

Markedsføring av alternativ behandling

Kandidatnummer: 178

Antall ord: 12 792



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 1. juni 2017

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	4
1.1 Tema for oppgaven og avgrensninger	4
1.2 Lovverk og andre rettskilder	4
1.3 Metodiske problemer for oppgaven	5
1.4 Alternativ behandling – økende bruk og aktualitet	5
2 DEN LOVFESTEDE REGULERINGEN AV MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING	7
2.1 De kryssende hensyn bak lovreguleringen	7
2.2 Lov om alternativ behandling av sykdom mv. § 8 sjetten ledd	7
2.2.1 Markedsføring	8
2.2.2 Alternativ behandling	9
2.2.3 Nøktern og saklig	10
2.2.4 Virksomhetens art	11
2.3 Andre definisjoner som er bestemmende for lovens virkeområde	11
2.3.1 Helserelatert behandling	11
2.3.2 Konkrete sykdommer og lidelser, og generelle tilstander	12
3 FORSKRIFT OM MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING	12
3.1 Behov for spesifisering av reglene	12
3.2 Pasientens sikkerhet	13
3.3 Nøktern og saklig	13
3.4 Alle former for markedsføring	16
3.5 Det umiddelbare inntrykk	19
3.6 Kommentarer til forskriften	20
4 FORVALTNINGEN OG HÅNDHEVING AV REGLENE	20
4.1 Forbrukerombudet om Markedsrådet	20
4.2 Forslag til endring av håndhevsreglene	21

5 SAKER FRA UNDERRETTSPRAKSIS OG HVORDAN HENSYNET TIL FORBRUKERE VIRKER INN PÅ TERSKELEN FOR Å SANKSJONERE	21
5.1 Praktiseres håndhevingsreglene likt i like tilfeller	21
5.2 Av hensyn til forbrukere	22
5.2.1 Hvilke spesielle behov har forbrukere av alternativ behandling	22
5.2.2 Oppstiller lov eller forskrift en generell forståelse av «hensyn til forbrukere»?	23
5.3 MR-2011-1447 om tittelbruk	24
5.4 MR-2016-1270 om homeopatisk behandling av rosacea	24
5.5 MR-2014-1115 om Laserklinikken Anne Harila UK	24
5.4.1 Hvorfor benyttet ikke Forbrukerombudet mfl. § 37?	26
5.6 MR-2015.1873 Om Laserklinikken Anne Harila Uk sin klage på vedtak om tvangsmulkt	27
5.7 MR-2009-1250 Om Shakti Spikermatter	27
5.8 MR-2005-13 Om Institutt for Det Indre Tankespillet	28
5.9 Avsluttende kommentar om forvaltningens praktisering av håndhevingsreglene	28
6 REGISTERORDNINGEN	29
6.1 Hensynet bak registerordningen	29
6.2 Er registerordningen en fordel for forbrukeren	30
7 NABOLANDS LOVGIVNING	30
7.1 Innledning	30
7.2 Sverige	31
7.3 Danmark	31
7.4 En avsluttende sammenlikning	32
8 AVSLUTNING	32
9 LITTERATURLISTE	34

1 INNLEDNING

1.1 TEMA FOR OPPGAVEN OG AVGRENSNINGER

Denne oppgaven tar for seg de rettslige rammene for markedsføring av alternativ behandling. Begrensningene i markedsføringen følger av lov om alternativ behandling av sykdom mv. 27. juni 2003 nr. 64 § 8 sjette ledd. Etter bestemmelsen skal behandlere som driver alternativ behandling føre en «nøktern og saklig fremstilling av virksomhetens art» i sin markedsføring. Denne oppgaven vil derfor gi en oversikt over de begrensninger for markedsføring denne bestemmelsen medfører for alternative behandlere og deres markedsføring, samt belyse de grunnleggende hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen.

I oppgavens del to og tre vil tolking av relevante bestemmelser i lov, forarbeider og forskrifter være utgangspunktet for å klarlegge de juridiske rammene for markedsføringen. Videre er oppgavens del fire og fem om håndhevingsreglene og relevant underrettspraksis drøftet for å belyse hvordan reglene praktiseres etter gjeldende rett. Del syv drøfter registerordningen for alternative behandlere. Del åtte er en kort gjennomgang av annen nordisk rett.

Oppgaven avgrenses mot bestemmelser i lov om alternativ behandling som ikke er relevant for selve markedsføringen. Lovens § 8 sjette ledd utgjør dermed den materielle kjernen i oppgaven her. Bestemmelser i loven som omhandler legaldefinisjoner, eller som på andre måter er relevant i forhold til å beskrive lovens virkeområde, vil drøftes i den grad det er nødvendig. Dette er blant annet lovens §§ 2, 6 og 7.

Det avgrenses mot bruk av alternative legemidler i oppgaven, selv om dette ofte brukes som del av behandlingsopplegget hos flere behandlere. Avgrensningen begrunnes med at naturmedisin og alternative legemidler reguleres av andre lovverk enn lov om alternativ behandling.

Videre avgrenses det mot internasjonal rett utover svensk og dansk rett.

