2009 påpekte departementet at de fleste saker ble løst gjennom dialog mellom Forbrukerombudet og de næringsdrivende, og at ombudet sjelden måtte fatte vedtak eller bringe saken inn for Markedsrådet.⁵⁵ Begrunnet i at pådriverrollen ikke burde svekkes, og med et ønske om å videreføre forhandlingsmodellen, ble ikke Forbrukerombudet tillagt primær vedtakskompetanse.⁵⁶

Selv om primær vedtakskompetanse nå er innført for Forbrukertilsynet, skal det fortsatt ha både en ombudsrolle og en tilsynsrolle.⁵⁷ Skillet mellom pådriverrollen overfor myndigheter i forbrukersaker og utøvelsen av vedtakskompetanse overfor næringsdrivende i enkeltsaker kan imidlertid være utydelig.⁵⁸ Når Forbrukertilsynet har fått sterkere virkemidler overfor de næringsdrivende, kan det spørres om balansen mellom disse to rollene forskyves.

Tradisjonelt skal et «ombud» være pådriver for et bedre regelverk og gjøre sitt til at regelverket som fremmer interessene til særskilte grupper eller enkeltpersoner, blir etterlevd, blant annet gjennom informasjonsarbeid og innspill til de politiske myndigheter og andre aktører.⁵⁹ Forbrukertilsynets ombudsrolle innebærer blant annet at tilsynet skal gjøre sin

⁵¹ Forbudene kan følges opp med påbud om visse handlepliktler jf. dansk mfl. § 24 stk. 1. Se også BKG 2014-11-25 nr. 1249 om regler for Forbrukerombudsmandens virksomhed.

⁵² Svenske forarbeider, Prop. 2015/16:168 s. 17 flg., og Levin, Marknadsföringslag (2008:486) § 28, Lexino 2017-07-27.

⁵³ Den svenske Reklamombudsmannen kan ligne et klageorgan, men er næringsdrivendes eget selvjustisorgan.

⁵⁴ Krav om skriftlig bekreftelse på at et ulovlig forhold skal opphøre, ble innført ved implementering av håndhevingsforordningen, jf. Ot.prp. nr. 102 (2005–2006).

⁵⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 144.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 144.

⁵⁷ Jeg kan ikke se at Forbrukertilsynets rolle som pådriver er ment å skulle endres etter at regjeringen besluttet å overføre behandlingen av alle forbrukersaker fra Forbrukerrådet til Forbrukertilsynet.

⁵⁸ utfordringer i denne retning ble påpekt i Høringsnotat (2006) s. 170 og senere i Høringsnotat (2016) s. 17 og Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.

⁵⁹ St.meld. nr. 19 (2008–2009) *Ei forvaltning for demokrati og fellesskap*, s. 64.

virksomhet kjent blant publikum, og forbrukere og næringsdrivende skal informeres om de regelverkene det fører tilsyn med.⁶⁰

En snever definisjon av «tilsyn» er at disse skal kontrollere og følge opp at lovregler blir etterlevd.⁶¹ I tilsynsmeldingen defineres kjernen i tilsynsrollen som «den konkrete kontrollen av pliktsubjektene etterlevelse av en norm som allerede er fastsatt ved lov, forskrift eller enkeltvedtak, samt reaksjoner ved avvik».⁶² Tilsyn kan sies å være håndheving av rettslige forpliktelser, praktisert gjennom kartleggings- og kontrolltiltak og illeggelse av sanksjoner.⁶³

Ved lovendringen i 2017 mente departementet at ombudsnavnet ga inntrykk av en større pådriverrolle enn det som svarte til realiteten.⁶⁴ Navneendringen fra ombud til tilsyn var ment å «tydeliggjøre» tilsynsrollen.⁶⁵ Dette innebærer ikke nødvendigvis et ønske om å endre balansen fra ombud til tilsyn. Også flere andre forvaltningsorganer kombinerer pådriverrolle og tilsyn, selv om de i navnet er «ombud».⁶⁶ En slik kombinasjon gjelder også «tilsyn» – Konkurransetilsynet er for eksempel forutsatt å ha en viss pådriverfunksjon, jf. krrl. § 9 første ledd bokstav e.⁶⁷ Når departementet likevel påpekte at det er mindre betenkelig å gi ombudet økt vedtakskompetanse dersom Forbrukerombudets virksomhet «endres til en mer rendyrket tilsynsrolle», kan det tyde på et ønske om en reell endring i rollen.⁶⁸ Det ble videre understreket at pådriverrollen må utøves i forlengelse av tilsynsvirksomheten, men må ikke gå ut over den nøytrale håndhevingen av forbrukervernreglene.⁶⁹ Det kan dermed synes som om det er en tilsiktet, om enn forsiktig, glidning fra ombudsrollen over til en mer rendyrket tilsynsrolle.

Av høringsinstansene var det særlig Markedsrådet som uttrykte en viss bekymring for endring av pådriverrollen. Det ble påpekt at spørsmålet om utvidelse av vedtakskompetansen måtte avveies mot de grunnleggende rettssikkerhetskrav som melder seg når det samme

⁶⁰ Forskrift 21. november 2017 nr. 1817 om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv. § 1 første ledd.

⁶¹ St.meld. nr. 19 (2008–2009) s. 62. Se en nærmere drøftelse av tilsynsbegrepet i Stub s. 42 flg.

⁶² St.meld. nr. 17 (2002–2003) *Om statlige tilsyn*, s. 22.

⁶³ Stub s. 48.

⁶⁴ Høringsnotat (2016) s. 18.

⁶⁵ Prop. 93 L (2016–2017) s. 23. Navneendringen var også sterkt begrunnet i å hindre forvirring mellom Forbrukerrådet og Forbrukerombudet, jf. Prop. 93 L (2016–2017) s. 21 og Difi-rapport 2015:4 s. 47–48.

⁶⁶ Av ombudene kan nevnes at Barneombudet, Likestillings- og diskrimineringsombudet og Pasientombudet både har en pådriverrolle og er tilsyn, jf. St.meld. nr. 19 (2008–2009) s. 65.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 51.

⁶⁸ Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.

⁶⁹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 16. Eksempler på Forbrukertilsynets veiledningsarbeid er veiledninger om markedsføring av finansielle tjenester, bolig, IKT, fjernsalg og direktemarkedsføring, internasjonalt arbeid, barn og unge, reise og transport, prisopplysninger og strøm.

organet både skal fylle en rolle som «pådriver i forbrukerspørsmål, herunder ved utforming av retningslinjer, normer og anbefalinger», og samtidig stå for «etterforskning og sanksjonering av overtredelser av de samme normer».⁷⁰ Markedsrådet viste til «utfordringer når det gjelder hensynet til objektivitet og upartiskhet, i lys av den rollen Forbrukerombudet tradisjonelt har hatt som pådriver i forbrukerspørsmål i offentligheten».⁷¹

Også Sanksjonsutvalget pekte på at det kan by på utfordringer at det samme forvaltningsorgan både administrerer et regelverk, avdekker overtredelser og ilegger en sanksjon.⁷² Utvalget viste til at ordningen kan sammenlignes med et *inkvisisjonsprinsipp* som kan føre til tvil om objektivitet og uavhengighet i visse situasjoner.⁷³ Overføring av all tvisteløsning i forbrukersaker til Forbrukertilsynet og rendyrking av Forbrukerrådet som forbrukernes interesseorganisasjon ble nettopp begrunnet i at sistnevnte hadde en uheldig dobbeltrolle. Barne- og likestillingsdepartementet viste da til at et påvirkningsarbeid for å ivareta forbrukernes interesser på den ene side og tilbud om nøytral mekling i klagesaker mellom forbruker og næringsdrivende på den annen kunne gi en dobbeltrolle som svekket Forbrukerrådets legitimitet.⁷⁴

Motstående interesser mellom forbrukere og næringsdrivende i enkeltsaker kan også bli en utfordring for Forbrukertilsynets rolle som pådriver for forbrukervern.⁷⁵ Dersom Forbrukertilsynet har fått inn en klage på en næringsdrivendes handelspraksis i en konkret sak og samtidig går ut i media med en åpenbar oppfatning som kan få direkte innvirkning på resultatet av saken, kan det være en problematisk sammenblanding av roller. Forholdet mellom Forbrukertilsynets generelle informasjonsvirksomhet og saksbehandling i enkeltsaker kan være utfordrende ettersom den enkelte næringsdrivende ikke skal oppleve å bli forhåndsdomt i mediene.⁷⁶ Forbrukertilsynet skal ikke gi forhåndsuttalelser eller på annen måte ta standpunkt til lovligheten av konkrete tiltak som planlegges iverksatt, jf. forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv. § 1 annet ledd.

Den generelle informasjonsvirksomheten som tilligger pådriverrollen, må også avveies mot et tilsynsorgans veiledningsplikt overfor næringsdrivende i enkeltsaker, jf. fvl. §

⁷⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.

⁷¹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.

⁷² NOU 2003: 15 s. 186.

⁷³ NOU 2003: 15 s. 186.

⁷⁴ Forbrukertilsynets eventuelle dobbeltrolle drøftes ikke av departementet, se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-ha-et-tydeligere-og-mer-slagkraftig-forbrukerapparat/id2624967/> (januar 2019).

⁷⁵ I denne retning, Hans Petter Graver, «Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt», *Tidsskrift for forretningsjus* 2004, s. 186–205 (pkt. 3).

⁷⁶ Lunde, Mestad og Michaelsen s. 273.

11 første ledd.⁷⁷ Forvaltningsmyndighetene har i den individuelle sak plikt til å gjøre det den kan for å veilede og bistå en part for at han kan oppnå sin fulle rett.⁷⁸ Balansegangen mellom å håndtere et økt behov for individuell veiledning når konsekvensene ved lovbrudd blir større for den enkelte næringsdrivende, og rollen som pådriver for forbrukersaker kan være utfordrende. Den danske Forbrugerombudsmanden anser seg for eksempel som uavhengig av både forbruker- og næringsinteresser og har ikke en pådriverrolle, selv om institusjonen driver informasjonsvirksomhet.⁷⁹

Med innføring av primær vedtakskompetanse for det norske Forbrukertilsynet og utvidede muligheter for å ilegge overtredelsesgebyr kan tilsynsrollen oppfattes som så vidt forsterket at en viss objektivitet bør sikres ved at pådriverrollen utøves med større forsiktighet. Hvorvidt dette var en tilsiktet konsekvens av lovendringene, er usikkert.

