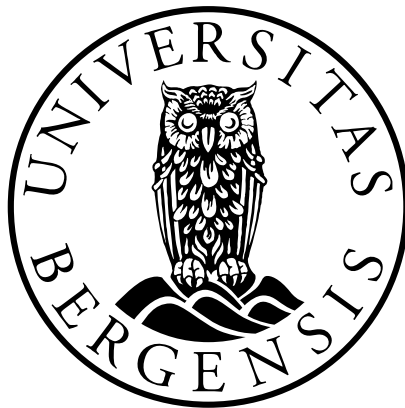


Rettslige rammer for håndtering av økonomisk tap etter brudd på markedsføringsloven

*Bør det innføres en hjemmel for å pålegge
næringsdrivende å betale økonomisk
kompensasjon til forbrukere i mfl?*

Kandidatnummer: 118

Antall ord: 13896



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

Innholdsfortegnelse

1.0	Innledning	3
1.1	Problemformulering og avgrensning	3
1.2	Fremgangsmåte	4
1.3	Rettskildebruk	5
1.3.1	Nasjonale rettskilder	5
1.3.2	Internasjonale rettskilder	6
1.4	Hensyn som gjør seg gjeldende	7
2.0	Nærmere om markedsføringsrett	9
2.1	Begrepsavklaring	9
2.3	Villedende markedsføring	9
2.4	Andre typiske brudd på markedsføringsloven	11
3.0	Forslaget til ny CPC-forordning	13
4.0	Grupesøksmål	16
4.1	Generelt om grupesøksmål	16
4.1.1	DNB-søksmålet	17
5.0	Erstatningsrett i lys av markedsføringsrett	20
5.1	Generelt	20
5.1.1	Særlig om ansvarsvilkåret	20
5.2	Utmålingsspørsmålet	22
5.2.1	Tabell for varig medisinsk invaliditet (VMI)	23
5.2.2	Den standardiserte flypassasjererstatningen	24
5.2.3	Erstatning for ikke-økonomisk skade?	25
5.3	Erstatningsproblematikken på beslektede rettsområder	26
5.3.1	Verdipapirer	27
5.3.2	Konkurranserett	29
6.0	Dansk rett	30
6.1	Generelt	30
6.2	Erstatning for brudd på markedsføringsloven	31
6.3	Den danske grupesøksmålsparagrafen	32
7.0	Bør erstatningshjemmelen innføres?	34
7.1	Forbrukerombudets vedtakskompetanse i dag	34
7.2	Prop. 93 L (2016-2017) og potensielle ringvirkninger	35
7.3	Forholdet til den alminnelige erstatningsretten	38
7.4	Vurdering av behovet for en utvidelse av kompetanse	38
7.5	Avsluttende vurdering	39
KILDELISTE		41

1.0 Innledning

1.1 Problemformulering og avgrensning

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er om det bør innføres en hjemmel i norsk markedsføringslov som pålegger næringsdrivende å betale økonomisk kompensasjon til forbrukere, slik som det er foreslått av Europakommisjonen,¹ i et utkast til en oppdatert versjon av forordningen om forbrukervernsamarbeid, den såkalte CPC-forordningen.² Forslaget går ut på at Europakommisjonen, heretter Kommisjonen, ønsker å gi forbrukermyndighetene kompetanse til å forhandle om, og kreve inn, erstatning på vegne av forbrukere på markedsføringsrettens område. Oppgaven vil fokusere på de erstatningsrettslige problemstillingene som kan oppstå når en forbruker på grunn av næringsdrivendes brudd på markedsføringsloven blir påført økonomisk tap. Et typisk brudd på markedsføringsloven som kan medføre økonomisk tap er at den næringsdrivende bedriver villedende markedsføring, og det er dette som vil være utgangspunktet for oppgavens drøftelse. Det vil i tillegg under punkt 2.4 bli redegjort kort for andre typiske brudd på loven som kan medføre økonomisk tap, som negativt salg og urimelige avtalevilkår.

Gjeldende rettstilstand i Norge er slik at dersom en eller flere forbrukere blir påført tap fra samme næringsdrivende, må disse gå til individuelle søksmål, eller gruppesøksmål. Gruppesøksmål kan være, som oppgaven vil redegjøre for, en tung og krevende prosess for forbrukere.

En eventuell utvidelse slik Kommisjonen foreslår er ikke uproblematisk – og forslaget reiser flere problemstillinger knyttet til erstatningsrett og hvorvidt forvaltningen bør tillegges denne kompetansen. Oppgaven vil kort også drøfte erstatning for ikke-økonomisk tap, men dette er ikke et tema det vil bli lagt mye vekt på. Grunnet temaets omfang vil det være en avgrensning mot næringsdrivende som blir påført tap på samme måte fra andre næringsdrivende.

¹ Kommisjonens forslag (2016/0148(COD) 25.05.16), heretter «Kommisjonens forslag»

² Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (Gjeldende CPC-forordning)

1.2 Fremgangsmåte

Vurderingen av om det burde innføres en erstatningshjemmel etter CPC-forslaget til Kommisjonen i markedsføringsloven er sammensatt, og beror på tolkning og drøfting av rettskilder fra en rekke rettsområder.

Oppgaven vil starte med en redegjørelse av hva markedsføringsretten, herunder særskilt villedende markedsføring, egentlig består av. Det vil bli avgrenset mot de bestemmelsene som er særskilt relevante for forbrukere, da det er forbrukerne som er premisset for erstatningshjemmelen som drøftes. Det er viktig å bruke tid på markedsføringsretten innledningsvis for å forstå hvordan forbrukere kan bli rammet av brudd på markedsføringsloven, hvilke konsekvenser det kan ha, og dermed ha et bedre utgangspunkt for å drøfte hvorvidt en erstatningshjemmel bør innføres på rettsområdet. Oppgaven vil så presentere de to aktuelle avsnittene i CPC-forordningens artikkel 8 som tar for seg erstatning i medlemsstatene. Etter dette vil oppgaven se på gruppesøksmål for å kartlegge nøyaktig hva det er som gjør at dette ikke anses for å være en tilstrekkelig håndhevingsmekanisme for forbrukervern. Videre må det drøftes rundt forholdet til den alminnelige erstatningsretten, og hvorvidt erstatning på markedsføringsrettens område vil være problematisk. Her vil det også ses hen til forenklede prosesser for erstatning for varig medisinsk invaliditet og forsinket reiserute for flypassasjerer, for å se om dette er noe man kan hente inspirasjon fra. Oppgaven vil så se på rettskilder fra beslektede rettsområder som finansiell rådgivning og konkurranserett, og om det disse utleder er av interesse for markedsføringsretten. Det ses så på dansk rett, da vårt rettssystem har mye til felles med det danske, og det kan være interessant å se hvordan erstatningsspørsmålet er regulert i dansk markedsføringsrett.

Avslutningsvis vil oppgaven samle trådene mellom de ulike rettskildene som er gjennomgått, vekte hensyn som er relevante, og hvilken retning de peker, før det foretas det en de lege ferenda-vurdering av om en erstatningshjemmel bør innføres i Norge. Ettersom det er en ferendavurdering og verken norske lovregler eller rettspraksis omkring erstatningshjemmelen eksisterer, vil relle hensyn få en mer fremtredende plass i vurderingen enn det naturlig sett har i rettskildene i norsk rett.

1.3 Rettskildebruk

1.3.1 Nasjonale rettskilder

Markedsføringsloven (heretter mfl), vedtatt i 2009³, danner grunnlaget for reguleringen av markedsføring i Norge, og er dermed sentral for forståelsen av hva villedende reklame er. Lovens oppgave er offentlig kontroll med markedsføring og avtalevilkår. Det er forvaltningsorganet Forbrukerombudet og Markedsrådet som er gitt kompetanse til å utøve den offentligrettslige kontrollen med, og håndhevelsen av, loven, jf. mfl § 32. I mfl § 34, annet ledd er det lagt til grunn at «*Forbrukerombudet fører tilsyn etter overnevnte bestemmelser ut fra hensynet til forbrukerne.*» Som det fremgår av bestemmelsen er det forbrukere som en gruppe det i praksis blir ført kontroll på vegne av, men lovens ordlyd stenger ikke for at Forbrukerombudet kan tre inn i på enkelttilfeller der en person er blitt utsatt for brudd på markedsføringsloven.

På markedsføringsrettens område foreligger det lite rettspraksis. Det skyldes trolig den nåværende reguleringen som legger opp til at Forbrukerombudet skal løse saker ved å forhandle med de innklagde næringsdrivende etter forhandlingsmodellen i mfl § 35. De fleste av konfliktene blir derfor løst på denne måten. Der Forbrukerombudet ikke kommer til enighet med den næringsdrivende blir konflikten forsøkt løst i det domstolslignende forvaltningsorganet Markedsrådet. Det er derfor ikke et mangfold av rettsavgjørelser fra domstolene, og det må ses hen til forvaltningspraksis fra Markedsrådet i den grad det forekommer. Forvaltningspraksis vil ha noe begrenset rettskildemessig vekt, da vedtakene kan påklages, og domstolen har full prøvingskompetanse selv på de skjønsmessige vilkårene i markedsføringsloven.⁴

Som nevnt i punkt 1.1 er det i dagens rettssystem gruppesøksmål som er en mulighet dersom en gruppe forbrukere ønsker å rette krav mot næringsdrivende. Gruppesøksmål er relativt nytt som rettsområde i Norge, og her er det tvisteloven⁵ som regulerer bestemmelsene. Tvisteloven ble vedtatt i 2005, og erstattet tvistemålsloven. Tvisteloven ble innført fordi det var et behov

³ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (Markedsføringsloven)

⁴ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 2. utgave 2015, s. 35. Dette er også stadfestet i Rt. 2006 s.1348 der Høyesterett drøfter rundt hvorvidt de har prøvingskompetanse på vilkåret «urimelig» i markedsføringsloven.

⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)

for en ny prosessuell lov som var tilpasset den internasjonale utviklingen, og erfaring andre land hadde hatt med sine prosessuelle regler.⁶

Ettersom det ikke finnes mye rettspraksis på området som er aktuelt for oppgavens problemstilling, vil det være naturlig å se hen til forarbeidene til både markedsføringsloven og tvisteloven der forarbeidene har tatt stilling til det som blir omtalt i oppgaven. Forarbeid anses for å ha demokratisk legitimitet, og det må være sikker rett at man kan legge relativt stor vekt på hensyn som er tatt og grenser som er trukket i lovens forarbeider. Spesielt gjelder dette ved nyere lovgivning der det ikke foreligger mangfoldig praksis på området,⁷ noe som kan sies å gjelde for både markedsføringsloven og gruppesøksmål i tvisteloven.

1.3.2 Internasjonale rettskilder

Norge har gjennom avtalen om et europeisk økonomisk samarbeid (EØS) forpliktet seg til å følge en rekke av Europaunionens traktater, direktiver og forordninger.⁸ Den generelle forpliktelsen til å gjennomføre EØS-retten i nasjonal rett på riktig måte er nedfelt i EØS-lovens art 3, og omtales som det alminnelige lojalitetsprinsipp.⁹ EU-retten er derfor av sentral betydning da den ligger til grunn for hvordan mange av våre egne regelverk skal tolkes, samt at EU-retten er gitt forrang fremfor norsk rett ved kollisjonstilfeller, jf. EØS-loven § 2.

Det er som nevnt i punkt 1.1 Kommisjonen som har skrevet første utkast til den nye CPC-forordningen som skal drøftes. Den europeiske unions råd, heretter Rådet, og Europaparlamentet har i tillegg redigert og utarbeidet hver sin versjon. Kommisjonen er en av de viktigste institusjonene i EU, men det er i siste instans Rådet som består av medlemsstatene som har det avgjørende ordet.¹⁰

Videre er direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis (heretter direktivet) viktig for forståelsen av hva som er villedende reklame. Som følge av den ulike lovgivningsteknikken som brukes i EU inneholder direktivet flere rettslige standarder, med definisjoner av begreper, og langt rikere ordbruk enn det som er vanlig i norsk rett. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv, som betyr at det stilles ufravikelige krav til medlemsstatenes

⁶ Henry John Mæland, *Kort Prosess – En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. Utgave Bergen 2013, s. 18.

⁷ Kåre Lilleholt, *Knophs oversikt over norsk rett*, 14. Utgave, Oslo 2014, s.8.

⁸ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven)

⁹ Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. Utgave 2011, s. 195.

¹⁰ Kåre Lilleholt, *Knophs oversikt over norsk rett*, 14. Utgave, Oslo 2014, s.75.

nasjonale lovgivning, slik at de ikke avviker mellom de ulike jurisdiksjonene.¹¹ Da markedsføringsloven ble revidert i 2009 ble sentrale bestemmelser innarbeidet inn i vår egen lov for at gjeldende rett skulle være i overensstemmelse med direktivets angivelser.

Direktivet regulerer ikke eksplisitt hvordan medlemsstatene skal forholde seg til en mulig erstatning. Det fremgår av fortalens punkt 9 at direktivet «*ikke [berører] enkeltsaker som fremmes av dem som har lidd skade på grunn av urimelig handelspraksis.*»

Et viktig element for direktivet, er direktivets bilag 1 – den såkalte svartelisten. Denne er innført i norsk rett gjennom forskrift som er hjemlet i mfl § 6, femte ledd. Forskrift om urimelig handelspraksis (svartelisten) består i alt av 31 punkter som lister opp ulike tilfeller av former for handelspraksis som under alle omstendigheter er ansett for å være urimelige, uten at det foretas noen nærmere vurdering av verken grad av urimelighet eller påvirkningen denne kan ha hatt på forbrukeren. Listen representerer en forenklet rettsanvendelse for alle de tilfeller som den vil få anvendelse på.