1.2 LOVVERK OG ANDRE RETTSKILDER

Relevant lovverk for denne oppgaven er først og fremst lov om alternativ behandling av sykdom mv. 27. juni 2003 nr. 64 og tilhørende forskrift om markedsføring av alternativ behandling av sykdom 11. desember 2003 nr. 1501, samt merknader til forskriften. Også håndhevingsreglene i markedsføringsloven – lov om markedsføring av avtalevilkår mv. 9. januar 2009 nr. 2 gjør seg gjeldende her.

Den tidligere loven som regulerte alternativ behandling; lov om innskrenkning i adgangen for den som ikke er helsepersonell til å ta syke i kur (Kvakksalverloven) av 19. juni 1936 nr. 9, blir ikke drøftet eller brukt som rettskilde i oppgaven her. Denne loven var basert på en snevrere forståelse og åpenhet for alternativ behandling, noe som gjør den mindre relevant etter nåtidens regulering.

Av juridisk teori er det kun Anne Kjersti Befring sin lovkommentar til lov om alternativ behandling som er aktuell. Befring var del av Aarbakke-utvalget som utarbeidet NOU 1998:21 Alternativ medisin av 15. desember 1998.

Det vil helt kort gjøres rede for Sverige og Danmarks regulering av markedsføring av alternativ behandling.

1.3 METODISKE PROBLEMER FOR OPPGAVEN

Denne oppgaven byr på noen metodiske problemer ettersom rettskildebildet for markedsføring av alternativ behandling er begrenset. Oppgaven tar i hovedsak for seg lov, forarbeider, forskrifter og saker fra underrettspraksis. Det finnes en del rettsavgjørelser som relaterer seg til alternativ behandling, men disse omhandler først og fremst ulovlig behandling av alvorlig sykdom, og er dermed lite relevant for markedsføringsrelaterte problemstillinger. Saker fra domstolene som belyser de lovbestemte grensene for markedsføring av alternativ behandling har med dette ikke vært mulig å finne, noe som klart nok er problematisk sett ut fra de etablerte rettskildeprinsippene. Gjeldende rett, slik det er fremstilt i oppgaven her, er altså basert på kilder som i utgangspunktet har en lavere rettskildeværdi. Likevel vil forvaltningspraksisen det vises til her være av interesse for gjeldende rett, spesielt ettersom bestemmelsene i lov og forskrift er tydelig skjønnspreget. Dette gir forvaltningen større spillerom med tanke på tolking og håndheving av reglene. I tillegg har lovgiver bevisst gitt Forbrukerombudet kompetanse til selv å bestemme hvilke saker de ønsker å prioritere, noe som igjen vil være bestemmende for hvordan reglene fungerer i praksis.

2 ALTERNATIV BEHANDLING – ØKENDE BRUK OG AKTUALITET

Alternativ behandling har lenge vært en del av behandlingstilbudet i Norge, men de senere årene har bruken økt i betydelig grad.¹ Ifølge SSB sin Levekårsundersøkelse, en årlig undersøkelse som forsøker å kartlegge befolkningens helse, omsorg og sosial kontakt, benytter langt flere nordmenn seg av alternativ behandling nå enn tidligere. I følge undersøkelsen benyttet en av ti voksne personer alternativ behandling rundt årtusenskiftet, mot en av seks i 2008. Dette tilsvarer en økning på godt over 50 % på bare ti år.² Undersøkelsen viser også at personer med dårlig eller veldig dårlig helse har omtrent dobbelt så store utgifter til alternativ behandling sammenliknet med personer med normal eller noe dårlig helse. Undersøkelsen viser videre at hovedvekten av brukergruppen er yngre og middelaldrende personer, noe som kan tale for at alternativ behandling vil få en enda større plass i samfunnet i tiden fremover.

Med dette kan man si at alternativ behandling spiller en stadig større rolle innen behandlingstilbud i Norge enn før, og alternativ behandling kan potensielt sett bli en enda større bransje i årene fremover. Siden endringen i bruk har vært såpass markant over en

¹ SSB. (2010). Helse – flere velger alternativt. Hentet fra <https://ssb.no>.

² *ibid*

relativt kort periode, blir jussen på området mer aktuelt. Bestemmelser om markedsføring av alternativ behandling later til å bli stadig mer praktisk regler.

Økt bruk av denne formen for behandling kan kanskje begrunnes med trender, økt interesse og en generelt større aksept for alternative metoder, noe som igjen kan danne grobunn for nye rettspolitiske vurderinger. Vil hensynet til å beskytte forbrukere stille like sterkt dersom alternativ behandling blir mer normalt, og allmennkunnskapen rundt denne formen for behandling øker? Eller vil hensynet til personers valgfrihet komme til å få mer plass i tiden fremover etter hvert som forskningen på dette området stadig kommer lengre og allmenhetens kunnskap om næringen, på godt og vondt, øker?

Alternativ behandling er et vidt begrep som favner om svært mange forskjellige behandlingsformer, men fellestrekket blant alle behandlingsformene er at man ikke kan dokumentere effekten av behandlingen i tilstrekkelig grad. Alternativbransjen kan ikke beskrives som en likeartet bransje hvor de forskjellige behandlerne tilbyr og utfører sine tjenester på lik måte. Variasjonene er store, og man finner alt fra behandlere som hevder å kunne gi økt livskvalitet ved hjelp av samtale eller massasje, til behandlere som hevder å kunne kurere alvorlig sykdom som blant annet kreft eller diabetes.