2.3 Praktisering av forhandlingsmodellen

Kravet om at forbrukermyndighetene, i de fleste saker, måtte forsøke å komme til frivillig ordning med den næringsdrivende, ble fjernet ved lovendringen av 2017. Endringen ble begrunnet i at kravet om å forsøke frivillig ordning var tidkrevende, og at det kunne føre til at useriøse næringsdrivende trenerte saken og holdt en urimelig handelspraksis gående under forhandlingene med forbrukermyndighetene.⁸⁰ Fjerning av kravet om frivillig ordning er ment å oppfylle krav om effektiv håndheving i handelspraksisdirektivet art. 11 og 13 samt krav om effektive virkemidler i forbrukerrettighetsdirektivet art. 23 og 24 og håndhevingsforordningen om forbrukervernsamarbeid.⁸¹ Den nye ordningen er ment å gi vesentlig kortere saksbehandlingstid.⁸²

Avviklingen av kravet om først å forsøke frivillig ordning har skjedd gradvis. Etter markedsføringsloven av 1972 måtte Forbrugerombudet i alle saker forsøke frivillig ordning med den enkelte næringsdrivende før en sak kunne forelegges Markedsrådet, eventuelt slik at Forbrugerombudet selv kunne ilegge vedtak etter nærmere regler.⁸³ En oppmykning av disse

⁷⁷ Graver, «Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt», pkt. 4; Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2015, s. 349–350; og Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2014, s. 200.

⁷⁸ NUT: 1958: 3, *Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning*, s. 151. Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften) kap. 2 har utdypende regler om veiledningsplikten.

⁷⁹ Påpekt i forarbeidene til endringer i den norske markedsføringsloven, jf. Prop. 93 L (2016–2017) s. 11.

⁸⁰ Høringsnotat (2016) s. 16 og Prop. 93 L (2016–2017) s. 19–20.

⁸¹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 19.

⁸² Prop. 93 L (2016–2017) s. 21.

⁸³ Mfl. (1972) § 13 fjerde ledd, se Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 29–30.

reglene fikk vi ved markedsføringsloven av 2009, som åpnet for at Forbrukerombudet ved brudd på spesielle bestemmelser kunne forelegge saken for Markedsrådet, eller på visse vilkår ilegge forbudsvedtak uten først å forsøke å oppnå frivillig ordning.⁸⁴ Dette gjaldt for eksempel saker der det var spørsmål om brudd på klart definerte regler, så som brudd på regler om manglende samtykke ved utsendelse av e-post, telefonmarkedsføring, negativt salg, handelspraksis i strid med forskrift om urimelig handelspraksis etc.⁸⁵ Det samme gjaldt dersom handlingen eller avtalevilkårene var identiske med tidligere forbud i Markedsrådet, eller det forelå brudd på dokumentasjonsplikten i mfl. § 3 annet ledd.⁸⁶ Frem til lovendringen i 2017 måtte Forbrukerombudet fortsatt forsøke frivillig ordning ved spørsmål om brudd på generalklausulen i mfl. § 6 og villedende handelspraksis etter mfl. § 7 eller § 8 eller aggressiv handelspraksis etter mfl. § 9.

Selv om kravet om å forsøke frivillig ordning nå er fjernet, opprettholdes forhandlingsmodellen slik den er angitt i mfl. § 36 første ledd.⁸⁷ Både Barne- og likestillingsdepartementet, Forbrukertilsynet og familie- og kulturkomiteen presiserte at forhandlinger fortsatt skal være den primære arbeidsmetode.⁸⁸ Fjerning av kravet om å forsøke frivillig ordning for *alle saker*, samtidig med innføring av primær vedtakskompetanse for Forbrukertilsynet og utvidelse av muligheten for å ilegge overtredelsesgebyr, gir grunn til å reflektere over hvordan forhandlingsmodellen vil kunne fungere i praksis.

I Difi-rapporten som gjennomgikk det statlige forbrukerapparatet, ble det vist til at det kan være utfordrende å kombinere en forhandlingsmodell med utvidet vedtakskompetanse.⁸⁹ Selv om et flertall av høringsinstansene støttet forslaget om å gi Forbrukertilsynet primær vedtakskompetanse, var også noen av dem bekymret for at det nye Forbrukertilsynet ville legge mindre vekt på forhandlinger i sin saksbehandling.⁹⁰ Departementet mente på sin side at forhandlingsmodellen, som arbeidsform, ikke ville stå i veien for at Forbrukertilsynet skulle kunne få primær vedtakskompetanse.⁹¹ Som argument ble det vist til at det i mange tilfeller ville være skadelig eller medføre ulempe å avvente Markedsrådets vedtak, og at mange vedtak allerede ble fattet av Forbrukerombudet i første instans.⁹²

⁸⁴ Se mfl. (2009) § 36 og Ot.prp. nr 55 (2007–2008) s. 151 flg.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 152. De samme reglene, som ble ansett for å være klart definerte, ga også mulighet for å ilegge overtredelsesgebyr.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 155.

⁸⁷ Forhandlingsmodellen står sentralt også i Danmark og Sverige.

⁸⁸ Prop. 93 L (2016–2017) s. 20 og 21, og Innst. 355 L (2016–2017) s. 3.

⁸⁹ Difi-rapport 2015:4 *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet*, s. 63.

⁹⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 14–15.

⁹¹ Høringsnotat (2016) s. 12–13 og Difi-rapport 2015:4 *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet*, s. 63.

⁹² Prop. 93 L (2016–2017) s. 14.

Hvordan forhandlingsmodellen faktisk fungerte frem til lovendringen, kan illustreres ved en analyse av hvor mange vedtak som ble ilagt av Forbrukerombudet, sett i forhold til hvor mange saker som ble avsluttet ved frivillig ordning. Ifølge årsrapporter fikk Forbrukerombudet avsluttet cirka 2 500 innkomne saker i året, hvorav 500–600 ble saksbehandlet.⁹³ Av disse igjen endte i gjennomsnitt 300 saker med en frivillig endring av lovstridig markedsføring eller avtalevilkår, uten behov for vedtak.⁹⁴ I perioden 2009–2017 avsa Forbrukerombudet forbudsvedtak, blant annet i såkalte hastesaker, i 3–5 saker i året.⁹⁵ Markedsrådet på sin side realitetsbehandlet 1–2 saker per år som primær vedtaksmyndighet, mens 3–5 saker gjaldt klage på Forbrukerombudets vedtak. Langt de fleste sakene for Markedsrådet var klager på Forbrukerombudets nedprioritering, med mellom 5 og 19 saker i året.⁹⁶ Forholdet mellom antall innkomne saker og andelen saker som ble løst gjennom frivillig ordning, viser at Forbrukerombudet i realiteten avsa svært få vedtak i året. Departementets påstand om at ombudet fattet mange vedtak i året, synes dermed noe underlig.⁹⁷ Heller ikke Markedsrådet har realitetsbehandlet mange saker. Dette kan tyde på at forhandlingsmodellen, kombinert med et krav om å forsøke frivillig ordning, har fungert godt.⁹⁸

Det kan videre spørres om økt uforutsigbarhet og et konfliktfylt forhandlingsklima blir resultatet når kravet om å forsøke frivillig ordning fjernes samtidig med innføring av primær vedtakskompetanse for Forbrukertilsynet og utvidet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr.⁹⁹ NHO mente for eksempel at partene ville kunne ha en helt annen inngang og opptreden i forhandlingene dersom begge visste at Forbrukertilsynet når som helst kunne velge å treffe vedtak, og man antok at det å fjerne kravet om frivillig ordning ville føre til langt flere vedtak.¹⁰⁰ Også i Difi-rapporten ble det påpekt at økt myndighet for

⁹³ Forbrukerombudets årsrapport 2016 s. 6 [<https://www.forbrukertilsynet.no/content/2018/01/Årsrapport-2016-Forbrukerombudet.pdf>] og fra 2015 s. 9 [https://www.forbrukertilsynet.no/content/2018/01/Årsmelding-2015_nynorsk.pdf] (januar 2019).

⁹⁴ Oversikten er hentet fra juridisk direktør i Forbrukertilsynet i desember 2017. Gjennomsnittet er hentet fra perioden 2012–2017.

⁹⁵ Kildesøk i Lovdata og Forbrukertilsynets hjemmeside, samt Forbrukerombudets årsrapport 2016 s. 6.

⁹⁶ Som oftest blir ikke klage på nedprioritering tatt til følge, men noen eksempler på at Forbrukerombudet ble pålagt å realitetsbehandle saken er MR-2011-347 og MR-2011-1147.

⁹⁷ Prop. 93 L (2016–2017) s. 14.

⁹⁸ Flere høringsinstanser påpekte også at det kun var et fåtall saker der forhandlinger ikke førte frem og at daværende forhandlingsmodell fungerte godt, jf. Prop. 93 L (2016–2017) s. 20.

⁹⁹ Denne sammenhengen ble påpekt av flere høringsinstanser, jf. Prop. 93 L (2016–2017) s. 51.

¹⁰⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 20.

Forbrukertilsynet kunne bidra til økt konfliktnivå og svekket vilje til å komme frem til omforente og frivillige løsninger.¹⁰¹

Med overtredelsesgebyr som «hovedsanksjonsform» vil Forbrukertilsynet få en forsterket rolle som den styrende i forhandlingene – de vil i de fleste tilfeller ha et sterkt forhandlingskort. Den næringsdrivende vil hele tiden være klar over at Forbrukertilsynet underveis (forutsatt at saksbehandlingsreglene følges, og de mener at forhandlinger ikke fører frem) kan velge å ilegge vedtak og eventuelt overtredelsesgebyr. Overfor næringsdrivende som tidligere har utnyttet forhandlinger til å trenere sakene, vil dette kunne være effektivt, men for næringsdrivende som har brutt reglene mer av ubevissthet eller manglende forståelse, vil det kunne være skadelig for forhandlingsklimaet. I hvert fall i sistnevnte tilfelle bør forhandlingene oppleves som reelle.