Danske rettskilder kan også ha betydning for drøftelsen av hvorvidt en erstatningshjemmel bør innføres i Norge, ettersom en lignende hjemmel allerede eksisterer i Danmark. Den danske markedsføringsloven er fra desember 2015,¹² og er i likhet med den norske underlagt direktivet om urimelig handelspraksis. Loven har ingen formålsbestemmelse, men markedsføringsloven § 1 inneholder en generalklausul om at næringsdrivende som er omfattet av loven skal «*udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrukerne, erhvervsdrivende og almene samfunnsinteresser.*» For å skille klart mulig mellom dansk og norsk markedsføringslov vil den danske markedsføringsloven konsekvent bli skrevet fullt ut, mens den norske markedsføringsloven vil bli henvist til ved forkortelsen mfl.

1.4 Hensyn som gjør seg gjeldende

Problemstillingen om hvorvidt det bør innføres en erstatningshjemmel i markedsføringsloven berører flere ulike rettsområder, som markedsføringsrett, erstatningsrett og sivilprosess. Dette fører igjen til at det er ulike hensyn som kan og bør vektlegges. Typiske hensyn som må er dem man kaller *reelle hensyn*. Med dette menes verdibaserte hensyn som gir uttrykk for hvor godt

¹¹ Direktiv 2005/29/EF artikkel 4.

¹² Lovbekendtgørelse nr. 1216 ad 25. September 2013, som ændret ved lov nr 1460 af 17. December 2013 (Markedsføringsloven i Danmark)

det resultatet man kommer frem til er, om den generelle regelen er god både på innhold og retts teknisk – om løsningen er god.¹³

Direktivet om urimelig handelspraksis er en sentral rettskildedefaktor i vår forståelse av gjeldende rett på markedsføringsrettens område. Direktivets hovedformål er å beskytte forbrukernes interesser, herunder ved å hindre at markedsføring er villedende eller urimelig. Hensynet til vern av forbrukeren vil derfor være sentralt. Innenfor emneknaggen «forbrukervern» er det mange ulike hensyn igjen. Her må man ta hensyn til effektivitet i behandling av saker som omhandler forbrukeren, rettssikkerhet og at forbrukeren sett opp mot en profesjonell aktør i næringslivet ofte kan være en svakere part.

Et generelt alminnelig hensyn i norsk rett som også kan gjøre seg gjeldende for oppgavens problemstilling er hensynet til prosessøkonomi. På et rent samfunnsøkonomisk plan må det stadig vekttes mellom hensynet til at saksbehandlings- og retts tekniske system er tilstrekkelig til at den alminnelige borger opplever at hans rettssikkerhet er ivare tatt og hensynet til at man bedriver forsvarlig behandling på et økonomisk nivå.

For erstatningsrettens område er det særlig to reelle hensyn som gjør seg gjeldende – *prevensjonshensyn* og *reparasjonshensyn*;

Erstatningsretten preventive funksjon er to-delt. Den allmenne funksjonen er tanken om at en erstatningsplikt motiverer potensielle skadevoldere til å unngå å volde skade. Den individuelle funksjonen er tanken om at den som har betalt erstatning én gang, anstrenger seg for å unngå å måtte gjøre det enda en gang. Det foreligger et klart økonomisk motiv bak dette hensynet, nemlig at antall skader blir redusert. Det kan derfor også ses på som et samfunnsøkonomisk hensyn i og med at man ønsker å begrense utgifter knyttet til skader.¹⁴

Reparasjonshensynet er et resultat av at man ønsker at den som volder skaden skal gjenopprette dette i det omfang det er mulig i form av økonomisk kompensasjon.¹⁵ Reparasjonshensynet er et ønske om at den som påføres et tap, i den grad det er mulig, skal bli stilt som om skaden ikke

¹³ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 36. Det henvises her videre til et sitat i Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave av Jan Helgesen, Oslo 2001.

¹⁴ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 50.

¹⁵ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 47.

hadde skjedd. Det som blir aktuelt i denne oppgaven vil være hvorvidt reparasjonshensynet i etter dagens system blir tilstrekkelig ivaretatt for forbrukeren.

2.0 Nærmere om markedsføringsrett

2.1 Begrepsavklaring

Det er ikke inntatt noen formålsbestemmelse i markedsføringsloven, ei heller en legaldefinisjon av begrepet markedsføring. I direktivets artikkel 2 bokstav d) er «handelspraksis» definert som;

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

Spesielt uttrykket «kommersiell kommunikasjon» kan her være en god rettesnor for hva som er å anse som markedsføring. Reklame for et produkt er her et typisk eksempel på hva som vil være omfattet av begrepet. Markedsføring for å øke oppmerksomhet rundt en bedrift, samt gjerne øke forbrukerens «goodwill» mot bedriften faller innenfor begrepet, da dette i fremtiden kan føre til økt salg.

En forbruker er i mfl § 5 bokstav a) definert som en «fysisk person» som «ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet». Etter direktivets fortale punkt 18 skal man ta utgangspunkt i gjennomsnittsforkbrukeren når man vurderer om det foreligger urimelig handelspraksis. Gjennomsnittsforkbrukeren er i punkt 18 ansett for å være «rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk».

En næringsdrivende er videre i mfl § 5 bokstav b) definert som en «fysisk eller juridisk person» som «utøver næringsvirksomhet» og «enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne.»

Det er i mfl § 6 innført en generalklausul om at «urimelig handelspraksis er forbudt.» Denne generalklausulen er viktig for å oppnå direktivets mål om totalharmonisering da den er lagt til for å unngå sprikende praksis mellom medlemslandene. Mfl § 6, annet ledd slår videre fast en handelspraksis «alltid er urimelig» dersom den er villedende eller aggressiv.

2.3 Villedende markedsføring

Reglene om villedende markedsføring er definert i mfl §§ 7 og 8. Mfl § 7 legger til grunn at dersom en handelspraksis inneholder «uriktige opplysninger» som er «usannferdig» eller på

annen måte er «egnet til å vilde forbrukerne» er praksisen villedende. Videre er det i annet ledd listet opp en rekke alternativer, som for eksempel at en ikke skal opptre villedende med hensyn til «ytelsens eksistens eller art» etter bokstav a), eller «prisen på ytelsen, eller hvordan prisen beregnes, eller eksistensen av en prisfordel» etter bokstav d).

Praksisen er riktig nok bare villedende dersom den er «egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet», jf. mfl § 7, 3. Ledd. Forarbeidene til markedsføringsloven uttaler at *«det er ikke et vilkår for urimelighet at det faktisk tas en beslutning om en ytelse som en forbruker ellers ikke ville ha tatt. Det stilles bare krav om at praksisen er egnet til å medføre en slik endring.»*¹⁶ Det settes derfor ikke et krav om at en forbruker rent faktisk handler i tråd med den villedende markedsføringen, men at det foreligger en *risiko* for at han eller hun kan bli påvirket til å handle.

Bestemmelsen i mfl § 7, som gjennomfører direktivets artikkel 6, er et uttrykk for en av de mest grunnleggende prinsippene i markedsføringsretten – markedsføring skal være sannferdig og ikke villedende.¹⁷ At handelspraksisen skal være sannferdig, må sees i sammenheng med prinsippet om at påstander i markedsføring om «faktiske forhold, herunder [...] ytelsers egenskaper eller virkning, skal kunne dokumenteres», jf. mfl § 3, annet ledd. Dersom en næringsdrivende fremsetter en påstand om produktet han selger, som ikke kan dokumenteres etter plikten i mfl § 3, vil påstanden lett være en villedende markedsføring etter mfl § 7.

I mfl § 8 om villedende utelatelser er det lagt til grunn at en handelspraksis er villedende dersom den «utelater eller skjuler vesentlige opplysninger» som forbrukere fra sammenhengen «trenger for å kunne ta en informert økonomisk beslutning.» Videre er praksisen villedende dersom den næringsdrivende «presenterer opplysningene på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte.»

Opplysninger som regnes som «vesentlige» ved «oppfordring til kjøp» er blant annet opplysninger om «ytelsens hovedegenskaper, i relevant omfang [...]», og opplysninger om «vilkår for betaling, levering, utførelse [...]», jf. mfl § 8, tredje ledd bokstav a) til d).

«Oppfordring til kjøp» er videre i mfl § 8, femte ledd definert som en «kommersiell kommunikasjon» som «angir ytelsens egenskaper og pris på en egnet måte» og dermed setter

¹⁶ Ot.prp.nr 55 (2007-2008) s.51.

¹⁷ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 2.utgave 2015, s. 94.

forbrukere «i stand til å foreta et kjøp». Det antas å være sikker rett at dette omfatter enhver markedsføring eller reklame som har et kommersielt formål, og som er rettet mot forbrukere. De fleste tilfeller av omtale av et produkts egenskaper og pris vil normalt måtte anses for å være slike oppfordringer til kjøp, og faller derfor under opplysningsplikten i tredje ledd.

Det er i mfl § 8, annet ledd lagt til grunn det samme påvirkningsvilkåret det er redegjort for om i mfl § 7. Mfl § 8 implementerer direktivets artikkel 7.

En evaluering av direktivet viste at utilstrekkelige prisopplysninger i kjøpsoppfordringer er det som er et tilbakevendende problem, ikke grunnet mangelfull EU-lovgivning, men i hovedsak fordi det er knyttet utfordringer til håndhevelse, spesielt ved grenseoverskridende håndhevelse når den næringsdrivende og forbrukeren befinner seg i ulike jurisdiksjoner.¹⁸

Det kan være en flytende overgang for hva som rammes som en villedende handling i mfl § 7 og en villedende utelatelse i mfl § 8. I svartelisten gjelder 23 av punktene villedende handelspraksis. Disse vil det ikke bli gått nærmere inn på i denne drøftelsen.

2.4 Andre typiske brudd på markedsføringsloven

Det er mange ulike brudd på markedsføringsloven som gjør at en forbruker kan oppleve økonomisk tap. Det vil i denne sammenheng begrenses til å gå nærmere inn på brudd på mfl § 11 om krav om betaling, samt urimelige avtalevilkår etter mfl § 22.

Etter mfl § 11 bokstav a) er det forbudt som næringsdrivende å «kreve betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale», og etter bokstav b) å «levere varer, tjenester eller andre ytelser med krav om betaling uten etter avtale».

Tilfellene som rammes av bokstav a) er det man gjerne kaller «kataloghaivirksomhet», hvor en næringsdrivende for eksempel sender ut en faktura til forbrukere for telefonsamtaler som aldri har funnet sted.¹⁹ Det er gjerne enda mer typisk at en annen næringsdrivende rammes, gjennom at det blir sendt ut falske fakturaer, noe som kan være vanskelig å oppdage for en bedrift som daglig mottar et stort antall fakturaer fra potensielt legitime forbindelser.

De tilfellene som rammes av bokstav b) er det man kaller for et «negativt salg». Bestemmelsen innebærer et forbud mot at den næringsdrivende gir inntrykk av at en mottaker av hans vare er

¹⁸ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 2. utgave 2015, s. 123. Det henvises i boken videre til COM(2013) 139 final, punkt 3.3.4.

¹⁹ Eksempel hentet fra Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s.32.

forpliktet til å betale dersom hun ikke returnerer varen hun i utgangspunktet ikke har bestilt. Et klassisk eksempel hentet fra forarbeidene til den gamle markedsføringsloven er en fotograf som tar bilder av barn i barnehagen, og deretter sender bearbejdet bilder til foreldrene med beskjed om at dersom bildene ikke returneres, vil det bli ansett som en inngåelse av avtale om kjøp.²⁰ En slik situasjon vil gjøre at foreldrene uansett vil ha økonomiske utgifter, enten i form av betaling av bildene, eller returnering av dem til avsender.

Videre bruker Forbrukerombudet mye ressurser på undersøkelser av urimelige avtalevilkår etter mfl § 22.²¹ Loven legger til grunn at vilkår som «nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet ovenfor forbrukere» kan «forbys når de finnes urimelige ovenfor forbrukere» og når det tilsies av «allmenne hensyn». Det skal etter mfl § 22, annet Ledd legges vekt på «hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter» og «klarhet i kontraktsforhold» når en vurderer rimeligheten av en avtale.

Bestemmelsen gir hjemmel til å forby avtalevilkår under enkelte forutsetninger, og kan derfor ses på som en innskrenkning i det grunnleggende prinsippet om avtalefrihet, men i praksis ser en at dagliglivets kontrakter gjerne er utarbeidet på forhånd av den næringsdrivende som standard kontraktsvilkår, og gir den enkelte forbruker liten eller ingen mulighet til å få endret innholdet i avtalen før en inngåelse av et kjøp av for eksempel strømavtaler.²²

Et praktisk eksempel her er «Telinet Energi AS»-saken som var oppe for Markedsrådet,²³ og senere stadfestet i lagmannsretten.²⁴ Her ble Telinet funnet for å ha handlet i strid med mfl § 22 ved å ha vilkår i standardavtalene sine om levering av strøm med 12 måneders bindingstid, samt et bruddgebyr på 900 kroner dersom kunden ønsket å bryte før tiden. Dette ble ansett for å være en urimelig «innlåsing» av kunden.

Ved brudd på bestemmelsene som er her nevnt, vil en innføring av erstatningshjemmel kunne medføre at forbrukere får tilbake pengene de har tapt på falske fakturaer, eller bruddgebyret strømselskapet krever av dem. Nærmere detaljer vil bli drøftet nærmere i punkt 5 om erstatning.