Sett ut fra forbrukeres behov for beskyttelse er det problematisk at alternative behandlere hevder å kunne behandle diverse plager eller sykdommer uten å ha forskningsmessig dekning for dette. Men det er spesielt uheldig, og spesielt umoralsk, at noen alternative behandlere hevder å kunne kurere alvorlig sykdom. Personer med sykdommer som klassifiseres som alvorlig sykdom er gjerne personer som befinner seg i en sårbar situasjon, og statistisk sett er også disse personene mer åpen for annen behandling enn tradisjonell skolemedisin. Selv om retten til selv å bestemme hvilken behandling man skal ha er en helt sentral rettighet, og selv om noen kanskje opplever en positiv effekt fra alternativ behandling, så er det avgjørende at forbrukere ikke villedes til å tro at behandlingen har større effekt enn det er forskningsmessig dekning for å hevde.

Etter norsk lov er reglene for markedsføring av alternativ behandling rimelig klare i form av et lovbestemt forbud mot å markedsføre såkalte effektpåstander. Grensene for lovlig markedsføring er også ganske klart beskrevet i en forskrift om alternativ behandling, og forvaltningen har utarbeidet veiledere som skal hjelpe alternativbransjen med å følge regelverket. Selv om det er brukt ressurser på å spre informasjon om markedsføringsreglene for denne bransjen, viser Forbrukerombudets kontrollaksjoner at antallet brudd på markedsføringsreglene høye.³ Noen brudd er av alvorlig karakter, slik som tilfellet med Keshe Foundation fra 2016. Ved Alternativmessen i Tromsø hevdet selskapets styremedlemmer å kunne kurere alle former for kreft ved hjelp av en «evighetsmaskin som bruker en balanse av gravitasjon og magnetisme»⁴. Tilfeller som dette viser at kontroll og regulering av bransjen er en viktig oppgave innen norsk forbrukerlovgivning.

På den annen side tyder den stadig økende bruken av alternativ behandling på at dette er noe nordmenn ønsker å bruke pengene sine på. Om det så ikke kan påvises en forskningsbasert effekt av denne formen for behandling, så kan enkeltpersoner likevel

³ Forbrukerombudet. (2014). Etterlyser strengere kontroll av alternativ behandling. Hentet fra <https://forbrukerombudet.no>.

⁴ Nettavisen. (2017). Keshe Foundation: - Vi kan kurere alle typer kreft. Hentet fra www.nettavisen.no

oppleve behandlingen som virkningsfull. Selv om en opplevet effekt kan være ren placeboeffekt, er det likevel en *opplevet effekt* som kan gi økt livskvalitet. Et slikt resultat er det klart nok en verdi for den enkelte, og det er en grunn til å verne om retten til å motta denne behandlingen dersom pasienten selv ønsker det. Jeg opplever grensedragningen mellom forbrukeres behov for beskyttelse og retten til selv å bestemme behandlingsform som spesielt interessant.

2 DEN LOVFESTEDE REGULERINGEN AV MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING

2.1 DE KRYSSENDE HENSYN BAK LOVREGULERINGEN

Den lovfestede reguleringen av markedsføring av alternativ behandling er i hovedsak basert på to kryssende hensyn. Disse er forbrukerens behov for beskyttelse mot villedende markedsføring, mot forbrukerens rett til selv å bestemme hvilken behandling hun vil motta.⁵ Med dette gjør hensyn til fordel for alternative behandlere seg ikke gjeldende etter denne loven ettersom det er snakk om en lov innen forbrukerrettens område.

Det spesielle fokuset på hensynet til forbrukerens behov for beskyttelse kan forklares med at det snakk om helserelatert behandling. Med andre ord er skadeomfanget potensielt sett stort dersom en forbruker feilbehandles eller unnlater å oppsøke ordinær helsehjelp. I tillegg kommer det moralske aspektet ved å markedsføre uriktige påstander om at behandlingen kan ha noen effekt overfor en sårbar forbrukergruppe. Det er heller ikke lett for den generelle forbruker å ta stilling til hvorvidt den ene behandlingsformen er mer sikker enn den neste med mindre vedkommende forbruker har medisinsk kunnskap. Samlet sett gjør disse momentene det naturlig å føre en lovfestet regulering av bransjen.

På den annen side er den enkeltes rett til selv å velge behandlingsform en sentral rettighet. Om det så ikke finnes tilstrekkelig forskning til å dokumentere noen effekt av alternativ behandling, så er det like fullt den enkeltes rett til å kjøpe slike former for behandling. Den statistisk sett økende bruken av alternativ behandling kan også være en indikasjon på at stadig flere nordmenn selv opplever en form for positiv effekt eller virkning av behandlingen, som igjen kan gi en følelse av økt livskvalitet. Dette kan argumentere for at selvbestemmelsesretten hva gjelder behandlingsformer har sin naturlige plass ved den juridiske reguleringen av området.

2.2 LOV OM MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING § 8 SJETTE LEDD

Etter lov om alternativ behandling § 8 sjette ledd kan den som «tilbyr alternativ behandling ... kun gi en nøktern og saklig beskrivelse av virksomhetens art».