Fjerning av kravet om å forsøke frivillig ordning, samtidig med at styrkeforholdet i stor grad er endret, kan føre til «skinnforhandlinger» og et dårligere forhandlingsklima, noe som igjen kan åpne for ileggelse av flere vedtak og i neste runde flere klager til Markedsrådet. Mindre effektivitet og økt ressursbruk kan bli resultatet.

2.4 Forbrukertilsynets praktisering av saksbehandlingsreglene

Det kan videre være grunn til å reflektere over om sterkere virkemidler for Forbrukertilsynet bør gi nye føringer for hvordan den norske forvaltningslovens alminnelige saksbehandlingsregler skal ivareta næringsdrivende i den enkelte sak.

Markedsrådet stilte i sin høringsuttalelse spørsmål ved om ikke kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr, med dets inngripende karakter, burde føre til at det stilles særlige krav til den forutgående saksbehandlingen.¹⁰² Departementet avviste imidlertid å lovfeste særlige krav til sakbehandlingsreglene, med henvisning til Sanksjonsutvalgets vurderinger om at det ikke var noe i sanksjonssakene som tilsa særregler.¹⁰³ Næringsdrivendes rettssikkerhet ble ansett ivaretatt gjennom alminnelige forvaltningsrettslige krav til saksbehandling, rett til klagebehandling og særlige krav til behandling av administrative sanksjoner i forvaltningsloven.¹⁰⁴ Når utvidelsen av hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr ses sammen med utvidelsen av Forbrukertilsynets vedtakskompetanse og fjerning av kravet

¹⁰¹ Difi-rapport 2015:4 s. 63.

¹⁰² Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.

¹⁰³ Prop. 93 L (2016–2017) s. 17. Se også NOU 2003: 15 s. 187 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 87.

¹⁰⁴ Prop. 93 L (2016–2017) s. 17.

om frivillig ordning, kan det imidlertid spørres om det ved *praktiseringen* av saksbehandlingsreglene bør tas spesielle hensyn.

Aktuelle saksbehandlingsregler vil blant annet være veiledningsplikt i fvl. § 11, krav om forhåndsvarsel i fvl. § 16, utredningsplikt i fvl. § 17, rett til innsyn i fvl. § 18, et generelt krav til god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling, samt utdypende regler i forvaltningslovforskriften.¹⁰⁵ Markedsrådet har behandlet flere saker om klage på Forbrukerombudets saksbehandling.¹⁰⁶

Varslingsplikten utgjør en av hovedpilarene for gjennomføringen av kontradiksjonsprinsippet i forvaltningsretten.¹⁰⁷ Parten og andre skal varsles om «hva saken gjelder», og varselet skal ellers «inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv», jf. fvl. § 16 første ledd. Parten skal ha mulighet til å påvirke forvaltningens behandling av saken, ved at det gis anledning til å uttale seg, og ved bruk av retten til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter og anførsler i saken.¹⁰⁸ De alminnelige saksbehandlingsregler skal som utgangspunkt gjelde i saker om administrative sanksjoner, men det kan spørres om kravene til forhåndsvarsel – både til varselets innhold og til når varsel må sendes – bør praktiseres annerledes ved innføring av sterkere virkemidler.¹⁰⁹

Forvaltningsloven stiller ikke spesifikke krav til innholdet i et forhåndsvarsel, men det følger av bestemmelsens forarbeider at varselet «må rette seg etter forholdene på de ulike områder og også etter saksforholdet i det enkelte tilfelle».¹¹⁰ Praksis i Høyesterett viser at parten må få vite hva forvaltningen er misfornøyd med, det faktiske grunnlaget som dette bygger på, hvilken lovbestemmelse som anses brutt, og hva forvaltningen er i ferd med å treffe vedtak om.¹¹¹ I juridisk teori uttales det om kravene til varselets innhold at det «må nyanseres og konkretiseres ut over de alminnelige utgangspunkter ut fra hva slags type sak det er tale om, og de hensyn som gjør seg gjeldende».¹¹² Ved spørsmål om ileggelse av overtredelsesgebyr grunnet brudd på «urimelig handelspraksis» i mfl. § 6 vil det for eksempel

¹⁰⁵ Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften), spesielt kap. 2 om veiledningsplikten. I NOU 2019: 5 foreslås saksbehandlingsreglene videreført med enkelte justeringer.

¹⁰⁶ MR-1999-25, MR-2000-7, MR-2000-8, MR-2006-14, MR-2014-1597 og MR-2017-205. MR-2014-1597 gjaldt en sak der overtredelsesgebyr var sanksjonsform.

¹⁰⁷ Se forarbeidene til forvaltningsloven: Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 56–57 og Innst. O. nr. 2 (1966–1967) s. 9.

¹⁰⁸ NUT 1958: 3, s. 179. Se Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 396.

¹⁰⁹ Temaet ble berørt i NOU 2003: 15 s. 187 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 87.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 57. Hans Petter Graver, «Forvaltningens plikt til å gi varsel før vedtak treffes», *Lov og Rett* 2005, s. 579–601 (s. 580).

¹¹¹ Se for eksempel Rt. 1977 s. 405, Rt. 1997 s. 343, Rt. 2002 s. 683 og Rt. 2004 s. 76; Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 399–400. Se for eksempel Rt. 1977 s. 405, Rt. 1997 s. 343, Rt. 2002 s. 683 og Rt. 2004 s. 76.

¹¹² Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 406.

kunne være behov for en nærmere redegjørelse for tolkningen av innholdet i bestemmelsen og hvordan den praktiseres i den aktuelle bransje.

Ved inngripende vedtak, og særlig hvor det er tale om å ilegge administrative sanksjoner, kan kravet til forhåndsvarsel få særlig betydning.¹¹³ Blant annet vil det være et poeng at det oppgis hvilken sanksjon som vil være aktuell, uten at det stilles krav om forslag til størrelsen på et gebyr.¹¹⁴ En utvidelse av kravene til forhåndsvarsel ved ileggelse av sanksjoner må eventuelt bygge på en fleksibel praktisering av den generelle regelen i fvl. § 16.¹¹⁵ Når Forbrukertilsynets sterkere virkemidler ses i sammenheng med større konsekvenser for de næringsdrivende, kan det nettopp føre til at det i praksis bør stilles strengere krav til innholdet i forhåndsvarselet.

Det kan også spørres om det bør stilles strengere krav til *når* varsel skal gis. I forarbeidene til forvaltningsloven påpekes det at parten må få mulighet til å uttale seg så tidlig at hans syn kan tas i betraktning av de rette organer.¹¹⁶ Det vil være en saksbehandlingsfeil dersom den næringsdrivende ikke gis nødvendig tid til å uttale seg.¹¹⁷ Hvor lang frist som skal settes, beror på sakens viktighet, vanskelighetsgrad og hvor mye den haster.¹¹⁸ Markedsrådet har i en tidligere avgjørelse om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på regler for telefonmarkedsføring uttalt at selv om det var satt en forholdsvis kort frist på én uke, hadde partene hatt ressurser til å inngi svar gjennom sin advokat og tilstrekkelig anledning til å fremkomme med omfattende innsigelser til varselet.¹¹⁹ Anførselene om manglende kontradiksjon, i strid med fvl. § 16, førte ikke frem i dette tilfellet. Avgjørelsen, som gjaldt brudd på klart definerte regler, kan ikke sies å gi noen generell veiledning til tidspunktet for forhåndsvarsel. I saker om brudd på generalklausulen i mfl. § 6 vil det tvert imot kunne være behov for å gi den næringsdrivende mer tid til å uttale seg, grunnet bestemmelsens skjønnsmessige karakter. Hvor lang tid som er nødvendig, må vurderes ut fra forholdene i den enkelte sak, men det er grunn til å tro at det må tas spesielle hensyn når mfl. § 6 ligger til grunn for varselet.

¹¹³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 406.

¹¹⁴ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 408. Markedsrådet har sluttet seg til disse synspunktene på generelt grunnlag, se for eksempel MR-2017-205.

¹¹⁵ I denne retning, se Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 406.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 70. Dersom partene allerede på annen måte har fått kjennskap til at vedtak skal treffes og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg, er det adgang til å unnlate forhåndsvarsel, jf. fvl § 16 tredje ledd bokstav c.

¹¹⁷ Se for eksempel MR-2000-7.

¹¹⁸ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 267.

¹¹⁹ MR-2014-1597.

Varslingsreglene vil også ha en sammenheng med forvaltningsorganenes plikt til å oppta forhandlinger med parten før vedtak treffes.¹²⁰ Sett i lys av refleksjonene ovenfor om mulig endret forhandlingsklima kan det være grunn til å påpeke at forhåndsvarselet får en viktig funksjon som kan sikre reelle forhandlinger, både gjennom sin utforming og tidspunktet det gis.

Videre vil det være en sammenheng mellom varslingsplikten, forhandlingsmodellen og regler om veiledningsplikt i fvl. § 11.¹²¹ Med innføring av sterkere sanksjoner i de fleste saker kan det være behov for at Forbrukertilsynet må sørge for ekstra veiledning.

Forbrukertilsynet har ikke en lovfestet veiledningsplikt etter markedsføringsloven, slik som for eksempel Konkurransetilsynet har etter krrl. § 9 annet ledd.¹²² Veiledningsplikten for Forbrukertilsynet følger dermed av den generelle bestemmelsen i fvl. § 11 og utdypende regler i forvaltningslovforskriften kap. 2. Innhold og avgrensning av veiledningsplikten har ikke blitt vurdert eksplisitt i juridisk litteratur om markedsføringsloven, men ligger implisitt i forhandlingsmodellen.¹²³ Spørsmålet om hvorvidt Forbrukerombudet hadde brutt sin veiledningsplikt overfor næringsdrivende, har vært oppe i noen saker for Markedsrådet, uten at disse har vært klargjørende for hvor grensen går.¹²⁴ Behovet for individuell veiledning kan ha økt, spesielt knyttet til at brudd på generalklausulen i mfl. § 6 kan utløse overtredelsesgebyr, og Forbrukertilsynet må ha en bevisst holdning til et slikt behov. Veiledning vil uansett være én komponent i det register av virkemidler som et tilsyn råder over, og må ses i sammenheng med de andre saksbehandlingsreglene.¹²⁵

En særlig veiledningsplikt følger av fvl. § 48.¹²⁶ Forvaltningsorganet skal gjøre parter som det er aktuelt for, oppmerksom på at det *kan* foreligge en rett til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff.¹²⁷ For den enkelte næringsdrivende innebærer det, i visse tilfeller, en mulighet for å slippe å oppfylle opplysningsplikten i mfl. §

¹²⁰ Påpekt allerede i NUT 1958: 3 s. 185.