²⁰ Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s.8. Eksempel funnet i Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 2.utgave 2015, s. 141.

²¹ Se Forbrukerombudet: *Agenda 2017*. Her er blant annet urimelige vilkår for bruk av tv-tjenester og vilkår for inngåelse av strømavtaler som fokuspunkt for hva FO vil bruke ressurser på i 2017.

²² Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 2.utgave 2015, s. 185.

²³ MR-2009-987

²⁴ RG-2012-354

3.0 Forslaget til ny CPC-forordning

The regulation on consumer protection cooperation, heretter «CPC», er en gjeldende forordning²⁵ for den Europeiske Union, som har som et overordnet mål å harmonisere forbrukerlovgivningen mellom nasjonale autoriteter innad i EU. Forordninger fra EU er inkorporert i norsk lov enkeltvis eller i grupper gjennom lov eller forskrift.²⁶ Årsaken til denne løsningen er at EØS-loven artikkel 7 bokstav a) sier at forordninger må gjennomføres «som sådan». CPC-forordningen ble besluttet innlemmet i EØS-avtalen juli 2006 av EØS-komiteen.²⁷ Forordningen er nå under revisjon, der Kommisjonen i 2016 utarbeidet sitt forslag til ny forordning. Deretter har både Rådet og Europaparlamentet kommet med sine revisjonsforslag. Et av formålene med forordningen er nevnt tidlig i utkastet til Kommisjonen:

«Effective Union-wide cross-border enforcement cooperation among public authorities is therefore crucial to prevent non-compliant traders from exploiting gaps, territorial and other limitations in the enforcement capacity of each Member State.»²⁸

Kommisjonens ønske om å hindre noen i å utnytte «smutthull» i den felles europeiske lovgivningen stemmer godt overens med det overordnede målet man for eksempel har sett i direktivet om å totalharmonisere store deler av forbrukerlovgivningen på tvers av landegrensar.

Forslaget om utvidet kompetanse kommer i Kommisjonens utkast til artikkel 8 nr. 2, og lyder som følger:

«Each competent authority shall have at least the follow powers and exercise them under the conditions set out in Article 9, to:

[...]

(i) obtain a commitment from the trader responsible for the intra-Union infringement or widespread infringement to cease the infringement and where appropriate to compensate consumers for the harm caused; (mine uthevnninger)

[...]

(n) order the trader responsible for the intra-Union infringement or widespread infringement to compensate consumers that have suffered harm as a consequence of the infringement

²⁵ Regulation (EC) No 2006/2004 08.07.13 (Gjeldende CPC-forordning)

²⁶ Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, EØS-rett, 3. Utgave 2011, s. 198.

²⁷ Besl.nr.92/2006, se EØS-notat 25.09.2012.

²⁸ Kommisjonens forslag (2016/0148(COD) 25.05.16), heretter «Kommisjonens forslag», s. 3.

*including, among others, **monetary compensation**, [...] the option to terminate the contract, or other measures ensuring redress to consumers who have been harmed [...]*»²⁹ (mine uthevninger)

Forslaget til artikkel 8 nr. 2 bokstav (i) vil gi det kompetente organ, Forbrukerombudet for Norge sin del, mulighet til å kreve forhandlinger om kompensasjon med de næringsdrivende som bryter med loven.

Bestemmelsen i bokstav (n) vil innebære at Forbrukerombudet ville fått kompetansen til å rette krav om kompensasjon på vegne av forbrukere fra de næringsdrivende. For å illustrere med et eksempel: Dersom næringsdrivende A reklamerer stort i aviser og på TV om at han har en spesifisert vare til svært rabatterte priser, som får forbruker B, C, D og E samt mange andre til å kjøre ut til hans bedrift, og det så viser seg at A bare hadde ett av det spesifiserte produktet tilgjengelig for første kunde B, og egentlig bare ville tiltrekke seg kunder, så vil Forbrukerombudet kunne ha myndighet til å kreve inn de utgifter C, D, E og andre har pådratt seg i den villedende tro om at det skulle være mulig å få tak i dette produktet. Typiske utgifter vil være bensin, bompenger, parkering, leie av tilhenger – alt etter hvilket type produkt og bedriftens beliggenhet. Om A også burde bli ansvarlig for ikke-økonomiske tap som forventningen om å få kjøpe produktet, blir diskutert kort under punkt 5.2.3 om utmålingsproblematikk. Etersom Forbrukerombudet etter dagens lovgivning i hovedsak handler på vegne av en gruppe forbrukere, og ikke i enkeltsaker, vil en slik hjemmel lett kunne fungere som en slags gruppesøksmålshjemmel.

Hele avsnittet i artikkel 8 nr. 2 om bokstav (i) og (n) er bokstavelig talt strøket ut i revisjonsforslaget fra Rådet side,³⁰ men sammenlignet med Kommisjonens forslag er Europaparlamentets innstilling til CPC-ordningen svært lik;³¹

«Powers of competent authorities [...]

*(i) **the power to seek to obtain and/or accept a commitment from the trader responsible for the intra-Union infringement, widespread infringement or widespread infringements with a Union dimension to cease the infringement and where appropriate to compensate consumers for the harm caused;** (IMCOs uthevninger)*

²⁹ Kommisjonens forslag, s. 26-27.

³⁰ Rådets forslag (2016/0148 (COD) 10.02.17) s. 32.

³¹ Parlamentets forslag (2016/0148 (COD) 28.03.17), heretter «Parlamentets forslag», s. 38.

[...]

(n) the power to order the trader responsible for the intra-Union infringement, widespread infringement or widespread infringement with a Union dimension to compensate consumers that have suffered harm as a consequence of that infringement including, inter alia, monetary compensation, offering consumers the option to terminate the contract or other measures ensuring redress to consumers who have been harmed as a result of the infringement;» (IMCOs uthevinger)³²

Det er derfor per dags dato usikkert om artikkel 8 nr. 2 bokstav (i) og (n) om økonomisk kompensasjon til forbrukere vil komme med i den endelige versjonen av den nye CPC-forordningen, men ettersom 2 av 3 institusjoner ønsker å ha hjemmelen med er den fremdeles en del av de videre forhandlingene. Som nevnt under punkt 1.3.2 er det Rådet som i siste instans har det avgjørende ordet,³³ og det er derfor noe usikkert hva den endelige forordningen vil inneholde. Denne oppgaven tar av den grunn kun artikkel 8 nr. 2 bokstav (i) og (n) som et utgangspunkt for diskusjon om hvorvidt økonomisk kompensasjon for forbrukere er noe Norge bør innføre, uavhengig av utfallet for den kommende oppdateringen av CPC-forordningen.

Tanken fra EU om å gi forbrukermyndighetene denne makten er ikke helt ny. Under Volkswagen-skandalen «Dieselgate», som startet i september 2015, der det kom frem at Volkswagen hadde jukset på tekniske prøver for å hevde at de hadde langt mer miljøvennlige utslipp på sine biler enn det som var realiteten, var det nevnt et ønske fra EU om at forbrukere som hadde blitt villedet til å kjøpe disse bilene i tillit til at de var miljøvennlige skulle få kompensasjon for dette.³⁴ Tanken stammer trolig fra USA, hvor «Dieselgate»-skandalen ble løst ved at FTC, et føderalt organ med ansvar for å beskytte forbrukere,³⁵ inngikk et forlik med Volkswagen der Volkswagen skulle tilby enten å kjøpe tilbake bilene eller avbryte leasingavtaler, samt kompensere de berørte forbrukerne. Som uttalt på FTCs egen webside; «*The settlements also resolve claims by the FTC that Volkswagen violated the FTC Act through*

³² Parlamentets forslag, s. 39.

³³ Kåre Lilleholt, *Knophs oversikt over norsk rett*, 14. Utgave, Oslo 2014, s.75.

³⁴ Se Fortune: *Volkswagen Told To Do More For Its European Costumers*, 24.10.16 og Independent: *EU sues Germany and Britain over Volkswagen emissions scandal*, 08.12.16

³⁵ Se FTC: *What we do*

the deceptive and unfair advertising and sale of its “clean diesel” vehicles»³⁶ (mine uthevninger).

Det finnes forøvrig flere land innenfor Den europeiske union som allerede har en hjemmel i sine markedsføringslover for å gi deres kompetente forvaltningsorgan kompetanse til å kreve inn eller forhandle erstatning på vegne av forbrukere. Både Sverige og Danmark er eksempel på dette. Danmark vil det bli redegjort for under punkt 6.

4.0 Gruppesøksmål

4.1 Generelt om gruppesøksmål

Dagens løsning for en gruppe forbrukere som vil kreve erstatning for økonomisk tap slik som det er illustrert i Kommisjonens CPC-forslag artikkel 8 nr. 2 bokstav (n), er å gå til gruppesøksmål. Et gruppesøksmål er når flere saksøkere kan opptre ved siden av hverandre for egne krav som skal forfølges.³⁷ Det har historisk sett ikke vært tradisjon for slike typer søksmål i nordisk rett, ei heller hjemmel til det, før det ble innført i tvisteloven i 2008. Inspirasjonen til gruppesøksmål har i stor grad vært hentet fra anglo-amerikansk rett som USAs «class actions».³⁸

Gruppesøksmål er regulert i tvistelovens (heretter tvl) kapittel 35, i bestemmelsene §§ 35-1 til 35-15. Tvl § 35-1(1) definerer gruppesøksmål som «søksmål som føres av eller mot en gruppe på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag», og som er godkjent av retten. Videre setter tvl § 35-2 vilkårene for at et gruppesøksmål kan finne sted. Et gruppesøksmål kan bare reises dersom rettssubjektene involvert har «krav eller forpliktelser» på «samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag», dersom kravene kan behandles av retten med «samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler». Videre kan det bare aksepteres gruppesøksmål om det anses som den «beste behandlingsmåten» og det foreligger grunnlag for å utpeke grupperepresentant etter tvl. § 35-9, jf. tvl. § 35-2 (1) bokstav a til d.

Det finnes også to ulike former for gruppesøksmål – påmeldingssøksmål etter tvl. §35-6 og utmeldingssøksmål etter § 35-7. Forskjellene mellom dem ligger ganske åpenbart i de ulike

³⁶ Se FTC: *Volkswagen to Spend up to \$14.7 Billion to Settle Allegations of Cheating Emissions Tests and Deceiving Customers on 2.0 Liter Diesel Vehicles*, 28.06.17. Det ble også opprettet en egen webside der de berørte kunder selv kan melde sitt krav; <https://www.vwcourtsettlement.com/>

³⁷ Borgar Høgetveit Berg og Andreas Nordby, *Gruppesøksmål*, Oslo 2012 s. 13.

³⁸ Borgar Høgetveit Berg og Andreas Nordby, *Gruppesøksmål*, Oslo 2012 s. 15.

betegnelsene, etter tvl. § 35-6 er man selv nødt til å registrere sitt ønske om å være i gruppen som går til søksmål, mens man etter tvl. § 35-7 er nødt til å aktivt tre ut av gruppen dersom man ikke vil delta. Det er særlig utmeldingssøksmål som vil være relevant for en gruppe forbrukere, da retten kan bestemme at de som har krav innenfor rammen av søksmålet skal være gruppemedlemmer uten registrering i grupperegister dersom kravene «enkeltvis gjelder så små verdier eller interesser» at et «betydelig flertall av dem» ikke kan forventes å fremmes gjennom individuelle søksmål, jf. tvl § 35-7 (1) bokstav a).

Da gruppesøksmål ble innført i Norge, viste høringsrunden at det var en stor uenighet om hvorvidt det burde innføres. Det kan i grove trekk skilles mellom at representantene på forbrukersiden var positive til innføringen, og representantene fra næringslivet som var negative.³⁹ Dette kan ha en naturlig sammenheng med noen av formålene som ligger bak innføringen av gruppesøksmål. I forarbeidene drøftes det rundt utvikling av masseproduksjon og masseleveranser som kan føre til isolert sett ubetydelige småkrav fra flere forbrukere mot samme næringsdrivende;

«I dag forblir slike småkrav med få unntak uløst, selv om de rettslig kan være godt fundert. Individuell domstolsbehandling av så små krav er uforholdsmessig kostbar. [...]

Gruppesøksmål vil sikre reell adgang til domstolene for flere forbrukere og andre for å ivareta sine rettigheter. Søksmålsformen vil også bidra til at den materielle lovgivningen slår igjennom: Utskriften til at et regelbrudd faktisk kan bli brakt inn for domstolene vil være et incitament for næringsdrivende til å etterleve materielle rettsregler.»⁴⁰

Noe av motivet for innføringen av gruppesøksmål er altså definitivt i forbrukerens favør. Allikevel oppleves gruppesøksmål som en kostbar og krevende prosess, som i liten utstrekning blir benyttet. Kjennelsen som blir drøftet under neste punkt vil kanskje illustrere hvorfor.

4.1.1 DNB-søksmålet

Kjennelsen som omhandlet godkjenning av gruppesøksmål ble avsagt i Oslo tingrett 6. januar 2017er i kjernen av problemstillingen i oppgaven.⁴¹ Søksmålet er prinsipalt fremmet som et utmeldingssøksmål etter tvl § 35-7, og omhandler villedende markedsføring. Det er reist på

³⁹ Borgar Høgetveit Berg og Andreas Nordby, Gruppesøksmål, Oslo 2012, s. 17, samt Ot.prp Nr. 51 (2004-2005) s.325-329.