Etter bestemmelsen kan alternative behandlere kun gi en kort og presis fremstilling av tjenester og behandlingsformer de tilbyr, samt kontaktinformasjon og liknende. Kjernen i

⁵ Ot.prp. nr. 27. (2002-2003) s 114

bestemmelsen er at alternative behandlere ikke har adgang til å markedsføre virksomheten sin som en behandlingsform som har effekt på konkrete sykdommer og plager. Kort sagt medfører bestemmelsen et forbud mot å markedsføre såkalte effektpåstander.

Generelt sett kan effektpåstander defineres som påstander om at produkter eller tjenester har en konkret virkning eller effekt. Når det er snakk om diverse behandlingsformer som benyttes i helserelaterte situasjoner, vil en påstand om at behandlingen har, eller kan ha, en effekt på plager eller sykdommer, være en effektpåstand. Innen den ordinære helsetjenesten er det adgang til å markedsføre effektpåstander i sammenheng med diverse behandlingsformer eller tjenester ettersom det foreligger tilstrekkelig forskningsmateriale som tilsier at den påståtte effekten kan eller vil inntreffe som en konsekvens av behandlingen. For alternativ behandling er slik markedsføring av effektpåstander ikke tillatt ettersom det ikke foreligger tilstrekkelig forskning og dokumentasjon på at behandlingen har noen påviselig effekt. Dette fører til at bruk av effektpåstander ved markedsføring av alternative tjenester og behandlingsformer er å anse som villedende markedsføring som kan være til skade for forbrukere.

Denne bestemmelsen er ment som en spesialbestemmelse for alternativ behandling som kommer i tillegg til de generelle markedsføringsreglene som følger av markedsføringsloven.⁶

I det følgende vil jeg se nærmere på bestemmelsen ordlyd og vilkår for lovlig markedsføring av alternativ behandling, herunder «markedsføring», «alternativ behandling», «nøktern og saklig» og «virksomhetens art». Målet er å få et klarere bilde av de lovbestemte rammene for markedsføring av alternativ behandling, samt definere lovens virkeområde.

2.2.1 MARKEDSFØRING

I § 8 sjette ledd brukes ordet «markedsføring», uten noen ytterligere spesifisering om ordets innhold. Etter naturlig språklig forståelse vil bestemmelsen gjøre seg gjeldende for alle former for markedsføring, uavhengig av hvilket medium som benyttes eller i hvilken form markedsføringen skjer.

Etter ot.ptp.nr.27 (2002-2003), siktes det til «enhver form for markedsføring»⁷. Som eksempler nevnes alt fra markedsføring i papirform, over telefon, i avis, på TV eller radio og markedsføring på internett. Etter forarbeidene er bestemmelsen altså ment å ha virkning uansett form og medium for markedsføringen.

Forarbeidene nevner likevel at eventuelle linker eller henvisninger til andre kilder eller nettsteder på en behandlers egen hjemmeside, vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Med dette åpner forarbeidene for at slike henvisninger i noen tilfeller faller utenfor markedsføringsbegrepet etter lov om alternativ behandling, uten at forarbeidene sier noe mer konkret om hvordan slike tilfeller skal vurderes. Forskrift om alternativ behandling går derimot grundigere inn på dette spørsmålet.⁸

⁶ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 211

⁷ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 213

⁸ Se punkt. 3.4

2.2.2 ALTERNATIV BEHANDLING

Alternativ behandling er et begrep uten klart innhold. Hvorvidt det er snakk om behandlingsformer som i noen grad baserer seg på ordinær skolemedisin, tradisjonell medisin, eller om det er behandlingsformer med eksempelvis religiøs ramme, er ikke opplagt. I praksis kan det være snakk om alle disse formene for behandling, og gjerne behandlingsformer som utgjør en blanding av samtlige. Med andre ord; begrepet favner vidt.

Juridisk sett er likevel begrepet alternativ behandling gitt et nokså klart innhold. Etter lov om alternativ behandling § 2 om begreper mv, beskrives alternativ behandling som «helserelatert behandling som utøves utenfor helse- og omsorgstjenesten, og som ikke utøves av autorisert helsepersonell». Også når metoder som etter sin karakter er å regne som alternativ behandling benyttes av autorisert helsepersonell innen helsetjenesten, omfattes det av lov om alternativ behandling.

Med dette kan man definere alternativ behandling som et tilbud utgjør et motstykke til det man kaller ordinær skolemedisin. Alternativ behandling kan altså ikke beskrives for hva det er, men hva det er et alternativ til.⁹ Etter forarbeidene er også et felles trekk ved alle former for alternativ behandling at man ikke forskningsmessig kan dokumentere noen effekt i tilstrekkelig grad. Selv om det klart nok er noen behandlingsformer som i større grad likner mer på skolemedisin enn andre, og derav kan tenkes å ha mer påviselig effekt enn andre behandlingsformer, reguleres alle disse behandlingstypene etter den samme loven. Dette begrunnes med forbrukerens behov for beskyttelse mot villedende påstander om at behandlingen kan ha noen effekt.