¹²¹ Fra praksis se bl.a. MR-2011-74. Se også Graver, «Forvaltningens plikt til å gi varsel før vedtak treffes», s. 579.

¹²² Veiledningsplikten i krrl. § 9 kom inn gjennom Stortingets behandling av loven, uten at dette uttales eksplisitt av stortingskomiteen, jf. Innst. O. nr. 50 (2003–2004). Se for øvrig NOU 2003: 12 s. 66 og Graver, «Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt», pkt. 5.3.

¹²³ Se for eksempel Lunde, Mestad og Michaelsen s. 282–283.

¹²⁴ MR-2011-74 og MR-2014-1597.

¹²⁵ Graver, «Konkurransetilsynets veiledningsplikt – på bakgrunn av forvaltningens alminnelige veiledningsplikt», pkt. 4, og Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 349–350.

¹²⁶ Bestemmelsen kom inn i forvaltningsloven ved nytt kapittel IX, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 8.

¹²⁷ Prop. 62 L (2015–2016) s. 201–202.

34 første ledd, og trussel om tvangsmulkt bortfaller.¹²⁸ Sammenlignet med veiledningsplikten i fvl. § 11 ligger det en begrensning i at plikten til å veilede først inntreer når det foreligger en «sak om administrativ sanksjon».¹²⁹ Rekkevidden av taushetsretten kan være vanskelig å anslå, og vil kunne gi noen utfordringer i Forbrukertilsynets saksbehandling.¹³⁰ Det må kunne slås fast at plikten til å veilede om taushetsretten må gjelde på et så tidlig stadium av saksbehandlingen at den reelt sett sikrer at næringsdrivende kan benytte denne rettigheten.

Ved innføring av sterkere virkemidler, med større konsekvenser for den næringsdrivende, kan veiledningsplikten i enkeltsaker bli viktigere enn før.

Derneft kan det vurderes om de endrede håndhevsreglene får noen konsekvenser for praktiseringen og forståelsen av utredningsplikten i fvl. § 17 første ledd første punktum: «Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.»¹³¹ I og med at overtredelsesgebyret anses som straff etter EMK, og er en sentral sanksjon etter endringene, vil uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 og myndighetenes bevisføringsplikt før en sanksjon kan ilegges, få stor betydning.¹³² I straffesaker må påtalemyndigheten frembringe nødvendige bevis for at tiltalte er skyldig, og det samme må gjelde ved ileggelse av administrativ sanksjon som har karakter av straff.¹³³ Etter praksis i EMD må det anses som avklart at uskyldspresumsjonen også gjelder for foretak.¹³⁴ Dette utelukker likevel ikke at bevisbedømmelsen innen visse rammer skjer på grunnlag av formodninger og indisier, og at foretaket pålegges byrden med å tilbakevise slike.¹³⁵ I utgangspunktet vil imidlertid bevisbyrden ligge hos Forbrukertilsynet.

Hvorvidt det ved spørsmål om ileggelse av administrative sanksjoner også skal stilles krav om *klar sannsynlighetsovervekt* for lovbrudd, har vært usikkert. På den ene side kan det hevdes at den nære sammenhengen mellom beviskrav i forvaltningen og beviskrav i sivile

¹²⁸ Opplysningsplikten og selvinkrimineringsvern drøftes nærmere i pkt. 2.5 nedenfor.

¹²⁹ Prop. 62 L (2015–2016) s. 141.

¹³⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 140–141.

¹³¹ Om forvaltningens ansvar for sakens opplysning i fvl. § 17 første ledd, se for eksempel Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 424 flg.

¹³² Se nærmere Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003, spesielt s. 381; Jørgen Aall, «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker*, Oslo 2015, s. 459–480 (s. 468). Grunnlovens uskyldspresumsjon i Grl. § 96 annet ledd gjelder reaksjoner som anses som straff etter Grunnloven, jf. for eksempel Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 336.

¹³³ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, s. 340, og Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 314 med henvisninger til EMDs praksis i fotnote 55. Se også Berg, *Forvaltningssanksjoner*, s. 207.

¹³⁴ EMDs dom 23. juli 2002 *Västberga Taxi AB and Vulic v Sweden* vedrørende ileggelse av tilleggsskatt. Se Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007, s. 368.

¹³⁵ Hans Petter Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004, s. 465–498 (s. 491).

saker fører til at det alminnelige overvektsprinsippet også må gjelde i forvaltningssakene.¹³⁶ På den annen side hevdet både Konkurranselovutvalget og Sanksjonsutvalget at det kunne være aktuelt å stille strengere krav til bevisene i saker der det dreide seg om alvorlige forhold som kunne føre til en inngripende sanksjon.¹³⁷ Dette ble imidlertid ikke fulgt opp i konkurranseloven, og noe kvalifisert beviskrav ble heller ikke lovfestet ved innføring av reglene om administrative sanksjoner i forvaltningsloven.¹³⁸ Det finnes dermed ikke noe særskilt lovfestet beviskrav ved ileggelse av administrative sanksjoner.

Avgjørelser av Høyesterett tolkes imidlertid slik at det for administrative sanksjoner som har karakter av straff etter EMK, stilles et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, med minstekrav om klar sannsynlighetsovervekt.¹³⁹ Ved spørsmål om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser har både lagmannsretten og Markedsrådet lagt til grunn at det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at lovbrudd skal kunne konstateres.¹⁴⁰ Også i juridisk litteratur er det argumentert for at beviskravet ikke kan settes lavere enn klar sannsynlighetsovervekt.¹⁴¹ Med tolkningen av Høyesteretts avgjørelser og Markedsrådets klare standpunkt er det derfor mye som taler for at Forbrukertilsynet gjennom sin gransking må oppfylle krav til klar sannsynlighetsovervekt for lovbrudd før overtredelsesgebyr kan ilegges.

Utvidelsen av hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr kan utløse et behov for strengere praktisering av saksbehandlingsreglene. Trusselen om administrativ sanksjon, ansett som straff, bør i praksis føre til økte krav til forhåndsvarsel og veiledning overfor den enkelte næringsdrivende. Overgangen fra tvangsmulkt til overtredelsesgebyr som den mest sannsynlige reaksjon ved lovbrudd vil samtidig føre til en heving av beviskravet i Forbrukertilsynets utredning av saken. For den næringsdrivende blir saksbehandlingen viktigere i bevaringen av rettssikkerheten, og sannsynligheten for flere saker om brudd på

¹³⁶ Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», s. 470, og Stub s. 629. Se også Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 447, og Skoghøy, «Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven», pkt. 2.4.3.

¹³⁷ NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* s. 131 og NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 185.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 125.

¹³⁹ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 65, Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 77, Rt. 2011 s. 910 avsnitt 48 og Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 50. Hvor strengt beviskravet er, må vurderes konkret for hvert enkelt rettsområde og hver enkelt sanksjon, se Prop. 62 L (2015–2016) s. 123–124.

¹⁴⁰ LB-2015-77015, MR-2011-865, MR-2011-1436, MR-2014-701, MR-2014-1597, MR-2015-731, MR-2015-1481, MR-2017-737 og MR-2017-275. Se Lunde, Mestad og Michaelsen s. 310–311.

¹⁴¹ Berg, *Forvaltningssanksjoner*, s. 111; Thomas Horn, «Når forvaltningen straffer – simpel sannsynlighetsovervekt er ikke nok», *Lov og Rett* 2007, s. 449–450; Magnus Hellesylt, «Beviskrav ved Konkurransetilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven», *Lov og Rett* 2012, s. 67–86; Skoghøy, «Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 316; Lunde, Mestad og Michaelsen s. 310–311. Temaet drøftes også av Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 447 flg.

saksbehandlingsreglene øker. Lovendringen kan dermed føre til at håndhevingen av forbrukervernet blir mindre effektiv.

2.5 Selvinkrimineringsvernet som skranke for opplysningsplikten

Det følger av mfl. § 34 første ledd første punktum at enhver plikter å gi Forbrukertilsynet eller Markedsrådet de opplysningene disse myndighetene trenger for å kunne utføre sine lovpålagte tilsynsoppgaver.¹⁴² Bestemmelsen lovfester en opplysningsplikt for alle som kan ha opplysninger – både den næringsdrivende i enkeltsaker og andre forvaltningsorganer og virksomheter.¹⁴³ For å sikre at pålegg om å gi opplysninger etter mfl. § 34 etterkommes, er det åpnet for at det kan fastsettes en tvangsmulkt dersom pålegget ikke etterkommes, jf. mfl. § 42 tredje ledd.¹⁴⁴ Forvaltningsloven har ikke egne regler om opplysningsplikt, men behovet for å innhente opplysninger korresponderer med forvaltningsmyndighetenes utredningsplikt i fvl. § 17.¹⁴⁵

Opplysningsplikten etter markedsføringsloven ble ytterligere styrket ved lovendringen i 2017 ved at opplysningsplikten som hovedregel skal gå foran taushetsplikt etter annen lovgivning, jf. mfl. § 34 tredje ledd.¹⁴⁶ Et forslag i samme retning er vurdert innført også i svensk lovgivning.¹⁴⁷ Endringen i de norske reglene er begrunnet i at når håndhevingsmyndighetene tidligere måtte respektere lovbestemt taushetsplikt fullt ut, vanskeliggjorde det Forbrukerombudets arbeid.¹⁴⁸ Departementet viste også til forslag til ny håndhevingsforordning for forbrukervern og de der angitte krav om tilgang til bankkontoopplysninger.¹⁴⁹ Personvern- og rettssikkerhetshensyn som ligger bak taushetsplikten, samt forholdet til EMK art. 8, ble vurdert i forhold til Forbrukertilsynets behov for opplysninger for å kunne håndheve forbrukervernreglene.¹⁵⁰ Med unntak av kvalifisert taushetsplikt, som nevnt i straffeprosessloven §§ 117–120, kom departementet

¹⁴² Plikten til å gi opplysninger til forbrukermyndighetene kom inn i markedsføringsloven av 1972, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 31.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 31. Se også NOU 2003: 15 s. 103.