⁴⁰ Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 330

⁴¹ 16-105341TVI-OTIR/04

vegne av forbrukere, og er eget til å illustrere noen av de typiske utfordringene som kan oppstå ved bruk av gruppesøksmål.

Saksforholdet var i korte trekk at Den Norske Bank (DnB) gjennom flere år tilbudt et produkt i aksjefondsmarkedet som Finanstilsynet mener har vært passivt forvaltet (også kalt indeksforvaltning), til tross for markedsføring og prising som tilsa at det skulle være aktivt forvaltet. Det er Forbrukerrådet som på vegne av andelseiere har bragt inn saken for Oslo tingrett, med krav om erstatning for tapt avkastning og tilbakebetaling av belastet forvaltningshonorar. DnB på sin side hevder for det første at det ikke er begått villedende markedsføring, og for det andre at sakene til deres kunder ikke er like nok til at det bør behandles som et gruppesøksmål i retten. DnB ønsker istedenfor at det blir gjennomført et pilotsøksmål med en eller flere saksøkere. Et pilotsøksmål går ut på at man først fører en sak med en berørt kunde for retten, som gjelder avklaring av faktiske og rettslige spørsmål som vil berøre en de andre på samme måte. Resultatene i dette søksmålet kan deretter legges til grunn for utenrettslig løsning av de andre sakene som er tilsvarende.⁴²

Den aktuelle tvisten er et godt eksempel på forbrukerrettslige krav, og som det blir uttalt av Forbrukerrådet; *«om noen sak skulle passe med lovgivers intensjon med å innføre reglene om gruppesøksmål, må det være denne.»*⁴³

Retten på sin side legger vekt på at *«selv om mange av de ytre omstendighetene synes å passe med lovgivers intensjon bak bestemmelsene, må det avgjørende spørsmålet like fullt være om lovens vilkår for gruppesøksmål anses oppfylt.»*⁴⁴ Det som var særlig omtvistet i denne kjennelsen var hvorvidt andelseiernes krav kunne bedømmes på likt grunnlag etter tvl § 35-2 (1) bokstav a) og hvorvidt gruppeprosess var den beste behandlingsmåten etter tvl § 35-2 (1) bokstav c.

Retten erkjenner at det i enkelte andelseieres tilfelle ikke kan utelukkes at deres forutsetning på tegningstidspunktet vil kunne ha rettslig betydning for vurderingen av de krav som er fremmet, men at det ikke foreligger dokumentasjon eller varsel om bevisførsel for nettopp dette. Særlig denne uenigheten om hvorvidt kravene kan bedømmes på likt grunnlag etter tvl § 35-2 (1) bokstav a er avgjørende for retten når det gjelder hvorfor gruppesøksmål er den beste prosessmåten;

⁴² Pilotsøksmål forklart i Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 317

⁴³ 16-105341TVI-OTIR/04 s. 3.

⁴⁴ 16-105341TVI-OTIR/04 s. 7.

«[...] det er grunn til å tro at det vil kunne oppstå uenighet [...] om hva som skal være implikasjonen av dommen i ett eller flere pilotsøksmål. Dersom det oppstår mye uenighet om implikasjonene av en dom i etterkant, kan det [...] ofte være mer prosessøkonomisk å sette inn større ressurser ved et gruppesøksmål enn å forhandle [...]»⁴⁵

Retten besluttet derfor å fremme gruppesøksmålet som et utmeldingssøksmål og ga DnB én måned på seg til å føre bevis for at det var så individuelle forhold hos den enkelte andelseier at retten ikke skal gi gruppesøksmålet anvendelse for alle gruppelemmer, eller om det skal opprettes undergrupper. Kjennelsen ble anket av DNB,⁴⁶ og ankeprosessen er enda ikke avsluttet.

Saken illustrerer som nevnt flere utfordringer med gruppesøksmål som prosessmåte. Først av alt; gruppesøksmål er en kostbar affære. Denne saken fremmes kostnadsfritt av Forbrukerrådet som en prinsipiell sak, men vanligvis må sakens kostnader dekkes av saksøkerne selv. Et eksempel på et slikt vanlig tilfelle er de tidligere studentene som har fått godkjent sitt gruppesøksmål om tilbakebetaling mot Westerdals Oslo ACT.⁴⁷ Det fremheves for eksempel på domstol.no at gruppesøksmål innebærer liten risiko for den enkelte,⁴⁸ men avhengig av antall saksøkere, størrelsen på potensielt ilagte saksomkostninger kan det fremdeles være betydelige utgifter involvert for den enkelte satt opp mot hva de potensielt har krav på i en typisk forbrukersak.

For det andre; gruppesøksmål er en langsom affære. Først må saken godkjennes for gruppesøksmål som i denne kjennelsen, og så fikk DnB mulighet til å anke kjennelsen samt komme med bevisførsel for at kravene er ulike, før saken *kanskje* kommer opp for retten et godt stykke ut i 2017. Det kan bli vanskelig å overbevise forbrukere om at det er verdt å forfølge sine krav på noen få tusenlapper når det kan ta flere år før de vinner frem. Denne tvisten består av 180.000 andelseiere, og selv om deres individuelle krav på ca. 4000 kroner per person i seg selv ikke er så mye – vil det være snakk om svært høye summer for DnB dersom de taper søksmålet.

⁴⁵ 16-105341TVI-OTIR/04 s.11.

⁴⁶ Se Forbrukerrådet: *Tynn anke fra DNB*, 03.02.17

⁴⁷ Se Dagens Næringsliv: *Westerdals-saken utsatt til høsten*, 03.02.17

⁴⁸ Se Norges domstoler: *Gruppesøksmål*, 10.11.15

Dersom en ønsker å oppnå direktivets og markedsføringslovens mål om effektiv forbrukerbeskyttelse og håndheving vil det være interessant å undersøke om nye og andre metoder vil kunne oppfylle dette målet mer hensiktsmessig, enn ved å gå til gruppesøksmål.

5.0 Erstatningsrett i lys av markedsføringsrett

5.1 Generelt

«Erstatningsretten regulerer spørsmålet om hvorvidt en som har lidt skade, har krav på erstatning eller kompensasjon fra den som har voldt skaden.»⁴⁹ Erstatning anses videre for å ha to hovedformål; det skal virke skadeforebyggende (prevensjonshensyn) det skal gjenopprette den skade som har skjedd (reparasjonshensyn). Det følger av langvarig rettspraksis tre hovedvilkår for erstatningsansvar; det må for det første ha oppstått en erstatningsmessig *skade*. Det må så foreligge et *ansvarsgrunnlag* der det foreligger en ansvarlig og en ansvarsbetingende risiko, og det må være *årsakssammenheng* mellom skaden og den ansvarsbetingende handlingen.

Norsk erstatningsrett sonderer videre mellom erstatningsansvar innenfor et kontraktsforhold, og erstatningsansvar utenfor et kontraktsforhold. Så lenge det ikke foreligger en erstatningshjemmel i markedsføringsloven, og en villedende markedsføring enten fører til at en kontrakt/handel ikke kommer i stand eller at en forbruker handler under påvirkning av den villedende markedsføringen og taper økonomisk på det er det disse alminnelige reglene om erstatning utenfor kontrakt som må benyttes. Det avgrenses her mot tilfeller der en kontrakt er kommet i stand på forhånd av bruddet på loven.

5.1.1 Særlig om ansvarsvilkåret

Det er som nevnt en allmenn rettsgrunnsetning at den som har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig, blir erstatningspliktig ovenfor skadelidte for den skade som er påført ham. Dette ansvaret betegnes som enten culpaansvar eller ansvar på subjektivt grunnlag.⁵⁰ Det kan være flere ulike måter å vurdere om noen har pådratt seg ansvar, alt etter hvilket rettsområde man havner innenfor.

⁴⁹ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 22

⁵⁰ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 87.

For å fastlegge innholdet i en plikt til å reagere på en skaderisiko – culpaansvaret – kan en i følge juridisk teori spørre seg om, i en gitt ansvarssituasjon, om skadevolder burde handlet annerledes sånn at den oppståtte skaden hadde blitt avverget.⁵¹ Innenfor tradisjonell erstatningsrett beror svaret på dette på en vurdering og vektning mellom handlingens skadeevne og skadevolders mulige handlingsalternativer. Det kan ses hen til lovbestemte handlenormer, sedvane og lignende, men avveiningen beror i bunn og grunn på samfunnsetiske betraktninger av hvor og hvordan grensene for den enkelte skadevolders frihet bør trekkes.⁵²

Jan-Ove Færstad drøfter følgende i sin artikkel *Erstatningsansvar for villedende markedsføring*;

«Innenfor den tradisjonelle erstatningsretten står risiko- og skadeevne-betraktninger helt sentralt i skyldvurderingen. Her vil det ofte være behov for å problematisere hvorvidt den skadevoldende handlingen innebar en risiko for skade av en slik karakter at den påståtte ansvarlige skadevolder burde reagert mot denne risikoen. Jeg oppfatter at dette er en problemstilling som også kan være relevant i vurderingen av om det foreligger et erstatningsansvar for villedende opplysninger.»⁵³

Færstad hevder videre at det på markedsføringsrettens område kan sies at en vurdering av handlingens skadeevne allerede er innbakt i vurdering av om markedsføringslovens regler er overtrådt.⁵⁴ Han henviser her til påvirkningskravet i mfl §§ 7, annet ledd; *«Praksisen anses likevel bare som villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukere til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet.»* Etter den naturlige forståelsen av ordlyden legges det her derfor ikke opp til en vurdering av hvorvidt det foreligger en rettslig årsakssammenheng mellom den næringsdrivendes handling og forbrukerens beslutning, men en vurdering av om det den næringsdrivende gjør, vil innebære en *risiko* for at forbrukeren foretar en slik handling.⁵⁵

Spørsmålet blir så om det etter samfunnsetiske betraktninger vil være en urimelig innskrenkning av den næringsdrivendes handlefrihet dersom vedkommende må forholde seg gjeldende

⁵¹ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 97.

⁵² Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 97.

⁵³ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 s. 255-283 (s. 268)

⁵⁴ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 s. 255-283 (s. 268)

⁵⁵ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 s. 255-283 (s. 269)

lovverk for tillatt markedsføring slik at det ikke oppstår en risiko for at forbrukeren foretar en handling grunnet markedsføringen som gir forbrukeren et økonomisk tap. Å sette krav til at en forhandler eller annen næringsdrivende setter seg inn i, og følger, gjeldende regelverk for tillatt markedsføring kan vanskelig anses som en krevende innskrenking i den næringsdrivendes handlefrihet. Påvirkningen markedsføring generelt har på oss som forbrukere gjør det også til et legitimt område å regulere rettslig, både for å hindre markedsføring som ligger utenfor samfunnets moralske normer – og viktigst sørge for at forbrukere ikke blir villedet og påvirket til å ta avgjørelser som de ikke ville foretatt på et enten mer korrekt, eller mer opplyst beslutningsgrunnlag.

Dersom Forbrukerombudet eller Markedsrådet i sine undersøkelser av den næringsdrivendes markedsføring vurdert opp mot markedsføringsloven finner at den næringsdrivende ikke har brutt med lovens grenser, står han heller ikke i risiko for å bli ansvarlig for forbrukerens opplevde tap. Det er også et lett tilgjengelig handlealternativ for den næringsdrivende i en slik sak – han kan sørge for å markedsføre seg på en slik måte at han garantert ikke vil lede en forbruker.

Dersom en tar til orde for Færstads tankegang omkring spørsmålet om skaderisiko, må det derfor kunne slås fast at næringsdrivende de lege lata risikerer å pådra seg et culpaansvar ovenfor en forbruker – dersom den næringsdrivende bedriver villedende markedsføring slik at forbrukeren står i risiko for å tape økonomisk på det. Når det gjelder betraktninger rundt ansvarsgrunnlag stenger erstatningsretten med andre ord ikke automatisk for en mulighet til å innta en erstatningshjemmel i markedsføringsloven. Betenkeligheter knyttet til slik spesiallovgivning på erstatningsrettens område vil bli drøftet under punkt 7.4.

5.2 Utmålingsspørsmålet

Det er som drøftet i punkt 5.1.1 ikke særlig problematisk å stadfeste at den næringsdrivende vil kunne pådra seg et erstatningsansvar etter brudd på markedsføringsloven. Dersom en erstatningshjemmel etter mønster fra CPC-forslaget til Kommisjonen skal innføres i markedsføringsloven, er det nok fra et erstatningsrettslig synspunkt knyttet flere bekymringer til hvordan utmålingen av erstatning skal reguleres og fungere i praksis. Det kan heller ikke være problematisk å legge til grunn at dersom en forbruker taper økonomisk på at næringsdrivende bryter markedsføringsloven – så vil det oppstå en erstatningsmessig skade som potensielt kan kreves erstattet.

Spørsmålet blir om en kun skal dekke den økonomiske kostnaden forbrukeren har pådratt seg når han ble utsatt for den villedende markedsføringen, eller om en skal ta det et steg lengre og utarbeide et system for tap av fritid eller ulemper man opplever ved å bli utsatt for slik markedsføring. Det rene økonomiske tapet kan i mange tilfelle være svært lave summer, som i eksempelet illustrert under punkt 3.0 der man ender opp med bomturer til en butikk som ikke har varen den har markedsført for. Det klare utgangspunktet for alminnelig erstatningsrett er at man skal bli stilt som om skaden ikke har skjedd.⁵⁶ Det kan imidlertid være hensiktsmessig å se hen til hvordan dette er løst på enkelte områder der det er utarbeidet en forenklet behandling for utbetaling av erstatning. Eksempler på slike standardiserte utmålinger er ved varig medisinsk invaliditet, eller for flypassasjerer som opplever kanselleringer eller store endringer i sin reiseplan, der det også kan være snakk om små summer den skadelidte har opplevd. Selv om de tilgjengelige eksemplene ikke relaterer seg direkte til markedsføringsretten, er det av interesse å se nærmere på hvordan den standardiserte erstatningen er løst i praksis, og hvilke hensyn som er forsøkt å ivareta.