Ettersom loven gjelder for «helserelatert behandling» jf. § 2 tredje ledd vil tjenester som bærer preg av skjønnhetspleie, fysisk velvære, psykisk velvære og personlig utvikling falle utenfor virkeområdet for loven. Her kan det likevel bli vanskelig å sette et skille mellom behandlingsformer som befinner seg i grenseland mellom helserelatert behandling og eksempelvis økt fysisk velvære. Flere av behandlingsformene innen alternativ behandling har flere av disse elementene i seg, og utfordringen blir da å finne ut om behandlingen i større eller mindre grad samtidig brukes for å lindre eller behandle plager eller sykdom som pasienten eventuelt har. Det avgjørende vil være om behandlingen har til *formål* å behandle, forebygge eller lindre sykdom eller plager.¹⁰

Begrepet komplementær medisin dekker behandlingsformer som er ment å benyttes i samspill med ordinær skolemedisin. De konkrete formene for behandling er ofte de samme som kan defineres som alternativ medisin, men man benytter likevel begrepet komplementær medisin for disse tilfellene.¹¹

I lov om alternativ behandling benyttes ordet alternativ *behandling*, og ikke alternativ *medisin* slik som i tidligere NOU 1998:21. I forarbeidene nevnes det også at valget av ordet «behandling» til fordel for «medisin» ble gjort på grunn av den naturlige assosiasjonen

⁹ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 21

¹⁰ Befring, Anne Kjersti. (2005). *Lov om alternativ behandling – med kommentarer*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS side 71

¹¹ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 22

ordet medisin har til forskningsbasert behandling. Ved å definere denne gruppen som alternative *behandlere* kommer det klarere frem at det er snakk om et generelt behandlingstilbud, snarere enn et medisinsk opplegg. Igjen kommer hensynet til forbrukeren og villende markedsføring inn som et avgjørende hensyn.¹²

2.2.3 NØKTERN OG SAKLIG

Etter lov om alternativ behandling § 8 sjettede ledd kan alternative behandlere kun gi en «nøktern og saklig» beskrivelse av virksomhetens art. Dette er svært skjønnsmessige vilkår som klart trenger en utdypning. Etter naturlig språklig forståelse er det nærliggende å forstå vilkårene som et krav om en kort og konkret fremstilling av de tjenestene som tilbys, og som ikke gir en altfor utførlig beskrivelse av hvilke effekter forbrukeren kan forvente av behandlingen. Etter forarbeidene beskrives vilkårene som nokså likeartet og at det kan være problematisk å skille dem fra hverandre, eller å påpeke hvilket av vilkårene som eventuelt er overtrådt. Ved en konkret vurdering vil man kanskje måtte vurdere vilkårene som en helhet ettersom forskjellene her er glidende. I det følgende redegjøres det nærmere for henholdsvis nøktern og saklig markedsføring.

Hva angår vilkåret om «nøktern» nevner forarbeidene at det først og fremst er ment som et krav om at markedsføringen ikke må være villedende. Dette er altså det samme kravet som man finner generelt innen markedsføringsrett, og et krav som setter forbrukerens behov for beskyttelse i sentrum.¹³

Villedende markedsføring kan være markedsføring som utnytter eller spiller på den generelle forbrukers uvitenhet og risiko for å være lettlurt. Selv om dette er en generell standard som gjelder innen all markedsføring, er spesialreglene for alternativ behandling spesielt strenge. Dette kan forklares med hvilken forbrukergruppe markedsføringen ofte er rettet mot; nemlig personer som er syke og i en mer sårbar posisjon enn normalt. Personer med sykdom eller plager kan lett tenkes å være svært ivrige etter å forsøke alle behandlingsformer som kanskje kan gjøre dem friske eller lindre smerter og plager, og vil da være lettere å påvirke. Slik sett kan man tenke seg at personer som ikke ellers ville kjøpt slike tjenester, får en ekstra motivasjon til å vurdere et kjøp på grunn av situasjonen de befinner seg i, hvilket antagelig gjør dem mer mottagelig for informasjon som gir den grunn til håp om bedring.

Alternative behandlere kan med dette ikke oppfordre til salg på en overdreven måte og informasjonen må ikke virke salgsfremmende. For at markedsføringen skal kunne karakteriseres som nøktern kreves det dermed at informasjonen forbrukeren får ikke er mer omfattende enn nødvendig, og informasjonen må være bygget på fakta. Dette gjør at alle påstander om at behandlingen kan ha en effekt som det ikke finnes forskningsmessig grunnlag for å hevde at den kan ha, ikke er tillatt.¹⁴

¹² Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 22

¹³ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 212

¹⁴ Befring, s. 152

Kravet om at markedsføringen skal være «saklig» er ifølge forarbeidene et krav om at behandlingsformen ikke undergraver eller svekker tilliten til den ordinære helseordningen. Ved å hevde at alternativ behandling kan ha en effekt som tilsvarer den effekt man kan påregne av ordinær skolemedisin, uten å ha forskningsmessig dekning for å hevde det, vil tilliten til den ordinære helsetjenesten kunne svekkes. Poenget er at man ikke kan markedsføre tjenestene som noe som er tilsvarende til medisinsk behandling, eller på annen måte forsøke å likestille dem i fremstillingen av behandlingen. Dette vil i så fall gå på tvers av det som er allment anerkjent innen fagområdet.¹⁵

Saklig markedsføring må altså gi en mest mulig korrekt beskrivelse av behandlingen, herunder hvilke metoder som brukes, hvilke tilstander den kan brukes ved og hva man kan forvente seg av behandlingen. Vilåret vil oftere være overholdt dersom man kun beskriver hvilke tilstander behandlingen kan brukes ved, enn dersom man også forklarer hvilke effekter man som forbruker kan regne med å oppleve.