¹⁴⁴ Prop. 93 L (2016–2017) s. 49. Departementet viser til Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.), s. 178. Se også NOU 2003: 15 s. 103. Se for øvrig Berg, *Forvaltningssanksjoner*, s. 203.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) s. 53.

¹⁴⁶ Det ble tidligere antatt at opplysningsplikten måtte stå tilbake for lovbestemt taushetsplikt, jf. forarbeidene til markedsføringsloven av 1972; Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) s. 31. Det åpnes i dag for at opplysningsplikt i spesiallover kan gå foran lovbestemt taushetsplikt, jf. fvl. § 13 f annet ledd.

¹⁴⁷ SOU 2018:1 s. 323. I svensk rett følger opplysningsplikten i dag av mfl. § 42, med regler om «vite» i § 45.

¹⁴⁸ Prop. 93 L (2016–2017) s. 43.

¹⁴⁹ COM (2016) 283, i dag vedtatt i håndhevingsforordningen av 2017 art 9.

¹⁵⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 45–46.

frem til at opplysningsplikten etter markedsføringsloven skal gå foran lovbestemt taushetsplikt.¹⁵¹ Som en særregel angis at tilbyder av tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste kan pålegges å gi opplysninger om avtalebasert hemmelig telefonnummer, abonnementsopplysninger eller elektronisk kommunikasjonsadresse, jf. mfl. § 34 fjerde ledd tredje punktum.¹⁵² I tråd med ekomloven § 2-9 tredje ledd første punktum må det foreligge *konkret mistanke* om brudd på regler som Forbrukertilsynet fører tilsyn med, og *særlige hensyn* må gjøre seg gjeldende før opplysningsplikten inntre.¹⁵³ Forbrukertilsynet kan ikke kreve lister over hemmelige telefonnumre eller kreve slike opplysninger som ledd i stikkprøvekontroller.¹⁵⁴ Informasjon fra ekomtilbyder knyttet til trafikkdata, med detaljerte opplysninger om den enkeltes bruk av telekommunikasjonen, er fortsatt beskyttet av taushetsplikten. Slike opplysninger må i stedet innhentes hos den næringsdrivende selv.¹⁵⁵

En lovbestemt rett til å foreta slik gransking som myndighetene finner påkrevet for å utføre sine gjøremål etter loven, følger av mfl. § 34 annet ledd.¹⁵⁶ Næringsdrivendes opplysningsplikt i mfl. § 34 første ledd er et viktig ledd i Forbrukertilsynets gransking og utredning av den enkelte sak, men trusselen om administrative sanksjoner kan utløse et selvinkrimineringsvern for den næringsdrivende.¹⁵⁷ Med overtredelsesgebyr som en sentral sanksjon etter markedsføringsloven vil selvinkrimineringsvernet få større betydning enn tidligere.

Det menneskerettslige vernet mot selvinkriminering er eksplisitt uttalt i SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g og innfortolket i EMK art. 6 nr. 1 i EMDs praksis.¹⁵⁸ Et visst vern mot

¹⁵¹ Prop. 93 L (2016–2017) s. 46. Slik kvalifisert taushetsplikt gjelder for eksempel opplysninger om rikets sikkerhet, taushetsplikt grunnet tjeneste for stat/kommune, tilbyder av ekomnett, visse yrkesgrupper eller taushetsplikt pålagt av en domstol.

¹⁵² Prop. 93 L (2016–2017) s. 47. Departementet viser til at de har ivaretatt hensynet til hvor stort inngrep i personvernet en opplysningsplikt vil utgjøre, jf. kravene i EMK art. 8, i forhold til forbrukervernet.

¹⁵³ Se lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven). Det presiseres i forarbeidene til denne bestemmelsen at ellers taushetsbelagte opplysninger kan gis til annen myndighet som har hjemmel i lov til å kreve slik informasjon, jf. Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) s. 94. Se for øvrig Prop. 93 L (2016–2017) s. 47 og 59–60.

¹⁵⁴ Prop. 93 L (2016–2017) s. 47.

¹⁵⁵ Prop. 93 L (2016–2017) s. 48.

¹⁵⁶ Retten til gransking ble tydeliggjort ved lov nr. 60/1981, jf. Ot.prp. nr. 40 (1980–1981). Se også Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) s. 53. Fra praksis, se for eksempel MR-2011-74 og MR-2014-1597.

¹⁵⁷ Frode Elgesem og Henning Rosenlund Wahlen, «Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen», *Tidsskrift for forretningsjus* 2010, s. 59–75. Selvinkrimineringsvernet ble berørt også i Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 164. For en nærmere redegjørelse for selvinkrimineringsvernet i straffeprosessen, se for eksempel Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010, og Jon Petter Rui Johansen, «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009, s. 47–69.

¹⁵⁸ FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr. 3 bokstav g fastsetter som en minimumsgaranti at ingen må «bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig». Vernet mot tvungen selvinkriminering, som altså innebærer en rett til å forholde seg taus («taushetsretten»), fremgår ikke direkte av

selvinkriminering følger også av Grunnloven § 93 annet ledd og kan innfortolkes i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95.¹⁵⁹ Siden det ikke er grunn til å anta at vernet etter SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g eller etter Grunnloven går lenger enn vernet etter EMK art. 6 nr. 1, drøfter jeg her selvinkrimineringsvernet slik det er innfortolket i EMK.¹⁶⁰ En bestemmelse om selvinkrimineringsvern ble ikke lovfestet i forvaltningsloven, slik Sanksjonsutvalget foreslo.¹⁶¹ Dansk rett har en egen bestemmelse om selvinkriminering i rettssikkerhetsloven § 10 som fastslår at ved konkret mistanke om at enkeltperson eller juridisk person har begått en lovovertrødelse, gjelder ikke den lovbestemte opplysningsplikt for den mistenkte, med mindre det kan utelukkes at opplysningene har betydning for bedømmelsen av lovbruddet.¹⁶²

Selvinkrimineringsvernet anses som et vern for partens vilje og integritet, og det kan spørres om selvinkrimineringsvernet bare gjelder for enkeltpersoner, eller om det også slår inn for foretak.¹⁶³

Det følger av EMD-praksis at juridiske personer i hvert fall i et visst omfang kan påberope seg EMK art. 6 om rettferdig rettergang.¹⁶⁴ For straffesaker har Høyesterett i Norge lagt til grunn at foretak kan vernes mot selvinkriminering etter EMK art. 6 nr. 1.¹⁶⁵ Ved spørsmål om selvinkrimineringsvern for foretak ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven har EU-domstolen en noe annen tilnærming og legger til grunn de såkalte

EMK, men er innfortolket i kravet til en rettferdig prosess («fair [...] hearing») i art. 6 nr. 1. Selvinkriminering i forvaltningen er drøftet av Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 s. 103 flg. og i forarbeider til endringer i forvaltningsloven i Prop. 62 L (2015–2016) s. 135. Se også Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 320, og Berg, *Forvaltningssanksjoner*, s. 202 flg.

¹⁵⁹ Grunnlovsrevisjonen i 2014, Dokument 16 (2011–2012) s. 110. Se også Prop. 62 L (2015–2016) s. 135 som viser til Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14 og 15.

¹⁶⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 135. Vernet mot selvinkriminering har en nær sammenheng med retten til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist etter loven, jf. EMK art. 6 nr. 2 (uskyldspresumsjonen), jf. NOU 2003: 15 s. 103.

¹⁶¹ Forslag til ny § 53 i NOU 2003: 15 s. 99, jf. s. 191, ble ikke fulgt opp, jf. Prop. 62 L (2015–2016) s. 139–140. Departementet viste til at hensynet til forvaltningen av viktige samfunngoder, herunder effektiv utførelse av tilsynsoppgaver og ileggelse av administrative sanksjoner, talte for at en eventuell lovregulering av taushetsretten i forvaltningsloven ikke burde gå lenger enn det som følger av EMK art. 6 nr. 1.

¹⁶² Lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og Oplysningspligter. Regler om opplysningsplikt følger av mfl. § 25 stk. 2, straffesanksjonert etter § 37 stk. 2. Se Møgelvang-Hansen mfl., *Markedsføringsretten*, s. 80–81.

¹⁶³ Prop. 62 L (2015–2016) s. 135. I EMDs praksis fremheves hensynet til den siktedes vilje eller personlige integritet som den sentrale begrunnelsen for et vern mot selvinkriminering. jf. for eksempel EMDs dom 5. november 2002 *Allan mot Storbritannia* avsnitt 50.

¹⁶⁴ EMDs dom 12. november 2002 *Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland* som gjaldt kontradiksjonsprinsippet. Se Øyen s. 360 flg.

¹⁶⁵ Rt. 2011 s. 800. Saken gjaldt pålegg til selskaper om å utlevere bevis etter straffeprosessloven § 210. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om vernet mot selvinkriminering i EMK også gjelder for juridiske personer. Omtalt i Prop. 62 L (2015–2016) s. 135.