5.2.1 Tabell for varig medisinsk invaliditet (VMI)

Dersom en person pådrar seg en alvorlig skade eller sykdom på grunn av en ulykke, kan han ha rett til erstatning utbetalt av staten for varig medisinsk invaliditet. Dersom denne skaden eller sykdommen forekommer i arbeidstiden og blir godkjent som en yrkesskade, legger forskrift om ménerstatning ved yrkesskade § 1 til grunn at ménerstatning skal «gi kompensasjon for ulemper av ikke-økonomisk art som følge av yrkesskade som er godkjent etter folketrygdløven.»

Grunnbeløpet i folketrygden per dags dato er på 93.634 kroner.⁵⁷ Dette betyr at dersom Peder Ås må amputere en fot i ankelleddet etter en ulykke på jobb, gir amputeringen etter punkt 4.2.1 i forskriften 20% invaliditet etter invaliditetstabellen. Dette fører til at Peder etter forskrift om menerstatning ved yrkesskade § 3 havner i gruppe 1 som skal ha 7%, som vil utgjøre 6 480 kroner i årlig ménerstatning for den amputerte foten og de ikke-økonomiske ulempene det medfører.

Det er også vanlig praksis at forsikringsselskapene benytter seg av den samme invaliditetstabellen når de behandler sine ulykkes- og sykdomsforsikringer som har en VMI-

⁵⁶ I Rt. 1993 s.1524 blir det av førstevoterende uttalt at kjernen i erstatningsrett er at man ikke skal komme økonomisk dårlige ut med skaden enn om denne ikke var inntruffet, jf. s. 1532.

⁵⁷ Se NAV: *Regulering av grunnbeløpet og ytelser fra 1. mai 2017*, 16.05.17

dekning. Her foreligger det som hovedregel ikke et krav om at NAV godkjenner det som en yrkesskade.⁵⁸

VMI-tabellen i seg selv er altså et nyttig redskap for å ha fastsatte rammer for ikke-økonomiske skader. Det som trolig gjør den vanskelig overførbar til markedsføringsretten, er at det her fremdeles er noe målbart hvilken ulempe den utsatte Peder Ås har opplevd. Det er lettere å skissere ut hvilke kroppsskader som gir hvor mye ubehag og ulempe i hverdagen, enn å skulle sette opp et skjema med alle tenkelige hendelser en forbruker utsatt for villedende markedsføring enten har opplevd eller står i risiko for å oppleve. Ved hjelp av store generelle grupper bestemt ut fra definerte kriterier, vil det imidlertid kunne være mulig å utforme slike retningslinjer. Dette kan for eksempel utarbeides i samarbeid med ulike interesseorganisasjoner for bedrifter og forbrukere, som for eksempel Næringslivets Hovedorganisasjon og Forbrukerrådet.

5.2.2 Den standardiserte flypassasjererstatningen

En annen type erstatning er den standardiserte flypassasjererstatningen. Gjennom Forskrift om flypassasjerers rettigheter⁵⁹ er Forordning (EF) nr. 261/2004 gitt anvendelse i norsk rett. Forskriften tar sikte på blant annet «å sikre et høyt beskyttelsesnivå for passasjerene», jf. fortalens punkt 1. Punkt 1 legger videre vekt på at det «tas fullt hensyn til de allmenne kravene til forbrukervern». I Artikkel 7 om rett til erstatning nr. 1, bokstav a) legges det til grunn en standardkompensasjon for kansellerte eller forsinkede fly etter et viss antall timer; «250 euro for alle flygninger på høyst 1 500 kilometer.» Det gis høyere summer for lengre flyvninger.

Dette betyr i praksis at hvis Peder Ås har kjøpt billett på et fly fra Bergen til Ålesund i romjulen som så blir kansellert, har han rett på en standard kompensasjon på 250 euro, ca. 2300 kroner i dagens kurs, uavhengig av hans egentlige kostnader med forsinkelsen. Kompensasjonen må aktivt kreves hos det enkelte flyselskap, men det er ikke noe krav om å bevise kostnader knyttet til forsinkelsen. Det tas noen forbehold om at kanselleringer grunnet force majeure er utenfor dekningen, men disse detaljene er ikke av vesentlighet for oppgavens problematikk.

Denne type skjematisk erstatning er trolig noe mer interessant for markedsføringsrettens område enn VMI, da den ikke måler ut fra fysiske ulemper man kan oppleve, men noe som i utgangspunktet kunne blitt målt i kroner og ører – og som så er gjort om til en forenklet

⁵⁸ Se for eksempel vilkår i Tryg: *Vilkår for personforsikring privat*

⁵⁹ Forskrift 17. februar 2005 nr. 141 om flypassasjerers rettigheter ved nektet ombordstigning og innstilt eller vesentlig forsinket flyging

behandling som resulterer i at man får den samme summen uansett, kun avhengig av hvor lang distanse man skal fly, og hvor forsinket flyet er. Det kan imidlertid være en del mer komplisert å regne ut et skjema for brudd på markedsføringslovens regler, da det trolig vil omfatte mye flere tilfeller enn for flypassasjerer. I tillegg kan det også bli problematisk i de tilfeller hvor en forbruker faktisk opplever et stort økonomisk tap, dersom en skal bli begrenset av et skjema.

5.2.3 Erstatning for ikke-økonomisk skade?

Hovedregelen i erstatningsrett er at kun såkalte «realskader», en faktisk skade på person eller ting som kan omgjøres i økonomisk verdi, skal erstattes.⁶⁰ Et tap av ikke-økonomisk karakter, en såkalt «ideell skade» krever derfor et særlig rettsgrunnlag for å kunne gi rett til erstatning. Dette er også stadfestet i «Leiebil-dommen»⁶¹, hvor Høyesterett uttaler;

«Når det tap erstatningskravet baserer seg på, er av ideell art, kan erstatning ikke kreves med mindre det foreligger en særskilt hjemmel for det. Det bør være lovgivers oppgave å ta standpunkt til i hvilken utstrekning erstatning skal kunne kreves for tap av ikke-økonomisk art», jf. Rt. 1992 s.1469, s. 1471.

Det ble i forarbeidene til markedsføringsloven i 2009 drøftet hvorvidt det skulle innføres en lovregulering for såkalt ulempeerstatning, en erstatning for ikke-økonomiske tap;

«En slik regel vil imidlertid gå lenger enn det gjeldende rett i dag åpner for. Mot en slik regel kan det innvendes at en i norsk rett tradisjonelt i svært liten grad anerkjenner denne typen ikke-økonomisk erstatning, jf. blant annet det som er lagt til grunn i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp.nr 44(2001-2002) s. 199. Etter departementets syn er det vanskelig å se at det er hensyn som tilsier særlige regler på dette området.»⁶²

Departementet avviste forslaget og det kom ikke opp senere i lovbehandlingen. Det er derfor per dags dato ikke noen mulighet for en forbruker til å kreve erstatning for sine ikke-økonomiske tap. Færstad diskuterer også dette i «Erstatningsrett for villedende markedsføring», og stiller spørsmål til om dette utgangspunktet til må nyanseres. Han henviser til nyere juridisk teori som tar til orde for å myke opp dette utgangspunktet.⁶³

⁶⁰ Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 60.

⁶¹ Rt.1992 s.1469, sitat funnet i Trine-Lise Wilhelmsen, Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 61.

⁶² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 176

⁶³ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 s. 255-283 (s. 275). Færstad henviser her til Eirik Monsen «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade», *Jussens venner* 2010, s. 1-67 på s. 51 flg.

Utviklingen som det er tatt til orde for i nyere juridisk teori er at erstatning for ulemper bør kunne vurderes dette på et friere grunnlag, hvor en foretar en subjektiv vurdering ut fra relevante reelle hensyn slik som reparasjonshensynet og det preventive hensynet. For markedsføringsrett, hvor det er en forbruker som er den skadelidte, kan hensyn til både reparasjon og prevensjon tale for å anerkjenne erstatning på vegne av forbrukerens ulemper.⁶⁴

Færstad avslutter sin drøftelse slik i forbindelse med erstatning for ikke-økonomisk tap;

«Ved å avvise forslaget om å innta en lovhjemmel for slik erstatning i markedsføringsloven har lovgiver dermed utelukket at forbrukeren kan få erstatning for den ulempen slikt tap av fritid innebærer. Drøftelsen viser likevel at det kan være gode grunner for lovgiver til å revurdere dette standpunktet.»⁶⁵

At ulempeerstatning ikke ble innført under lovendringen i 2009 er uansett ikke til hinder for at forslaget til Kommisjonen om erstatning til forbrukere skal innføres i markedsføringsloven. For å sikre en fullverdig beskyttelse av forbrukerrettighetene både kan og bør spørsmålet tas opp igjen til en ny drøftelse dersom det skulle bli aktuelt å innføre en erstatningshjemmel for å pålegge næringsdrivende å betale økonomisk kompensasjon til forbrukere.

Et argument for at ikke-økonomisk skade skal holdes utenfor forbrukerbeskyttelsen vil være hensynet til effektivitet og prosessøkonomiske hensyn. Med mindre man skaper seg en fastsatt tabell for ulemper slik som VMI og flytransporten har gjort, vil det være tid og ressurskrevende å skape seg en reell oversikt over ulempen hver enkelt forbruker har opplevd.

5.3 Erstatningsproblematikken på beslektede rettsområder

For å få bedre oversikt vedrørende spørsmålet om erstatning til forbrukere bør innføres som en del av markedsføringslovens kompetanse, er det være hensiktsmessig å se nærmere på noen beslektede rettsområder som allerede har, eller ønsker, en sammenlignbar regulering. På området for finansiell lovgivning og verdipapir er det per dags dato ingen erstatningshjemmel, men som det blir nærmere redegjort for i punkt 5.3.1 er dette under drøftelse. Videre er konkurranseretten et område som også i stor grad er regulert gjennom EU-direktiv i likhet med markedsføringsloven, hvor det allerede foreligger det regler for kompensasjon.

⁶⁴ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», Tidsskrift for Forretningsjus, 2011 s. 255-283 (s. 275 flg).

⁶⁵ Jan-Ove Færstad, «Erstatningsansvar for villedende markedsføring», Tidsskrift for Forretningsjus, 2011 s. 255-283 (s. 283)

5.3.1 Verdipapirer

I mai 2015 ble verdipapirlovutvalget oppnevnt. I deres andre delutredning som ble publisert i januar 2017 redegjorde utvalget for hvordan kommende EØS-regler på verdipapiriområdet skulle gjennomføres i norsk rett, samt at de kom med forslag til ytterligere nasjonal regulering for å sikre forbrukerbeskyttelse av kunder av verdipapirforetak.⁶⁶

Under punkt 9.5 i NOU:2017:1 diskuterer de regler om erstatning ved finansiell rådgivning. «*En viktig del av forbrukerbeskyttelsen ved finansiell rådgivning, er at kundene har rett til erstatning ved erstatningsbetingende adferd fra finansforetaket/rådgiveren.*»⁶⁷ Videre stadfestes det at det i norsk rett er gjennom alminnelig kontraktsrett og ulovfestet erstatningsrett slike tvister blir løst. Det henvises videre til Røeggen-saken (Rt.2013 s. 388) hvor Høyesterett satt Røeggens avtale med banken til side med hjemmel i avtalelovens⁶⁸ § 36, og at Finansklagenemnda i ettertid har fulgt denne linjen når de vurderer brudd på verdipapirhandelloven. Det foreligger imidlertid en høy terskel for å kunne lempe en avtale helt eller delvis etter avtaleloven § 36, og det kan settes stilles spørsmål ved om dagens praksis er tilstrekkelig for å sikre god forbrukerbeskyttelse.⁶⁹

«Erstatningsregler som gjelder for all finansiell rådgivning, vil kunne bidra til å gi større forutberegnelighet for hele finansbransjen, og vil kunne bidra til økt forbrukerbeskyttelse ved at erstatningskrav kan bygges direkte på disse reglene»⁷⁰.

På dette punkt er det mange likheter mellom forbrukerbeskyttelsen ved finansiell virksomhet og forbrukerbeskyttelse ved villedende markedsføring. Som på markedsføringslovens område har allerede Sverige i 2013 og Danmark i 2015 innført egne bestemmelser om erstatning til forbrukere deres respektive lover om finansiell rådgivning.