2.2.4 VIRKSOMHETENS ART

Etter forarbeidene til lov om alternativ behandling skal «virksomhetens art» forstås som informasjon om diverse forretningsopplysninger slik som navn og utdanning på ansatte, adresse og annen kontaktinformasjon. I tillegg omfatter begrepet generelle beskrivelser av hvilken behandlingsform som kan tilbys, samt hvilke tilstander dette kan brukes på. Her er det sentrale at fremstillingen er saklig og konkret, slik at informasjonen ikke gir forbrukeren inntrykk av at det er snakk om behandlingsformer som kan ha en effekt.

2.3 ANDRE DEFINISJONER SOM ER BESTEMMENDE FOR LOVENS VIRKEOMRÅDE

Ut over lov om alternativ behandling § 8 sjette ledd og vilkårene som følger av denne, er spesielt §§ 2, 6 og 7 bestemmende for virkeområdet til lovens markedsføringsbestemmelse. I det følgende vil «helserelatert behandling», «smittsomme sykdommer», og «alvorlige sykdommer og lidelser» redegjøres for.

2.3.1 HELSERELATERT BEHANDLING

Lovens virkeområde gjelder for «helserelatert behandling», jf. § 2 tredje ledd. Som nevnt over medfører dette en avgrensning mot blant annet ren skjønnhetspleie, selvutvikling og massasje. Videre gjelder i utgangspunktet loven for behandling som skjer utenfor den ordinære helsetjenesten. Men dersom behandling som etter sin karakter er å regne som alternativ behandling benyttes av helsepersonell innen ordinær helsetjeneste, omfattes også dette av loven. Så langt har loven et klart virkeområde. På den annen side kan grensdragningen mellom behandling som reguleres av lov om alternativ behandling og helsepersonelloven være uklar. Etter bestemmelsens femte ledd kommer helsepersonelloven til anvendelse sammen med lov om alternativ behandling, dersom autorisert helsepersonell benytter alternativ behandling i sitt virke. Med andre ord er det

¹⁵ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 212

etter gjeldende rett ikke klart hvilken lov som kommer til anvendelse for slike tilfeller. Denne gråsonen hva gjelder lovvalg påpekes i Befring sin lovkommentar.¹⁶

2.3.2 KONKRETE SYKDOMMER OG LIDELSER, OG GENERELLE TILSTANDER

Etter lov om alternativ behandling § 6 følger det et forbud mot at alternative behandlere kan diagnostisere eller behandle personer med allmennfarlige smittsomme sykdommer. Et tilsvarende forbud gjelder mot behandling av alvorlige sykdommer eller lidelser, jf. § 7. Dette er absolutte forbud. Likevel er det adgang til å utføre behandling som har til hensikt å lindre eller dempe symptomer av smittsomme og alvorlige sykdommer, og lidelser.

Loven oppstiller et skille mellom konkrete «sykdommer og lidelser», og det som forklares som mer «generelle tilstander» som ikke har en spesiell diagnose. Det er et klart forbud mot å hevde at man kan kurere eller forbedre konkrete sykdommer og lidelser slik som kreft eller diabetes. Det er på lik linje ikke tillat å markedsføre at man kan forebygge dette på noen måte. Begrunnelsen er gjerne at konkrete sykdommer og lidelser er noe som kan diagnostiseres og som krever en spesifikk medisinsk behandling for å bedres. For konkrete sykdommer og lidelser vil også forskningen gi et klart bilde av hvilke (medisinske) behandlingsformer som gir en effekt, noe som igjen vil klart avgrense mot all behandling som ikke tilsvarer den forskningsbaserte behandlingen. I tillegg er det helt sentralt at personer med konkrete sykdommer oppmuntres til å la seg behandle i det ordinære helsevesenet, enten for å hindre unødvendig skadeomfang av sykdommen, eller hindre spredning av smittsomme sykdommer.

Ved generelle tilstander slik som nakke- og ryggplager, verkende muskler og liknende vil det kanskje kunne gis mer rom til personlig opplevet effekt, uten at dette kan karakteriseres som villedende informasjon til forbruker.¹⁷ For generelle tilstander blir effektbegrepet mer flytende i form av at forbrukerens opplevde effekt blir det sentrale dersom forbrukeren går til en alternativ behandler, og gjerne at skadeomfanget potensielt sett ikke er like stort som ved konkrete sykdommer og lidelser.