Orkem-prinsippene, som anses å være innenfor EMK.¹⁶⁶ Også i konkurranseretten ser det ut til å være en forutsetning at selvinkrimineringsvernet gjelder for foretak, begrunnet i kontradiksjonsprinsippet som en grunnleggende fellesskapsrettslig rettighet.¹⁶⁷ I Danmark er dette avklart direkte i rettssikkerhetsloven § 10, som fastslår at ved konkret mistanke om at en enkeltperson eller en *juridisk person* har begått en lovovertrødelse, gjelder ikke den lovbestemte opplysningsplikten.¹⁶⁸ Det samme er innfortolket i svensk rett.¹⁶⁹

Selvinkrimineringsvernet må gjelde også for medvirkere til en ulovlig handling, om det er enkeltpersoner eller foretak, dersom vedtak om overtrødelsesgebyr kan rettes også mot disse, jf. mfl. § 39 tredje ledd.¹⁷⁰

Vernets utstrekning er imidlertid usikkert. I forarbeider til innføring av veiledningsplikt om selvinkriminering i forvaltningsloven viser departementet til at det skal mer til før deres vern er krenket, sammenlignet med det som gjelder for fysiske personer.¹⁷¹ Høyesterett har også gjort det klart at selvinkrimineringsvernet ikke rekker like langt for foretak som for enkeltpersoner.¹⁷² Selv om det forutsettes at foretak er vernet mot selvinkriminering, kan rekkevidden av vernet variere betydelig på ulike saksområder og ut fra forholdene i den konkrete saken.¹⁷³

I forarbeidene til konkurranseloven påpekte departementet at det nærmere innhold i selvinkrimineringsvernet for foretak fortsatt bør utvikles gjennom praksis.¹⁷⁴ Konkurranselovutvalget forutsatte for eksempel at det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak av hvilke opplysninger som anses som inkriminerende.¹⁷⁵ Vernet mot selvinkriminering på konkurranserettenns område er forstått slik at det er forklaringsplikt om faktiske omstendigheter, som at et møte fant sted og hvem som har deltatt, men at det ikke er en plikt til å si noe om innhold og hva som ble sagt.¹⁷⁶ Det kan være grunn til å legge den samme forståelsen til grunn for Forbrukertilsynets praksis.

¹⁶⁶ Vernet for foretak følger av EU-retten, jf. forarbeider til endringer i konkurranseloven i Prop. 75 L (2012–2013) s. 74 og s. 76. Se Sak 374/87, *Orkem mot Kommisjonen*, Samlingen 1989, s. 3283. Se også konkurranseutvalgets drøftelser, jf. NOU 2003: 12 s. 187.

¹⁶⁷ Prop. 75 L (2012–2013) s. 74.

¹⁶⁸ Møgelvang-Hansen mfl., *Markedsføringretten*, s. 81

¹⁶⁹ Ulf Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 2*, Stockholm 2013, s. 162.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) s. 27 flg. Dette følges opp i forarbeidene til loven av 2009, Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 212.

¹⁷¹ Påpekt også i forhold til endringer i konkurranseloven, se Prop. 75 L (2012–2013) s. 75.

¹⁷² Rt. 2011 s. 800 avsnitt 56–59.

¹⁷³ Prop. 62 L (2015–2016) s. 137.

¹⁷⁴ Prop. 75 L (2012–2013) s. 81.

¹⁷⁵ NOU 2003: 12 s. 187.

¹⁷⁶ Prop. 75 L (2012–2013) s. 73.

Selvinkrimineringsvernet på dette stadiet omfatter både et visst vern mot å basere en straffefellelse på den siktedes taushet og et visst vern mot bruk av bevis ervervet i strid med taushetsretten.¹⁷⁷ I sanksjonssaker kan EMK art. 6 nr. 1 sette skranker for bruk av bevis som er fremtvunget i strid med vernet mot selvinkriminering, for eksempel ved at beviset må avskjæres.¹⁷⁸

Sanksjonsutvalget drøftet spørsmålet om *når* selvinkrimineringsvernet inntre, og viste til at det i EMK vil være et spørsmål om når en straffesiktelse foreligger.¹⁷⁹ Først etter at det foreligger en straffesiktelse i EMK art. 6 nr. 1s forstand, kan opplysningsplikt under trussel om, eller ileggelse av straff eller administrativ sanksjon, krenke taushetsretten.¹⁸⁰ I forvaltningen vil de aller fleste tilsynssaker settes i gang uten at det på forhånd er klart at den vil ende som en sak om administrativ sanksjon.¹⁸¹ Et hovedskille må dermed gå mellom vern på det stadiet der det er spørsmål om å innhente informasjon, og det vernet som foreligger når straffesiktelsen skal avgjøres.¹⁸² En sak om administrativ sanksjon vil i mange tilfeller ha et utgangspunkt i en ordinær forvaltningssak, og vernet inntreffer først når saken har fått karakter av en sanksjonssak.¹⁸³ Et mulig skjæringspunkt kan være det tidspunktet parten forhåndsvarsles om et mulig sanksjonsvedtak.¹⁸⁴ Vernet vil trolig kunne inntre tidligere i «rene» sanksjonssaker, det vil si saker som ikke har noe annet formål enn å avdekke mulige lovbrudd, enn i saker som initieres av tilsynsvirksomhet med et videre formål.¹⁸⁵ Dersom en næringsdrivende får rettet søkelyset mot seg grunnet mulig brudd på mfl. § 6, kan vernet mot selvinkriminering inntre helt fra starten av.¹⁸⁶ Siden det ikke er lovfestet noen grense for når vernet mot selvinkriminering inntre, må Forbrukertilsynet i enkeltsaker vurdere dette og hensynta veiledningsplikten i fvl. § 48.

I og med at Forbrukertilsynet i tidligere saker i stor grad ilet tvangsmulkt som reaksjonsform, ble ikke næringsdrivendes selvinkrimineringsvern utløst. Utvidelsen av

¹⁷⁷ Prop. 62 L (2015–2016) s. 137.

¹⁷⁸ Prop. 62 L (2015–2016) s. 137–138.

¹⁷⁹ NOU 2003: 15 s. 189 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 135. Se også Stub s. 155 og EMDs dom 11. juli 2006 *Jalloh v. Germany*. Konkurranselovutvalget drøftet også utfordringer ved å avgjøre når i en etterforskningsprosess vernet mot selvinkriminering inntre for den enkelte, jf. Prop. 75 L (2012–2013) s. 80.

¹⁸⁰ Prop. 62 L (2015–2016) s. 136. En sentral avgjørelse er EMDs storkammerdom 29. juni 2007 *O'Halloran og Francis mot Storbritannia*. De rettslige utgangspunktene i *O'Halloran og Francis mot Storbritannia* er fulgt opp av EMD i blant annet dom 10. januar 2008 *Lückhoff og Spanner mot Østerrike* avsnitt 52.

¹⁸¹ Prop. 62 L (2015–2016) s. 141 og drøftelsene i NOU 2003: 15 pkt. 5.7.6 s. 98 flg. og pkt. 12.7.4, s. 188 flg.

¹⁸² Prop. 62 L (2015–2016) s. 135.

¹⁸³ NOU 2003: 15 s. 189.

¹⁸⁴ NOU 2003: 15 s. 189 og 190, se også s. 99.

¹⁸⁵ NOU 2003: 15 s. 99.

¹⁸⁶ I denne retning NOU 2003: 15 s. 190.

hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr fører til at selvinkrimineringsvernet kan inntre i de langt fleste saker, og Forbrukertilsynet risikerer dermed å miste sin viktigste informasjonskilde – den næringsdrivende selv. Forbrukertilsynet må i større grad satse på å innhente opplysninger annetsteds. Dette vil kunne få konsekvenser for tilsynets praksis, ved at det blir en tyngre oppgave å innhente informasjon i enkeltsaker. Endringen i reglene om at opplysningsplikt går foran lovbestemt taushetsplikt etter annen lovgivning, kan vise seg å bli svært viktig, men vil for eksempel ikke fange opp opplysninger om trafikkdata. Sett i sammenheng med at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for lovstrid ved spørsmål om ileggelse av overtredelsesgebyr, kan Forbrukertilsynet få noen utfordringer i å oppfylle sin utredningsplikt i fvl. § 17. Formålet om effektivitet må avveies mot de næringsdrivendes rettssikkerhet, og økt arbeidsmengde for Forbrukertilsynet kan bli resultatet.

2.6 Forutberegnelighet for den næringsdrivende

Rettsikkerhetshensyn veier tyngre jo mer alvorlige overtredelser og sanksjoner det er tale om. Med overtredelsesgebyr som potensiell sanksjon for brudd på generalklausulen i mfl. § 6 kan det blant annet spørres hvordan næringsdrivendes forutberegnelighet sikres.

Forutberegnelighet kan knyttes til tolkningen av innholdet i generalklausulen, i hvilken grad Forbrukertilsynet faktisk ilegger overtredelsesgebyr fremfor tvangsmulkt, og hvor stort gebyret eventuelt vil kunne bli.

Det kan for det første spørres i hvilken grad det vil være forutberegnelig for den næringsdrivende at en handling medfører brudd på mfl. § 6 om urimelig handelspraksis. Både tolkningen av «god forretningsskikk overfor forbrukere» og vurdering av påvirkningsvilkåret i forbrukerleddet kan by på utfordringer og usikkerhet. Vurderingen av om en handelspraksis strider mot «god forretningsskikk overfor forbrukere», baseres på en rettslig standard som ikke defineres i loven, idet den er ment å være fleksibel og skal kunne tilpasses den generelle samfunnsutviklingen.¹⁸⁷ Innholdet i standarden «god forretningsskikk» er ment å variere fra bransje til bransje.¹⁸⁸ Det gis heller ingen veiledning i handelspraksisdirektivet om hva som ligger i endring av forbrukernes økonomiske atferd, og det må være opp til myndighetene å fastlegge det nærmere innhold.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 47. God forretningsskikk er basert på handelspraksisdirektivets begrep «yrkesmessige aktsomhet» i art. 5 nr. 2 bokstav a. Nettopp begrepet «god forretningsskikk» i daværende lov om utilbørlig konkurranse av 7. juli 1922 ble brukt av Ragnar Knoph som eksempel på en rettslig standard, jf. *Rettslige standarder*, 1938, s. 2.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 47.

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 51.