Drøftelsen foretatt av verdipapirlovutvalget henviser også til en doktorgradsavhandling skrevet i 2016 av Marte Kjørven, «*Investeringstjenester til forbruker*», hvor hun avslutningsvis drøfter behovet for mer effektiv investorbeskyttelse;

«Det kan videre være behov for å vurdere rammebetingelser, saksbehandling og sammensetningen av Finansklagenemnda. Det kan også vurderes ulike tiltak for et bedre

⁶⁶ NOU 2017:1 – Markeder for finansielle instrumenter – gjennomføring av MiFID II og MiFIR, heretter «NOU:2017:1»

⁶⁷ NOU:2017:1, s. 215

⁶⁸ Lov 31. Mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven)

⁶⁹ NOU:2017:1, s. 216

⁷⁰ NOU 2017:1 s. 216

samspill mellom offentligrettslige og privatrettslige sanksjoner. Man kan for eksempel tenke seg en variant der Finanstilsynet kan pålegge foretakene å gå gjennom saker der de finner at kravene ikke er oppfylt, og dekke tap som er oppstått overfor de enkelte kunder. Man kan også tenke seg regler som fastslår en presumsjon for tap der tilsynet har avdekket brudd på de verdipapirrettslige atferdspliktene.»⁷¹

Lovutvalget avslutter selv sin drøftelse slik;

«dersom det senere viser seg å være behov for det, bør erstatningsregler for finansiell rådgivning utredes i en større sammenheng, hvor det ses på erstatning for rådgivning knyttet til et bredere spekter av finansielle spareprodukter.»⁷²

Det er på det rene at det er begrenset hvor mye rettskildemessig vekt en kan tillegge en NOU, som er en utredning av behovet for endring på et rettsområde i en veldig tidlig fase, men det er flere momenter ved finansiell rådgivning og markedsføringsrett som er sammenfallende. Den viktigste er at det i begge tilfeller vil være tale om å beskytte forbrukere mot uredelig adferd fra den næringsdrivende. I begge tilfeller vil forbrukeren i mange tilfeller være en svakere part, og stole på den informasjonen den næringsdrivende gir. Dette øker på mange måter incentivet til å utforme lovgivningen slik at det ikke skal være mulig for den næringsdrivende å profitere på feilaktig eller misvisende finansiell rådgivning eller villende markedsføring.

Det er også flere viktige forskjeller mellom verdipapirer og markedsføring. For det første, og selvsagte, er det ikke direkte sammenlignbare områder i form av hvilken regulering som er nødvendig. Verdipapirer er noe som har en direkte verdi for kjøperen. Markedsføring er på en annen side et virkemiddel fra en vedkommende som ønsker å selge noe til en kunde, der det vedkommende ønsker å selge har en økonomisk verdi. Markedsføringen er dermed kun et element som den næringsdrivende benytter for å gjøre seg synlig og til ulik grad påvirke potensielle kunder til å kjøpe produktet eller tjenesten.

En typisk forbruker som inngår en avtale som berøres av verdipapirhandelloven står gjerne i fare for å tape langt høyere, og lettere målbare, summer enn den typiske forbruker som står i risiko for å bli påvirket av villedende markedsføring. Det medfører at det gjerne vil være ulikheter i utformingen av erstatningsutmålingen.

⁷¹ Marte Eidsand Kjørven, Ytelse av investeringstjenester til forbruker – Verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige krav til atferd, Doktorgradsavhandling 2016, s. 334.

⁷² NOU 2017:1 s.218

Det viktigste man kan hente fra utvalgets drøftelse rundt en erstatningshjemmel er uansett at man på forbrukerområdet nå ser mer antydninger til et ønske om at lovgiver skal styrke forbrukervernet i form av lettere tilgang til erstatning.

5.3.2 Konkurranserett

Konkurranserett har flere felles koblinger med markedsføringsrett. Begge rettsområder og tilhørende lovgivning har som formål å regulere næringsdrivendes påvirkning ut mot forbrukere. Konkurranseretten har i tillegg et særlig fokus på å regulere konkurransen næringsdrivende imellom. Konkurranselovens⁷³ (heretter krrl) formål er angitt i § 1 og er å «fremme konkurranse» og å bidra til «effektiv bruk av samfunnets ressurser». Det skal videre etter krrl § 1 «tas særlig hensyn til forbrukernes interesser». Konkurranseretten er en sentral del av den felles reguleringen innad i EU og EØS, og inngår som en sentral del for å oppnå de fire friheter i EU. I likhet med markedsføringsretten har en del av konkurranserettens reguleringer opphav i internasjonale direktiv.

I direktiv 2014/104/EU om *certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union* er det satt en rekke bestemmelser for å sikre effektiv beskyttelse mot dem som er utsatt for brudd på konkurransereglene.

Artikkel 1 nr. 1 angir;

*«This directive sets out certain rules necessary to ensure that **anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law by an undertaking or by an association of undertakings can effectively exercise the right to claim full compensation for that harm from that undertaking or association.**» (mine uthevninger)*

Videre legges det til grunn i artikkel 4 om prinsipper om effektivitet og likeverdighet;

*«In accordance with the principle of effectiveness, **Member States shall ensure that all national rules and procedures relating to the exercise of claims for damages are designed and applied in such a way that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the Union right to full compensation for harm caused by an infringement of competition law.**» (mine uthevninger)*

⁷³ Lov 5. Mars nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (Konkurranseloven)

Det skal i konkurranseretten altså ikke være «practically impossible», eller med andre ord, urimelig byrdefullt å kunne kreve kompensasjon for det tapet man er blitt påført. Konkurransedirektivet legger her ansvaret på medlemslandene for å sikre at prosedyrene for å kunne fremme sitt krav ikke skal være så krevende og trege at det blir vanskelig for den som krever erstatning å kunne vinne frem med sin rett.

En interessant tilnærming til effektivitetsproblematikken på konkurranserettens område en ny endring i konkurranseloven som ble innført i april 2016.⁷⁴ Konkurransetilsynet har fra før etter krrl § 29 blitt gitt kompetanse til å vedta overtredelsesgebyr, ved brudd på angitte deler av konkurransereglene. Etter det nye tillegget i krrl § 29 a kan Konkurransetilsynet nå, dersom de vurderer en sak som «egnet til kartellforlik», invitere «ett eller flere foretak til forliksforhandlinger». Her kan tilsynet presentere saken og bevisene, samt gi sin foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen og størrelsen på det mulige gebyret. Dette gir dem ikke kompetanse til å kreve inn midler på vegne av forbrukere, men det illustrerer en måte lovgiver har valgt å løse effektivitetsutfordringer på, ved å la forvaltningen ha muligheten til å inngå forlik. Dette vil på sikt også trolig lette gjennomføringen av regelverket.

Det er også et poeng at det er svært store økonomiske ulikheter i summene som Konkurransetilsynet og Markedsrådet/Forbrukerombudet opererer med i sine vedtak om overtredelsesgebyr. For eksempel så ga Konkurransetilsynet i KT-2013-3V overtredelsesgebyrer for ulovlig konkurransebegrensende samarbeid på 220 og 140 millioner kroner til Veidekke og NCC, der Markedsrådet og Forbrukerombudet sitt høyeste overtredelsesgebyr så langt har vært på en samlet sum av 1,2 millioner kroner til Unolife i vedtak 2014-361 og MR-2014-1597. Når det er tale om så store økonomiske forskjeller, er det kanskje ikke så rart at det på konkurranserettens område er både flere og muligens bedre reguleringer for hvordan erstatning og forhandlinger skal foregå.

6.0 Dansk rett

6.1 Generelt

Den danske rettstradisjon er ikke helt ulik vår egen norske, og det kan derfor være hensiktsmessig å se hvordan erstatningsspørsmålet og markedsføringsretten er gjennomført i

⁷⁴ EL15.04.2016 nr. 2 Lov om endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjennemnda, kartellforlik mm.)

Danmark. Dette vil gi et bedre grunnlag for å vurdere om lignende erstatningsrettslige hjemler vil være fornuftig å innføre også i Norge.

Gruppesøksmål som en rettslig prosess ble i Danmark først innført i retsplejelovens kapittel 23 a 1. Januar 2008.⁷⁵ De har altså i tråd med vår egen rett ikke har noen langvarig tradisjon for gruppesøksmål som en del av sivilretten. Det som skiller Danmark fra Norge her er at de i markedsføringslovens § 27 har gitt den enkelte mulighet til å søke erstatning med grunnlag i overtredelser av markedsføringslovens bestemmelser, samt at de i markedsføringsloven § 28 har en bestemmelse som gir Forbrugerombudsmanden kompetanse til å enten forhandle om, eller å kreve inn erstatning på vegne av forbrukere.

Forbrugerombudsmanden i Danmark sitt overordnede formål er å «før[e] tilsyn med» at loven overholdes «ud fra hensynet til forbrugerne», jf. markedsføringsloven § 22. Dette samsvarer med vårt eget Forbrugerombuds formål klarlagt i norsk mfl. § 34. Forbrugerombudsmanden i Danmark ble dannet med Norge og Sverige sine forbrukerrettede forvaltningsorgan som forbilde.⁷⁶

6.2 Erstatning for brudd på markedsføringsloven

Markedsføringsloven § 27 legger til grunn at blant annet Forbrugerombudsmanden har mulighet til å nedlegge påbud om at det skal opprettes sak om erstatning;

*«Enhver med en retlig interesse deri kan anlægge sag om forbud, påbud, **erstatning** og vederlag efter § 20. Forbrugerombudsmanden kan anlægge sag om forbud og påbud efter § 20, stk 1.*

Stk 2. Forbrugerombudsmanden kan meddele påbud, hvis en handling klart er i strid med loven og ikke kan ændres ved forhandling» (mine uthevinger)

Det vises her til markedsføringsloven § 20 hvor Forbrugerombudsmandens kompetanse reguleres nærmere:

«Handlinger i strid med loven kan forbydes med dom. I forbindelse hermed eller senere kan der ved dom gives sådanne påbud, som må anses for nødvendige for at sikre [...]

*Stk. 2 Handlinger i strid med loven **pådrager erstatningsansvar** i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.» (mine uthevinger)*

⁷⁵ Eigil Lego Andersen, *Gruppesøgsmål*, København 2007, s.5.

⁷⁶ Erling Borchert, Frank Bøggild, *Markedsføringsloven*, 2. udgave, København 2006, s. 459.

I den danske boken *Markedsføringsloven* er det uttalt følgende om denne kompetansen;

«Denne bestemmelse giver [...] et relativt bredt spektrum af reaktionsmuligheder, idet der i forbindelse med en forbudsdom af retten kan udstedes sådanne påbud, der er nødvendige for at sikre forbuddets overholdelse, herunder også at der sker nødvendig genoprettelse af tilstanden for den ulovlige markedsføringsaktivitet.»⁷⁷ (egne uthevinger)

Her skiller den danske retten seg markant fra den norske, ved at man kan begrunne erstatningskravet direkte i markedsføringsloven fremfor å måtte se hen til ulovfestet og/eller alminnelig kontraktsrett og ulovfestet erstatningsrett. Forbrukerombudsmanden er videre gitt noen føringer ved at de må anlegge sak i overensstemmelse med retsplejeloven og sivilprosessens regler. De får ikke anlegge sak med det formålet å oppnå respons eller andre generelle rettslige uttalelser fra domstolene.⁷⁸

6.3 Den danske gruppesøksmålsparagrafen

Forbrukerombudsmanden har hjemmel til å oppnå en enighet med de næringsdrivende gjennom forhandling. Forhandlingsprinsippet er gitt i markedsføringslovens § 23;

«Forbrukerombudsmanden skal ved forhandling søge at påvirke de erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med principperne for god markedsføringskik og til at overholde loven i øvrigt.»

Forhandlingsprinsippet skal altså påvirke de næringsdrivende til å følge prinsipper for god markedsføring. Dette stemmer godt overens med en norske forhandlingsmodellen som etter mfl § 35 legger til grunn at Forbrukerombudet skal *«søke å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter bestemmelsene som ombudet skal føre tilsyn med.»* Men der Forbrukerombudet i mange tilfeller må ta saken til Markedsrådet dersom det ikke oppnås enighet, samt kun kan kreve inn penger på vegne av staten, har Forbrukerombudsmanden en bredere kompetanse. Den danske markedsføringslovens § 28 er tydelig;

«Dersom en flerhed af forbrugere i forbindelse med overtrædelse af bestemmelserne i denne lov har ensartede krav på erstatning, kan Forbrukerombudsmanden på begæring indtale kravene under ét.»

⁷⁷ Erling Borchert, Frank Bøggild, *Markedsføringsloven*, 2. udgave, København 2006, s. 476.

⁷⁸ Erling Borchert, Frank Bøggild, *Markedsføringsloven*, 2. udgave, København 2006, s. 476.

Bestemmelsen har aldri vært benyttet i en rettssak.⁷⁹ Den har derimot vært benyttet til å inngå forlik.⁸⁰ I 2010 anla Forbrugerombudsmanden sak mot Jyske Invest Hedge Markedsneutral Obligationer, JIHMO, der de på vegne av åtte investorer krevde erstatning for brudd på de finansielle regler om god skikk for pengeinstituttets rådgivning. Kort fortalt var JIHMO verdipapirer hvor det ble investert i et rentespenn mellom danske realkreditorobligasjoner og tyske statsobligasjoner. Innskutt kapital var supplert med lånte midler, og JIHMO falt voldsomt i verdi i 2008 da finanskrisen begynte, med et påfølgende voldsomt tap for investorene. Det ble fra Forbrugerombudsmanden hevdet at JIHMO ikke i tilstrekkelig grad informerte investorene om risikoen denne investeringsstrategien innebar. Det ble tilslutt inngått et forlik om å betale kompensasjon til investorene, det siste forliket med investorer som ikke aksepterte det første forliket ble inngått rett før saken skulle opp til forhandling i retten. En fikk derfor ikke sett hvordan domstolen hadde behandlet denne saken.