3 FORSKRIFT OM MARKEDSFØRING AV ALTERNATIV BEHANDLING

3.1 BEHOV FOR SPESIFISERING AV REGLENE

Vilkårene for lovlig markedsføring som følger av lov om alternativ behandling § 8 sjette ledd er skjønnsmessige. Riktignok er det et klart forbud mot bruk av effektpåstander i sammenheng med konkrete sykdommer og lidelser, men for de øvrige og mer praktiske tilfellene som omhandler generelle tilstander er loven mer uklar. Grensene for dette fremgår ikke klart av verken lovens ordlyd eller forarbeider. Ettersom de forskjellige behandlingsformene innen alternativ behandling varierer i så stor grad, og siden

¹⁶ Befring, s. 69

¹⁷ Befring, s. 153

markedsføring generelt har varierende form og uttrykk, er det gjerne vanskelig å oppstille en klar rettsregel for dette området. Dette påpekes også flere steder i forarbeidene ved at grensetilfellene må vurderes etter en konkret helhetsvurdering. Slik sett kan grensene for lovlig markedsføring fremstå noe uklare, og for den enkelte behandler kan det være vanskelig å vite hvor grensen går når hun skal utforme sin markedsføring.

Forskrift om alternativ behandling av sykdom gir et mer utførlig og konkret bilde av hvor grensen går. Forskriften oppstiller eksempler på konkrete ord og uttrykk som kan benyttes i markedsføringen, hvilket klargjøre rettstilstanden betydelig. Likevel er det flere gråsoner å finne, som etter forskriften skal vurderes etter en konkret helhetsvurdering. Slike vurderinger kan være vanskelig å tilnærme seg, spesielt siden omfanget av saker behandlet i domstolene og underrettspraksis er begrenset. Det følgende er likevel et forsøk på å klargjøre grensene noe ved å så nærmere på forskriften §§ 1 til 4 med tilhørende merknader, samt eventuelle saker fra rettspraksis og underrettspraksis hvor problemstillingene har blitt drøftet med utgangspunkt i forskriften.

3.2 PASIENTENS SIKKERHET

Forskriften § 1 fastsetter «pasientens sikkerhet» som formålet med reguleringen av markedsføring av alternativ behandling. Dette samsvarer med lovens formålsbestemmelse. Merknadene til forskriften § 1 gjentar i stor grad de hensyn som fremgår av lovens § 1, og gir med dette ingen videre veiledning til den konkrete vurderingen av lovlig markedsføring. Ettersom § 1 er en formålsbestemmelse er det heller ikke naturlig at en nærmere presisering av de konkrete grensene skal fremgå.

Forskriften § 1 nevner likevel et tema som en mulig juridisk gråsoner; nemlig avgrensningen mot behandlingsformer som ikke regnes som «helserelatert behandling». Forskriften gir ingen nærmere veiledning til hvordan dette kan vurderes helt konkret, hvilket innebærer at forvaltningen som fører kontroll med alternativbransjen får et større spillerom i sin vurdering av forskriftens virkeområde i hvert enkelt tilfelle.¹⁸

Etter søk på lovdata.no, rettsdata.no og andre relevante kilder har det ikke vært mulig å finne noen saker hvor dette spørsmålet har blitt drøftet ytterligere. I de sakene hvor «helserelatert behandling» nevnes er det kun som ledd i en kort konstatering av at tilfellet faller inn under ordlyden. De nærmere grensene for hvordan en konkret helhetsvurdering skal gjøres gjenstår med dette ganske åpen.

3.3 NØKTERN OG SAKLIG

Forskriften § 2 første ledd tar for seg, på lik linje med markedsføringsbestemmelsen i lov og alternativ behandling, kravene til «nøktern og saklig» markedsføring. I bestemmelsens andre ledd påpekes forbudet mot bruk av effektpåstander i sammenheng med markedsføring av konkrete sykdommer og lidelser.

¹⁸ Merknader til markedsføringsforskriften § 1

Etter forskriftens merknader til § 2 forklares vilkårene «nøktern og saklig» som et krav om at markedsføringen ikke må være villedende, men det nevnes ikke noe mer konkret om hvordan gråsonene skal vurderes enn det som fremgår av lovens forarbeider. Den ene gråsonen som nevnes er tilfeller der en alternativ behandler baserer sitt virke på religiøse grunnlag, og hvor dette ikke fremgår av markedsføringen. Etter forskriften skal dette vurderes i det konkrete tilfellet, men det fremgår ikke hvordan dette skal vurderes nærmere.

19

Etter søk i relevante kilder har det ikke vært mulig å finne saker som har drøftet dette spørsmålet nærmere med utgangspunkt i forskriften.

Videre går merknadene til forskriften § 2 inn på bruk av effektpåstander og generelle beskrivelser av virksomhetens art. Her er forskriften noe mer konkret enn lovens forarbeider ved at det nevnes eksempler på lovlig beskrivelse av den alternative behandlingen. Her nevnes ord som «brukes ved», «benyttes ved» i sammenheng med behandling av generelle lidelser som lovlig markedsføring. Informasjon om at behandleren har «lang erfaring med» eller «god erfaring med» en viss behandlingsform av diverse tilstander og lidelser er også tillatt. Men noen mer konkret liste over ord og uttrykk som kan benyttes fremgår ikke.