Barne- og likestillingsdepartementet presiserte at regler som gir hjemmel for overtredelsesgebyr, skal være tydelige og klare, slik at det for borgerne er forutberegnelig når en slik sanksjon kan ilegges, og viste til legalitetsprinsippet og EMK art. 7.¹⁹⁰ Også Justis- og beredskapsdepartementet påpekte at kjerneområdet for overtredelsesgebyrene vil være mindre alvorlige overtredelser der det er relativt enkelt å kartlegge de fakta som er avgjørende for om overtredelse har skjedd.¹⁹¹ De nye reglene i forvaltningsloven skal sikre en mer enhetlig tilnærming til bruk av administrative sanksjoner, sikre kodifisering av sentrale krav som følger av Grunnloven og EMK, og bidra til at rettssikkerhetskravene oppfylles i praksis.¹⁹²

Forvaltningsorganers inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov, jf. Grl. § 113.¹⁹³ Med overtredelsesgebyr som sanksjon for brudd på en generalklausul er det grunn til å reflektere over den relative siden av legalitetsprinsippet, om variasjon med hensyn til uttrykkelighet, klarhet og umiddelbarhet.¹⁹⁴ Klarhetskravet i legalitetsprinsippet vil variere, men det ser ut til å være enighet om at jo mer inngripende tiltak overfor den enkelte det er snakk om, desto klarere må lovhjemmelen være.¹⁹⁵ Det må oppstilles et minstekrav til lovbestemmelsens presisjon før det kan være aktuelt å akseptere ordlyden som et utgangspunkt for en tolkning i lys av andre rettskildefaktorer.¹⁹⁶

Den skjønsmessige karakteren av mfl. §§ 6–9, og at administrative sanksjoner ikke var egnet ved brudd på rettslige standarder, ble trukket frem av flere høringsinstanser i høringsrunden til lovendringene i 2017.¹⁹⁷ Departementet viste da til at regelverket er mindre skjønnspreget i dag fordi det har utviklet seg retningslinjer og praksis som «i noen grad» klargjør hva som ligger i begrepene, og fant det «mindre betenkelig» å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på regler om urimelig handelspraksis enn ved loven av 2009.¹⁹⁸ De samme synspunkter fremkommer både i Justis- og beredskapsdepartementets vurderinger

¹⁹⁰ Prop. 93 L (2016–2017) s. 52.

¹⁹¹ Prop. 62 L (2015–2016) s. 83.

¹⁹² Prop. 62 L (2015–2016) s. 61–62.

¹⁹³ Grunnlovsfestingen av legalitetsprinsippet er ikke ment å endre tidligere rettstilstand, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 248 og Innst.186 S (2013–2014) s. 8. Jeg går i denne fremstillingen ikke nærmere inn på diskusjoner om ulike tilnæringsmåter til legalitetsprinsippet, jf. Roald Hopsnes og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 2005, s. 77–155, og Alf Petter Høgberg og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 15–55.

¹⁹⁴ Se analysen i Erik Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2011, s. 73 flg. med videre henvisninger.

¹⁹⁵ Se for eksempel Hopsnes og Solberg s. 132–133 og Helset og Stordrange, *Norsk statsforfatningsrett*, Oslo 1998, s. 127–128.

¹⁹⁶ Nicolai V. Skjerdal, «Hva betyr 'klar lovhjemmel'?», *Jussens Venner* 2001, s. 337–364 (s. 345).

¹⁹⁷ Prop. 93 L (2016–2017) s. 51.

¹⁹⁸ Prop. 93 L (2016–2017) s. 52.

i forarbeidene til bestemmelser om administrative sanksjoner i forvaltningsloven og i Sanksjonsutvalgets kommentarer.¹⁹⁹ Sanksjonsutvalget frarådet heller ikke bruken av administrative sanksjoner ved brudd på rettslige standarder, og det viste til at selv om disse kan synes uklare, har det normalt utviklet seg retningslinjer innen bransjen og hos rettshåndhevende myndigheter som avklarer hva som ligger i begrepene.²⁰⁰ På samme måte som ved delegert lovgivning mente utvalget at det må forutsettes at de grupper som berøres, har satt seg inn i hva som nærmere ligger i begrepene. Det ble vist til at bruk av rettslige standarder er godtatt som lovgrunnlag også i strafferetten.²⁰¹

Krav til lovhjemmel må, ifølge rettspraksis, nyanseres ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer, og hvor tyngende det er for den som rammes.²⁰² I juridisk litteratur påpekes det at etter gjeldende retningslinjer vil overtredelsesgebyr normalt bare bli anvendt der *rettstilstanden* er klar, og hvor det følger av norsk praksis eller EU/EØS-praksis at den aktuelle typen atferd er forbudt.²⁰³

Både sanksjonsutvalget og departementet ser ut til å legge mye av tolkningen av innholdet i generalklausulen til utviklingen i bransjepraksis som en rettskildefaktor, men spørsmålet er altså om denne er entydig. Også slik begrepet er fortolket i EU, er vurderingen av hva som er «god forretningsskikk», ment å skulle variere fra bransje til bransje.²⁰⁴ Retningslinjer utarbeidet av The International Chamber of Commerce (ICC) kan i tillegg trekkes inn ved forståelsen av «god forretningsskikk».²⁰⁵ Det er imidlertid ikke åpenbart at det er enkelt for næringsdrivende å forutse et lovbrudd basert på en rettslig standard som endres over tid og får sitt innhold gjennom praksis i de ulike bransjer.²⁰⁶ Markedsrådet har også selv sett grunn til å drøfte forholdsvis inngående hva som kan ligge innenfor «god forretningsskikk» i de ulike bransjer.²⁰⁷

¹⁹⁹ Prop. 62 L (2015–2016) pkt. 9 s. 67 og NOU 2003: 15 pkt. 12.3.1 s. 183 flg.

²⁰⁰ NOU 2003: 15 s. 184.

²⁰¹ NOU 2003: 15 s. 184.

²⁰² En sentral avgjørelse er Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaksdommen). Se for øvrig Stub s. 79 og Boe s. 75.

²⁰³ Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», s. 489.

²⁰⁴ EU-kommisjonens arbeidsdokument av 25.5.2016 (SWD (2016) 163) *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial practices*, s. 58.

²⁰⁵ ICC's Advertising and Marketing Communications Code:

<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf> (januar 2019).

²⁰⁶ Lunde, Mestad og Michaelsen s. 82–83.

²⁰⁷ Se for eksempel MR-2012-625.

Som et eksempel på utvikling av bransjepraksis kan nevnes markedsføring av mat og drikke rettet mot barn.²⁰⁸ Matvarebransjen har på eget initiativ utviklet interne retningslinjer for slik markedsføring, med klagemulighet til Matvarebransjens Faglige Utvalg (MFU).²⁰⁹ Det er også utarbeidet en egen veiledning til disse retningslinjene, der det legges vekt på om produktet, det anvendte mediet eller virkemidlet appellerer særlig til barn.²¹⁰ Retningslinjene må sies være forholdsvis strenge og forbyr spesielle former for markedsføring overfor barn av visse produkter som anses å hindre et balansert og variert kosthold, basert på en angitt produktliste.²¹¹ Dersom disse retningslinjene skal være førende som uttrykk for bransjepraksis når Forbrukertilsynet tolker mfl. § 6, jf. § 20, vil det høyst sannsynlig være en innstramming av markedsføringslovens generelle regler om urimelig handelspraksis overfor barn.²¹² Et annet eksempel er «Bransjenorm for markedsføring av bolig» som eksisterte i mange år og var utviklet av forbrukermyndigheter og eiendomsbransje i fellesskap.²¹³ Normen skulle være uttrykk for en felles forståelse av regelverket, men stadig diskusjon og uenighet mellom bransjen og forbrukermyndigheter viste at selv med et forsøk på samarbeid er det vanskelig å enes om en felles forståelse av bransjenormer. Bransjenormen er i dag erstattet av Forbrukertilsynets egen veiledning for markedsføring av bolig.²¹⁴ Hvorvidt slike veiledninger kan legges til grunn som uttrykk for god forretningsskikk, må det være opp til andre, typisk domstoler, å avgjøre. De nevnte tilfeller er noe tilfeldige eksempler på at det ikke alltid vil være forutberegnelig for en næringsdrivende hvorvidt en handelspraksis er i strid med generalklausulen i mfl. § 6, selv innenfor en klart angitt bransje.

I forarbeidene til markedsføringsloven av 2009 uttales det at det er påvirkningen på det gjennomsnittlige medlem av en gruppe forbrukere som skal være målestokken ved vurdering av lovstridig markedsføring.²¹⁵ I tråd med handelspraksisdirektivets forte punkt 18 skal vurderingen baseres på oppfatningen hos en tenkt forbruker, som antas å være rimelig

²⁰⁸ Departementet avventet en lovfesting som regulerte markedsføring av mat og drikke overfor barn og unge, og ønsket å se hvordan bransjens egne retningslinjer fungerte i praksis, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 67–68.

²⁰⁹ Retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, <http://www.mfu.as/36575-Retningslinjer-for-markedsforing> (januar 2019).

²¹⁰ Veiledning til retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, <http://www.mfu.as/36576-Veiledning-til-retningslinjer> (januar 2019).

²¹¹ I MFU-2017-30 ble for eksempel en halloween-dekorasjon med plukk og miks av ulike sjokoladetyper ansett å være i strid med retningslinjene og dermed forbudt som markedsføring overfor barn.

²¹² Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 65 flg.

²¹³ Paul Henning Fjeldheim, «Bransjenorm for markedsføring av boliger – faktisk og rettslig betydning», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2015, s. 33–45 (s. 45).

²¹⁴ Forbrukertilsynets veiledning om markedsføring av bolig, <https://www.forbrukertilsynet.no/lov-og-rett/veiledninger-og-retningslinjer/forbrukertilsynets-veiledning-om-markedsforing-av-bolig> (januar 2019).

²¹⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 33–34.

opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av EU-domstolen. Det er helhetsinntrykket hos denne forbrukeren som er avgjørende for om en praksis er villedende og dermed urimelig.²¹⁶ Hvorvidt oppfatningen hos en slik gjennomsnittsfbruker kan sies å være forutberegnelig for den enkelte næringsdrivende, er høyst usikkert.