En annen sak er Europark-saken⁸¹, som gikk for Sø- og Handelsretten, som omhandlet et parkeringselskap som krevde purregebyr allerede første gang de kontaktet en bilist som hadde betalt sin parkeringsavgift for sent. Forbrugerombudsmanden mente at dette var i strid med god markedsføringsskikk, da Europark ikke kunne legge til grunn at boten eller avgiften som var lagt under ruten på bilen hadde kommet frem til bilisten ettersom lappen kunne ha blåst av bilen eller være tatt av andre før bilisten kom tilbake til sin bil. Ombudet anvendte her sin mulighet for å nedlegge påstand om at Europark skulle anerkjenne at de var pliktig til å tilbakebetale alle purregebyrer de urettmessig hadde krevd av personer som hadde fått betalingslapp under ruten. Saken var prinsipiell på bakgrunn av uenigheter i rekkevidden av generalklausulen om god markedsføringsskikk i markedsføringsloven § 1, og ikke erstatningssynspunktet. Erstatningsdelen av saken ble derfor ikke satt på spissen.

JIHMO-saken er svært interessant for problemstillingen i denne drøftelsen, da den har mange likhetstrekk med den pågående saken Forbrukerrådet har mot DnB. At en slik type sak om verdipapirer ble forlikt for investorene/forbrukerne av Forbrugerombudet direkte med hjemmel i markedsføringsloven, oppleves trolig som en mer effektiv bruk av både tid og ressurser.

At bestemmelsen ikke har vært benyttet til å gå til rettssak med gruppesøksmål, men heller brukt som middel til å oppnå forlik, kan være tankevekkende for forslaget fra Kommissjonen.

⁷⁹ Erling Borchert, Frank Bøggild, *Markedsføringsloven*, 2. udgave, København 2006, s. 479. Det er ikke lyktes i å finne noen andre positive rettskilder angående bestemmelsen i ettertid av 2006 heller.

⁸⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 12/00609

⁸¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 12/00161

Artikkel 8 nr. 2 bokstav (i) i forslaget foreslår en hjemmel til å forhandle slik at man kan inngå forlik, noe som ligner på det Danmark i praksis har benyttet sin § 28 til, mens bokstav (n) ligner mer på muligheten Danmark ikke hittil har hatt behov for. Når vårt Forbrukerombud og vår markedsføringslov er så lik Danmarks, kan dette tale for at det også hos oss er større behov for en forhandlingskompetanse på vegne av forbrukere enn en gruppesøksmålsparagraf.

7.0 Bør erstatningshjemmelen innføres?

7.1 Forbrukerombudets vedtakskompetanse i dag

Forbrukerombudets saksbehandling er per dags dato basert på en forhandlingsmodell som er definert i mfl § 35. Forhandlingsmodellen går ut på at ombudet i første rekke skal «av eget tiltak eller henvendelse fra andre» skal søke å «påvirke næringsdrivende» til å «innrette seg etter bestemmelsene som ombudet fører tilsyn med», jf. mfl § 35, første ledd. Dersom Forbrukerombudet finner ut at en næringsdrivendes handling er i strid med bestemmelser ombudet er gitt kompetanse til å føre tilsyn med skal de forsøke å oppnå en «frivillig ordning om at praksisen skal opphøre», jf. mfl § 35, annet ledd. Det er først når frivillig ordning ikke oppnås, at Forbrukerombudet kan foreligge saken for Markedsrådet til avgjørelse. I enkelte tilfeller etter mfl § 37 kan Forbrukerombudet selv fatte vedtak mot lovstridige handlinger eller urimelige avtalevilkår, jf. mfl § 35, tredje ledd.

Direktivet gir her noen utfyllende momenter til hvilken vedtakskompetanse EU mener det enkelte medlemsland skal ha. I direktivets artikkel 11 nr 1. om håndheving, legges det til grunn at medlemsstatene som er bundet av direktivet skal «sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive midler til å bekjempe urimelige former for handelspraksis». En kan derfor spørre seg om dagens håndhevingsmekanismer er tilstrekkelige til at dette blir oppfylt.

Et konkret eksempel er Barneblad-saken⁸² der Markedsrådet la ned forbud mot urimelige avtalevilkår etter mfl § 22, vedrørende et abonnement på et barne- og ungdomsblad. Her kunne man kun si opp én gang i løpet av et kalenderår, og abonnementet ble automatisk fornyet for ett år av gangen. De lange bindingsperiodene ble i seg selv ansett for å skape et betydelig ubalansert avtaleforhold mellom den næringsdrivende og den abonnerende, og det ble derfor ikke akseptert. Dersom det forelå en erstatningshjemmel på tidspunktet Forbrukerombudet tok denne saken inn til Markedsrådet for avgjørelse, kunne det muligens også blitt krevd at de forbrukerne

⁸² MR-2006-18

som ufrivillig hadde havnet i lange abonnement, kunne fått erstattet den summen de hadde betalt.

7.2 Prop. 93 L (2016-2017) og potensielle ringvirkninger

Den 5. april 2017 ble proposisjon 93 vedørende endringer i markedsføringsloven og angrerettloven godkjent i statsråd.⁸³ To av endringene som er foreslått til å trå i kraft 1. januar 2018 kan være av særlig relevans for den problemstillingen som er angitt i denne oppgaven. Innledningsvis i proposisjonen kan en se at Barne- og likestillingsdepartementets ene hovedformål med proposisjonen er å «sikre mer effektiv håndheving av forbrukervernreglene.» De ønsker videre at forslaget skal gi Forbrukerombudet og Markedsrådet «*virkemidlene de trenger for raskere og mer effektivt å kunne stoppe brudd på markedsføringsloven [...]»*⁸⁴

Det ene foreslåtte endringsforslaget er at Forbrukerombudet gis vedtakskompetanse i alle saker. Som nevnt i punkt 7.1 må Forbrukerombudet i mange tilfeller sende saken til Markedsrådet for avgjørelse, med unntak enkelte unntak som for eksempel at Forbrukerombudet antar det vil «medføre en ulempe eller skadevirkning» dersom de må avvente Markedsrådets vedtak, eller dersom handlingen er «vesentlig identisk» med handlinger eller vilkår Markedsrådet tidligere har fattet forbud mot, jf. mfl § 37 første og annet ledd. Forbrukerombudet vil i endringsforslaget få vedtakskompetanse i alle saker, både etter markedsføringsloven og øvrig regelverk som de fører tilsyn med.⁸⁵ Dette er en betydelig økt kompetanse i Forbrukerombudets favør, som kan viser tegn til at lovgiver ser et økt behov for denne kompetansen.

En annen foreslått endring er at Forbrukerombudet ikke lengre må forsøke å komme til en frivillig ordning med den næringsdrivende etter mfl § 35, men kan fatte vedtak umiddelbart. Det presiseres at frivillig ordning fremdeles er den primære arbeidsmetoden,⁸⁶ men departementet legger til;

«Kravet om å forsøke å oppnå frivillig ordning ble foreslått fjernet først og fremst fordi forhandlinger i noen tilfeller kan være uheldig sett fra et forbrukerperspektiv. Det kan gi useriøse næringsdrivende en mulighet til å trenere saken og holde den lovstridige praksisen

⁸³ Prop. 93 L (2016-2017) Endringer i markedsføringsloven og angrerettloven (håndhevingsreglene), heretter «Prop. 93 L, 2016-2017».

⁸⁴ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 5.

⁸⁵ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 18.

⁸⁶ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 21.

gående under forhandlingene, noe som er særlig problematisk ved mer alvorlige overtredelser av markedsføringsloven.»⁸⁷

Samlet sett illustrerer proposisjon 93 det man har sett både hos verdipapirlovutvalget og i forordningsforslaget fra Kommisjonen – det er behov for å effektivisere forbrukerlovgivningen. Det har vært ulike forslag i de enkelte instanser om hvordan denne effektiviseringen skal foregå, men samlet sett handler de alle om et sterkere forbrukervern. Proposisjonen viser også at det foreligger en lovgivervilje for å gi forvaltningsorganene mer myndighet over tilsynsområdet, dersom den blir godkjent uendret på Stortinget. At Forbrukerombudet nå også skal endre navn til «Forbrukertilsynet»⁸⁸ for å tydeliggjøre deres primære rolle, gir dem flere likhets trekk med tilsyn som Konkurransetilsynet.

Samlet sett kan departementets ønsker om en mer effektiv håndhevelse av markedsføringsloven tale i favør av tanken om å innføre en erstatningshjemmel slik som CPC-forslaget til Kommisjonen foreslår. Det må være sikker rett at det ikke foreligger en effektiv mulighet for en forbruker per dags dato til å kunne kreve kompensasjon for sine økonomiske tap, og for å kunne oppfylle ønsket om effektivitet både fra departementet og direktivets artikkel 11, må det trolig en lovendring til på dette området.

Samtidig peker Markedsrådet på noe vesentlig i høringsrunden til Prop. 93 L. Ved spørsmålet om utvidelse av vedtakskompetansen til Forbrukerombudet uttaler Markedsrådet at det må;

«avveies grundig mot de grunnleggende rettssikkerhetskrav som melder seg når ett og samme organ skal fylle en rolle som både pådriver i forbrukerspørsmål [...], samtidig som organet skal stå for etterforskning og sanksjonering av overtredelser av de samme normer».⁸⁹

De samme hensyn som Markedsrådet her peker på vil gjøre seg gjeldende ved en eventuell utvidelse av kompetansen til å fremme erstatningskrav på vegne av forbrukere, spesielt kompetansen til å kunne iverksette gruppesøksmål mot næringsdrivende etter CPC-forslagets artikkel 8 nr. 2 (n).

At ombudet som fører tilsyn med, og fungerer som en pådriver for de næringsdrivende til å følge loven, samt uttaler seg i media er det samme ombudet som skal ha kompetanse til å kunne kreve erstatning fra de samme næringsdrivende de stadig uttaler seg om kan trolig føles som en

⁸⁷ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 21.

⁸⁸ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 24.

⁸⁹ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 15.

dobbeltrolle utad slik de næringsdrivende vil oppfatte det. Det er viktig at dette hensynet tas i betraktning all den tid rettssikkerheten til de næringsdrivende også må være tilstrekkelig.

Forbrukerrådet er en interesseorganisasjon som håndterer tvisteløsning på forbrukerlovgivningens område, og det kan tenkes at det ville vært en mer naturlig å la rådet føre slike saker for forbrukere, slik de per dags dato gjør med DnB-søksmålet. Samtidig er hovedtyngden av juridiske kompetanse på markedsføringsrettslig juss plassert i Forbrukerombudet og Markedsrådet. Dersom erstatningshjemmelen innføres med en mulighet for gruppesøksmål, vil den etter dagens markedsførings havne i kapittel 7 vedrørende håndheving, noe som gir den næringsdrivende mulighet til å påklage vedtaket videre både til Markedsrådet og så eventuelt til en domstol.

Det som kan være en noe mer betenkelig følge er at Forbrukerombudet per dags dato ikke kan påklage sine vedtak til domstol, jf. mfl § 39. Dette er fordi Forbrukerombudet ikke har partsevne etter tvistelovens § 2-1, første ledd bokstav f). I dagens system er det staten som mottar midlene som blir krevet inn gjennom tvangsmulkt i mfl § 42 og overtredelsesgebyr i mfl § 43. Det er mulig dette vil endres som en naturlig konsekvens av at de ville fått en rolle lignende en grupperepresentant er under gruppesøksmål etter tvistelovens kapittel 35.

Det uttales videre også av Markedsrådet i høringsuttalelsen til forslaget om at dersom Forbrukerombudet får en mer rendyrket tilsynsrolle fremfor ombudsrolle, vil det være mindre betenkelig å gi dem denne økte vedtakskompetansen.⁹⁰ Det ble som nevnt avklart at Forbrukerombudet nå skal bli et Forbrukertilsyn, noe som kan være med på å klargjøre deres rolle utad til både forbruker og næringsdrivende. En mer rendyrket tilsynsrolle vil trolig ikke bety at Forbrukerombudet slutter med å være den pådriveraktøren de er i samfunnsbildet på forbrukerrettens område i dag, men det vil absolutt kunne fungere som en rettesnor både for dem internt og utad mot samfunnet at de ikke skal spille en sterk politisk rolle i utformingen av de lovene de selv håndhever.

Det som også må nevnes er at det i hovedsak er være vedtak om gruppesøksmål som potensielt ser ut til å kunne oppfattes problematisk av næringsdrivende og andre parter. Dersom en kun innfører CPC artikkel 8 nr. 2 bokstav (i), som ville gitt Forbrukerombudet mulighet til å kreve forhandlinger om erstatning, men ikke fatte vedtak først, ville dette trolig være mindre problematisk, da kompetansen i sin natur ligger nærmere det arbeidet Forbrukerombudet

⁹⁰ Prop. 93 L, 2016-2017, s. 15

allerede gjør med frivillig ordning med de næringsdrivende. Hvorvidt det foreligger forskjellige behov for gruppesøksmål og forhandlingskompetanse som er foreslått vil drøftes nærmere under punkt 7.5.

7.3 Forholdet til den alminnelige erstatningsretten

Et moment som bør vektlegges er hva en innføring av spesialregulert erstatning på markedsføringsrettens område kan bety for den alminnelige erstatningsretten. Dersom man innfører stadig flere særordninger for erstatning, kan dette skape ringvirkninger som er med på å viske ut hvor grensene for helt grunnleggende aspekter som ansvarsgrunnlag og ansvarsbetingende risiko skal gå. Retten bør på mange områder være dynamisk for å tilpasse seg samfunnets behov og normer, men det må samtidig tas hensyn til forutberegnelighet også for dem som rammes av potensielle erstatningskrav. Før en skaper en rekke spesiallovgivninger for erstatning på en rekke rettsområder, må en ha et klart bilde av hvor langt man skal være villig til å gå i å lage spesielle ordninger for å sikre effektiv håndheving av sektorspesifikke rettsområder. Det er en reell mulighet for at en gruppe særordninger slik som foreslått i CPC-forslaget til Kommisjonen ikke vil ha verken en stor eller skadelig innvirkning på den alminnelige erstatningsretten, men det er et moment som ved en eventuell innføring bør redegjøres grundig for av lovgiver.

7.4 Vurdering av behovet for en utvidelse av kompetanse

Det er videre også et spørsmål om det reelle behovet for en erstatningshjemmel. Det vil unektelig være unødvendig å bruke mye ressurser på å lage lover ingen kommer til å benytte seg av, uansett hvor god og fornuftig hensikten bak lovreguleringen er. Som man kunne se under punkt 6.2 er den danske hjemmelen for erstatning aldri blitt brukt i rettssystemet, men den har derimot fungert som et nyttig redskap i forhandlinger mellom forbrukermyndighetene og de næringsdrivende. En må derfor spørre seg om det foreligger mest behov for at Forbrukerombudet får myndighet til å kreve forhandlinger på vegne av forbrukere, fremfor at de får kompetanse til å fatte vedtak om erstatning.

Et viktig hensyn å ta i betraktning er den preventive effekten en hjemmel om forhandling om erstatning vil ha. Dersom hjemmelen innføres åpner det ikke automatisk for store erstatningssummer for den enkelte forbruker, i mange tilfeller vil det være svært lave summer for den enkelte – men som man ser i DnB-søksmålet vil det kunne gjelde potensielt store beløp for den næringsdrivende.

Dersom næringsdrivende med en innføring av erstatningshjemmel opplever at de i større grad tar en risiko for å få rettet et stort søksmål mot seg, vil det absolutt gi dem et incentiv om å holde seg unna gråsoner for akseptert markedsføring. Som nevnt under punkt 5.3.2 er den høyeste (samlede) summen en næringsdrivende har blitt dømt i Markedsrådet til å betale 1,2 millioner kroner. Selv på ganske alvorlige brudd på markedsføringsloven, som i Norsk Tipping sin sak MR-2013-207 hvor Norsk Tipping utga seg for å være en privatperson på Finn.no som ga vekk eiendeler fordi han hadde vunnet i lotto, ble overtredelsesgebyret «bare» på 200.000 kroner. For en stor bedrift som har tilsvarende store budsjetter for sine markedsføringskampanjer kan denne type summer nesten regnes som en kalkulert risiko for bedriften. Norsk Tipping sitt stunt for eksempel fikk mye medieomtale,⁹¹ noe som ga dem gratis reklame som det ikke vil være for drøyt å tenke seg at kunne tilsvare omkring det som Norsk Tipping endte opp med å betale i gebyr. Slike stunts får typisk også en stor spredning i sosiale medier, noe som har en stor økonomisk verdi for merkevaren til den næringsdrivende.

7.5 Avsluttende vurdering

Etter en gjennomgang av de tilgjengelige rettskildene som omhandler spørsmålet om erstatning på markedsføringsrettens område, er det etter mitt syn slik at hensynet til forbrukervern, hensynet til den preventive effekten en slik hjemmel kan ha på næringsdrivende, samt hensynet til en effektiv gjennomføring av nevnte vern taler for en innføring av en erstatningshjemmel i markedsføringsloven. Det som etter mitt syn er noe mer uklart, er hvordan erstatningshjemmelen rent teknisk burde utformes, og hvor grensene for hva Forbrukerombudet skal ha kompetansen til å gjøre skal trekkes. Det fremgår heller ikke tydelig nok i forslaget fra Kommisjonen hvordan deres løsning eventuelt skulle fungert i praksis.

Det kan være grunner til å hevde at en ren gruppesøksmålsparagraf, slik som Danmarks markedsføringslov § 28, ikke vil være hensiktsmessig all den tid vi har den sivilrettslige muligheten til dette i tvisteloven. Dersom en virkelig ønsker å ta hensyn til forbrukervernet, samt effektivisere det, vil det å gi Forbrukerombudet forhandlingskompetanse på vegne av forbrukere, og gjerne også formulere bestemmelsen slik at den næringsdrivende plikter å gå i forhandling med Forbrukerombudet, slik at de kan inngå forlik med de næringsdrivende være et steg i riktig retning. Det kan imidlertid være vanskelig å få de næringsdrivende til å inngå et forlik dersom det ikke foreligger en reell «trussel» om søksmål i erstatningsbestemmelsen. Her

⁹¹Se for eksempel: NRK: *Norsk Tipping bølslagt*, Kampanje: *Norsk Tipping får bot for Finn stunt* og TV2: *Norsk Tipping kan få gigantbot etter Finn.no-stunt*

kunne det vært interessant å hente inspirasjon fra Konkurranseloven, som tilbyr en reduisering av overtredelsesgebyret med 10 prosent i krrl § 29a dersom næringsdrivende kommer til enighet med organet under forhandlingene. En slik «rabattordning» kunne potensielt fungert som et godt incentiv til å gå i dialog og videre inngå forlik, så lenge det blir utarbeidet en løsning som ikke går på bekostning av den erstatning forbrukere har krav på.

KILDELISTE

Lov

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven)

Lov 5. Mars nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (Konkurranseloven)

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

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (Markedsføringsloven)

Lovbekendtgørelse nr. 1216 ad 25. September 2013, som ændret ved lov nr 1460 af 17. December 2013 (Markedsføringsloven i Danmark)

Forarbeid

NOU 2017:1 – Markeder for finansielle instrumenter – gjennomføring av MiFID II og MiFIR (verdipapirloven)

Ot.Prp.nr. 62 (1999-2000) Om lov om endringer i lov 16. Juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (den gamle markedsføringsloven)

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr.55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Prop. 93 L (2016-2017) Endringer i markedsføringsloven og angrerettloven (håndhevingsreglene) (markedsføringsloven)

Direktiver og forordninger

Direktiv 2005/29/EØF av 11 mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked(Direktivet om urimelig handelspraksis)

Direktiv 2014/104/EU certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Direktivet for konkurranserett)

Europaparlamentets- og rådsforordning (EF) nr. 261/2004 av 11 februar 2004 om fastsettelse av felles regler for erstatning og assistanse til passasjerer ved nektet ombordstigning og ved innstilt eller vesentlig forsinket flyging samt om oppheving av forordning (EØF) nr. 295/91 (Forordningen om flypassasjerers rettigheter)

Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, OJ L 364, 9.12.2004, p. 1, Brussel 08.07.13 (Gjeldende CPC forordning)

Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, 2016/0148(COD), Brussel 25.05.16 (Kommisjonens forslag)

***I REPORT on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, 2016/0148(COD), Brussel 28.03.17 (Parlamentets forslag)

Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (Text with EEA relevance) - Presidency compromise, 2016/0148 (COD), Brussel 10.02.17 (Rådets forslag)

Forskrifter

Forskrift 21. april 1997 om menerstatning ved yrkesskade

Forskrift 17. februar 2005 nr. 141 om flypassasjerers rettigheter ved nektet ombordstigning og innstilt eller vesentlig forsinket flyging (Forskrift om flypassasjerers rettigheter)

Forskrift 1. juni 2009 nr. 565 om urimelig handelspraksis (Svartelisten)

Praksis

Forbrukerombudet

FOV-2014-361: Forbrukerombudet mot Uno Life AS

Forbrugerombudsmanden

Sagsnummer 12/00609, Forbrugerombudsmanden mot Jyske Invest Hedge Markedsneutral Obligationer, <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/find-sager/lov-om-finansiel-virksomhed/sager-efter-lov-om-finansiel-virksomhed/pengeinstitut-betalte-erstatning-til-en-lang-raekke-investorer/> (lastet ned 31.03.17)

Sagsnummer 12/00161, Forbrugerombudsmanden mot Europark AS, <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Find-sager/Markedsfoeringsloven/Sager-efter-markedsfoeringsloven/inkasso/Doemt-til-at-unvlade-opkraevning-af-rykkergebyr-i-foerste-brev/> (lastet ned 31.03.17)

Høyesterett

Rt. 1992 s. 1469: UNI Storebrand Skadeforsikring AS og Ragnar Prestby mot Anne Schiøtz (Leiebil-dommen)

Rt. 2006 s.1348: Autobergning v/Trond Fagersand mot Staten v/Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Rt. 2013 s.388: Ivar Petter Røeggen, Forbrukerrådet (partshjelper) mot DNB Bank ASA (Røeggen-saken)

Konkurransetilsynet

KT-2013-3V: Konkurransetilsynet mot Veidekke ASA Veidekke Industri AS og NCC AB

Lagmannsretten

RG-2012-354: Telinet Energi AS mot Staten v/Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (Stadfestelsen av Telinet Energi AS-saken)

Markedsrådet

MR-2006-18: Forbrukerombudet mot Barne- og ungdomsavisen AS

MR-2009-987: Forbrukerombudet mot Telinet Energi AS

MR-2013-207: Forbrukerombudet mot Norsk Tipping AS

MR-2014-1597: Forbrukerombudet mot Uno Life AS(dets konkursbo), Robin Vestnes Robinsen og Stian Bendiksen Trogstad

Tingretten

16-105341TVI-OTIR/04: Andelseierne i verdipapirfondet DNB Norge mot DNB Asset Management AS (Kjennelsen i DNB-søksmålet)

Litteratur

Andersen, Eigil Lego, *Gruppesøksmål*, Forlaget Thomson, København 2007

Berg Borgar Høgetveit og Nordby Andreas, *Gruppesøksmål*, Gyldendal Juridisk, Oslo 2012

Borcher, Erling og Bøggild, Frank: *Markedsføringsloven*, 2. Udgave, Forlaget Thomson, København 2006

Færstad, Jan-Ove, ”Erstatningsansvar for villedende markedsføring – særlig i lys av direktiv 2005/29/EF”, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2011 s. 255-283

Kjørven, Marte Eidsand: *Ytelse av investeringstjenester til forbruker – Verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige krav til atferd*, Doktorgrad disputert ved Universitetet i Oslo 2016

Lilleholt, Kåre: *Knophs oversikt over norsk rett*, 14. Udgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014.

Lunde, Tore, Mestad, Ingvild, Michaelsen, Terje Lundby: *Markedsføringsloven - En kommentar*. 2. Udgave, Gyldendal Juridisk, 2015

Mæland Henry John, *Kort Prosess – En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. Udgave, Justian AS, Bergen 2013

Wilhelmsen, Trine-Lise, Birgitte Hagland: *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, 1. Udgave, Gyldendal Juridisk, Oslo 2017

Nettdokumenter

Beslutning om innlemmelse av CPC-forordningen, EØS-notat 25.09.12,

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2006/okt/forordningen-om-forbrukervernsamarbeid/id2430381/> (lastet ned 26.05.17)

Dagens Næringsliv: *Westerdals-saken utsatt til høsten*, publisert 03.02.17, oppdatert 16.02.17, <https://www.dn.no/talent/2017/02/03/0948/Erling-Loken-Andersen/westerdals-saken-utsatt-til-hosten/> (lastet ned 23.03.17)

Forbrukerombudet: *Agenda 2017*, <https://forbrukerombudet.no/om-forbrukerombudet/agenda-2017> (lastet ned 27.05.17)

Forbrukerrådet: *Tynn anke fra DNB*, publisert 03.02.17
<https://www.forbrukerradet.no/dnbindeksfond/tynn-anke-fra-dnb-2/> (lastet ned 26.04.17)

Fortune: *Volkswagen Told To Do More For Its European Customers*, 24.10.16
<http://fortune.com/2016/10/24/volkswagen-eu-compensation/> (lastet ned 08.05.17)

FTC: *Volkswagen to Spend up to \$14.7 Billion to Settle Allegations of Cheating Emissions Tests and Deceiving Customers on 2.0 Liter Diesel Vehicles*, publisert 28.06.17,
https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/06/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating?utm_source=govdelivery (lastet ned 08.05.17)

FTC: *What we do* <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do> (lastet ned 08.05.17)

Independent: *EU sues Germany and Britain over Volkswagen emissions scandal*, 08.12.16
<http://www.independent.co.uk/news/business/news/eu-sues-germany-and-britain-over-volkswagen-emissions-scandal-a7462936.html> (lastet ned 08.05.17)

Kampanje: *Norsk Tipping får bot for Finn stunt*, publisert 21.05.13
<http://kampanje.com/archive/2013/05/norsk-tipping-far-bot-for-finn-stunt/> (lastet ned 28.04.17)

NAV: *Regulering av grunnbeløpet og ytelser fra 1. Mai 2017*, publisert 16.05.17,
<https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/Kontakt+NAV/Utbetalinger/Nyheter/regulering-av-grunnbel%C3%B8pet-og-ytelser-fra-1.mai-2017> (lastet ned 23.05.17)

Norges domstoler: *Gruppesøksmål*, sist oppdatert 10.11.15, <http://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Gruppesoksmal/> (lastet ned 28.05.17)

NRK: *Norsk Tipping Bøtelagt*, publisert 21.05.13 <https://www.nrk.no/kultur/norsk-tipping-botelagt-1.11035835> (lastet ned 28.04.17)

Tryg: *Vilkår for personforsikring privat*,
http://www.tryg.no/sn/ulykke_privat/index.html#personforsikring (lastet ned 28.05.17)

TV2: *Norsk Tipping kan få gigantbot etter Finn.no-stunt, publisert 01.10.12*
<http://www.tv2.no/a/3889834/> (lastet ned 28.04.17)