En viss forutberegnelighet sikres ved at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr må bero på at overtredelser har skjedd vesentlig eller gjentatt, jf. mfl. § 43.²¹⁷ Det er altså en viss terskel før overtredelsesgebyr kan ilegges. Imidlertid rammes både uaktsomme og forsettlige overtredelser.²¹⁸ De sentrale elementene i skyldkravet er hvorvidt det objektivt sett er foretatt handlinger i strid med kravet til forsvarlig opptreden på det aktuelle livsområdet, og om det ut fra de personlige forutsetninger som foreligger, er grunnlag for bebreidelser.²¹⁹ Hvorvidt det foreligger avvik fra forsvarlig opptreden, beror på hvilket aktsomhetskrav som stilles. Den næringsdrivende må forventes å innrette næringsvirksomheten slik at denne drives i samsvar med gjeldende lover og forskrifter innenfor det aktuelle forretningsområdet.²²⁰ Gitt den skjønnsmessige ordlyden i mfl. § 6 kan det være utfordrende for den enkelte næringsdrivende å legge seg på en praksis som sikrer at man ikke kommer i konflikt med generalklausulen.

Derneft kan det spørres hvilke konsekvenser Forbrukertilsynets valgfrihet med hensyn til hvilken reaksjon de vil ilegge, har for de næringsdrivendes forutberegnelighet. Uttalelsen om at overtredelsesgebyr ikke nødvendigvis skal brukes ved brudd på mfl. § 6, selv om det er adgang til det, kan skape usikkerhet.²²¹ Det vil åpenbart være stor forskjell for den næringsdrivende om vedkommende ilegges en tvangsmulkt, med mulighet for å endre praksis, eller overtredelsesgebyr for allerede begått handling. Usikkerheten knyttes dermed til i hvilke tilfeller Forbrukertilsynet rent faktisk vil komme til å gripe inn med overtredelsesgebyr som sanksjon. Dersom trenden fra før endringen i 2017 fortsetter, ved at overtredelsesgebyr faktisk ilegges der vilkårene er oppfylt, kan usikkerheten for den enkelte næringsdrivende reduseres. Dette forutsetter at en slik praksis kommuniseres utad, noe som i sin tur kan støte an mot at hjemmelen for å ilegge gebyr i mfl. § 43 første ledd er en «kan-regel». Helt klare retningslinjer for forvaltningens praksis vil dermed være problematisk.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 53, jf. s. 32 flg.

²¹⁷ Prop. 93 L (2016–2017) s. 52.

²¹⁸ Departementet valgte å legge seg på samme linje som Sanksjonsutvalget, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 162, og NOU 2003: 15 s. 185.

²¹⁹ Lunde, Mestad og Michaelsen s. 309 viser til strl. § 23 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 424–428.

²²⁰ Lunde, Mestad og Michaelsen s. 310.

²²¹ Prop. 93 L (2016–2016) s. 52.

Usikkerheten kan også knytte seg til den øvre ramme for overtredelsesgebyret. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. mfl. § 43 annet ledd.²²² Overtredelsesgebyr skal utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, men med det overordnede prinsipp at gebyret bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd.²²³ Ilagte overtredelsesgebyr i perioden 2009–2017 varierte mellom 50 000 kr og 1,2 millioner kr overfor foretakene, og mellom 50 000 kr og 200 000 kr for medvirkere.²²⁴ Spennet i gebyrer som er ilagt, er forholdsvis stort og bekrefter at det foretas konkrete vurderinger i den enkelte sak. Inntil vi får på plass en forskriftsregulering, bebudet innen 1. juli 2020, vil det fortsatt være en usikkerhet med hensyn til den øvre ramme for overtredelsesgebyrets størrelse, jf. fvl. § 44 annet ledd.²²⁵ Til sammenligning skal «marknadsstørningsavgiften», som ilegges av domstolen, etter svensk mfl. § 31 fastsettes til minst 10 000 og høyst ti millioner kr, men kan ikke overstige 10 % av den næringsdrivendes omsetning.²²⁶ I EU-kommisjonens forslag knyttet til «A New Deal for Consumers» foreslås det i handelspraksisdirektivet art. 13 krav om at medlemslandene må fastsette en maksimumsstørrelse for bøter som bør være minst 4 % av den næringsdrivendes omsetning for visse utbredte grenseoverskridende overtredelser.²²⁷

Oppsummert kan det sies at for den enkelte næringsdrivende kan endringene i håndhevingsreglene føre til mindre forutberegnelighet, både med hensyn til tolkningen av innholdet i mfl. § 6, Forbrukertilsynets valgfrihet mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr, og størrelsen på gebyret. For å motvirke dette kan Forbrukertilsynet, gjennom utstrakt informasjonsvirksomhet, sikre en viss forutberegnelighet. Strengere praktisering av forhåndsvarsel, økt veiledning i enkeltsaker og vektlegging av reelle forhandlinger vil også kunne hindre usikkerhet. En konsekvens av endringene kan derfor være at Forbrukertilsynet tydeligere må kommunisere overfor den enkelte næringsdrivende at overtredelsesgebyr vil være en sannsynlig sanksjon.

²²² Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 214.

²²³ Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 214. I MR-2017-275 la for eksempel Markedsrådet vekt på allmennpreventive hensyn og ila overtredelsesgebyr tilsvarende 16 % av omsetningen, selv om foretaket hadde gått med underskudd.

²²⁴ Foredrag av advokat i Forbrukertilsynet Morten Grandal, «Endringer i håndhevingsreglene – vedtak og sanksjoner. Ny rolle, strategi og prioriteringer», Seminar fra Forbrukerombud til Forbrukertilsyn, BLD 6. mars 2018, <https://www.forbrukertilsynet.no/content/2018/03/Strategi-og-h%C3%A5ndhevingsreglene.pdf>

²²⁵ Forskrift 9. juni 2017 nr. 713 om ikraftsetting av lov 27. mai 2016 nr. 15 om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) med overgangsbestemmelser. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 408.

²²⁶ Svenske forarbeider i Prop. 2015/16:168 s. 22 flg.

²²⁷ COM (2018) 185 s. 2.

3. Avsluttende kommentarer og refleksjoner

De ulike virkemidlene vil hver for seg ha konsekvenser for Forbrukertilsynets saksbehandling og de næringsdrivendes rettigheter, men viktigere er det at kombinasjonen av disse kan gi utilsiktede snubletråder og utfordre næringsdrivendes forutberegnelighet. De samlede endringer fører også til at det norske systemet vil skille seg fra de andre skandinaviske landene.²²⁸

Formålet om effektivitet søkes løst gjennom å fjerne kravet om å forsøke frivillig ordning, men kombinert med tilsynets primære vedtakskompetanse og utvidede hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr kan det føre til et dårligere forhandlingsklima. Mens de aller fleste saker tidligere endte med en frivillig ordning, kan det spørres om den nye, noe mer ubalanserte, forhandlings situasjonen vil vanskeliggjøre frivillige løsninger i løpet av prosessen.

Dernest kan det bebudede valget, og fleksibiliteten, mellom tvangsmulkt og overtredelsesgebyr gi helt avgjørende føringer for hvilke krav som stilles til saksbehandlingen. Med overtredelsesgebyr som sanksjonsform utløses et selvinkrimineringsvern og behovet for rettssikkerhet for den næringsdrivende øker, samtidig som Forbrukertilsynet må vise til klar sannsynlighetsovervekt for lovbrudd. Som en direkte konsekvens vil næringsdrivende i mye større grad kunne påberope seg en taushetsrett som kan vanskeliggjøre Forbrukertilsynets gransking. Den utvidede retten til å kreve fremlagt opplysninger fra andre myndigheter, ved at lovbestemt taushetsplikt må vike for markedsføringslovens opplysningsplikt, vil bli viktig, men kan samtidig føre til mer krevende saksbehandling. Tilsynet må derfor på et tidlig stadium avgjøre om administrative sanksjoner som tilsvarende straff etter EMK, er aktuelt i den enkelte sak. Det er videre et poeng at dersom formålet om avskrekkende virkning skal oppfylles, bør den strengeste sanksjonen benyttes. Analysene av praksis frem til lovendringene viste at overtredelsesgebyr faktisk ble benyttet der dette var mulig. Sannsynligheten er dermed stor for at overtredelsesgebyr blir den helt sentrale sanksjonsform og vil i de fleste saker utløse beskyttelse gjennom menneskerettighetene.

Større konsekvenser for næringsdrivendes lovbrudd i enkeltsaker og økte krav til rettssikkerhet kan føre til at saksbehandlingsreglene oftere blir et konflikttema, med flere klager til Markedsrådet som resultat. Blant annet vil veiledningsplikten, spesielt veiledning om taushetsretten, og krav om forhåndsvarsel kunne bli sentrale for å oppfylle kravene til

²²⁸ Dette påpekes også av departementet, jf. Prop 93 L (2016–2017) s. 23.

forsvarlig saksbehandling. Som påpekt av Marius Stub kan det være problematisk at det i stadig større grad innføres en form for «forvaltningsstrafferett» med økt bruk av administrative sanksjoner, uten at det etableres en «forvaltningsstraffeprosess».²²⁹ De forholdsvis nye bestemmelsene om administrative sanksjoner i fvl. kap. IX er et viktig skritt i denne retning.

Det kan videre spørres om formålet om økt effektivisering enklere kunne ha blitt oppnådd ved å konsentrere endringene om noen av virkemidlene.²³⁰ Selv om utvidelsen av hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr er ment å være en mer effektiv reell trussel om reaksjoner, vil økte krav til Forbrukertilsynets saksbehandling og næringsdrivendes rettssikkerhet paradoksalt nok kunne føre til mindre effektiv håndheving av forbrukervernet. Utfordringene forsterkes av et mer ubalansert forhandlingsklima og mindre forutberegnelighet for den næringsdrivende. Innføring av primær vedtakskompetanse for Forbrukertilsynet og fjerning av kravet om å forsøke frivillig ordning kunne ha vært to skritt i retning av økt effektivisering, mens sanksjonene kunne vurderes når dette hadde stabilisert seg.

²²⁹ Stub s. 450. Se Prop. 62 L (2015–2016) s. 138–140, hvor Sanksjonsutvalget foreslår at det tas inn en bestemmelse om vern mot selvinkriminering i fvl. § 53, men departementet vedtar ikke dette.

²³⁰ I denne retning, se Markedsrådets uttalelse i Prop. 93 L (2016–2017) s. 15.