Vurderingen av konkrete ord og uttrykk i slike sammenhenger har vært vurdert både av Forbrukerombudet og Markedsrådet. Spesielt i MR-2014-1115 om Laserklinikken Anne Harila UK (heretter Laserklinikken) går Markedsrådet inn på en nærmere drøftelse av grensene. Laserklinikken ble av Forbrukerombudet og senere Markedsrådet regnet for å drive utstrakt ulovlig markedsføring i form at bruk av effektpåstander i sammenheng med konkrete sykdommer og lidelser, samt generelle tilstander. Eksempler fra saken er uttrykk som «Vi behandler følgende plager» i sammenheng med konkrete sykdommer eller lidelser, og «ansiktsslammelse *behandles* med», «Laser er brukt i mere enn 30 år mot pollenallergi, og har ingen bivirkninger», «brannskader *behandles* med» og liknende eksempler (mine kursiveringer).²⁰ Etter forskriften er det som nevnt mulig å benytte ord og uttrykk som «lang erfaring med», men i så fall må dette stå i forhold til en helt generell tilstand. Når Laserklinikken benytter seg av denne formuleringen i sammenheng med pollenallergi, har de likevel overtrådt grensen for lovlig markedsføring. Gjengangeren er å forklare laserbehandlingen som en *behandling* i sammenheng med konkrete sykdommer og lidelser, noe som er egnet til å gi forbrukeren inntrykk av at det er mulig å oppnå en effekt. Sett sammen med at Laserklinikken er definert som alternativ behandling på grunn av manglende forskning som påviser effekt, blir dette å regne som villende reklame. Markedsrådet fattet forbudsvedtak mot bruk av disse beskrivelsene på Laserklinikkenes hjemmeside.

En annen sak som er behandlet i underrettspraksis er MR-2005-13 om Det Indre Tankepilllet AS, et selskap som markedsførte tankefeltterapi. Markedsrådet anså selskapets bruk av ord som «*kurerer* fobier og traumer meget raskt, ofte innen minutter», «*har gode erfaringer med* behandling av alle typer traumer, som mishandling i barndommen, incest, blind vold, mishandling i ekteskap, skyteepisoder, ran, voldtekt etc.», «*særdeles velegnet* for å fjerne prestasjonsangst», «*fjerne* spenningshodepine i 3 av 4 tilfeller - ofte i løpet av minutter»

¹⁹ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

²⁰ MR-2014-1115

(mine kursiveringer).²¹ Markedsrådet anså samtlige av disse beskrivelsene for å være egnet til å villedde forbrukeren.

Av andre saker fra underrettspraksis som har omhandlet effektpåstander som del av markedsføringen av alternativ behandling kan nevnes sak nr. 1270/16 om Nethealth.no, og deres påstander om effektiv behandling av sykdommen rosacea. Ifølge saksdokumentet tilgjengelig på lovdata.no konstateres det kort at markedsføringen inneholdt effektpåstander, men saken ble likevel avvist på grunn av ressurs hensyn. Det var derfor ingen videre drøftelse av konkrete ord og uttrykk som ble brukt med i saken.

I tillegg nevner merknadene til forskriften § 2 at gjengivelser fra tidsskrifter, forskningsprosjekter og andre kilder med autorativt preg, som hovedregel ikke vil være tillatt. Ettersom dette er en hovedregel åpner forskriften for at noen slike gjengivelser kan være tillatt, uten at det gis eksempler på lovlig gjengivelse. Derimot lister merknaden opp en rekke eksempler på ulovlig gjengivelse:

«Forskningsstudie X indikerer at behandlingsform A er effektiv mot lidelse/sykdom...», «Et forskningsprosjekt ved universitet/høgskole Y har påvist merkbar bedring i pasientens plager ved bruk av behandlingsform B ...», «En studie publisert i fagtidsskrift Z støtter tidligere antagelser om at behandlingsformen C vil medføre raskere behandling/tilheling av diagnose/sykdom ...», «Langvarig bruk av behandlingsform D ved amerikanske sykehus indikerer/har vist at behandlingsformen er gunstig i forhold til diagnose/sykdom Æ.»²²

Begrunnelsen for denne tolkningen er at kilder med autorativt preg lett vil villedde forbrukeren til å tro at det foreligger forskningsmessig dekning for å hevde at behandlingen kan ha en effekt.

Av eksempler fra Markedsrådet er sakene om Laserklinikken og Institutt for Det Indre Tankespillet AS igjen aktuelle. I begge tilfellene fant Markedsrådet at henvisninger det som ble omtalt som «forskningsstudier» og liknende ga et autorativt preg og dermed var egnet til å villedde.

Derimot gir søk i relevante rettskilder ikke eksempler på gjengivelse av autorative kilder som har vært ansett lovlig markedsføring. Her må det derfor antas at gjengivelser av kilder som ikke omtales som eksempelvis «studier» eller «forskning» og liknende, og som i seg selv ikke fremstår som forskning på den konkrete behandlingen, kan være tillatt. Et annet moment kan være omfanget av slike gjengivelser. Dersom markedsføringen har en omfattende bruk av henvisninger som i seg selv ikke er å anse som villedende, vil kanskje mengden henvisninger i seg selv gjøre markedsføringen villedende.

Avsluttende følger det av merknadene til forskriften § 2 at gjengivelser fra fornøyde kunder som hovedregel vil være ulovlig, men også her gjelder dette kun som en hovedregel.

²¹ MR-2005-13

²² Merknader til markedsføringsforskriften § 2

Begrunnelsen for dette er mye likt begrunnelsen for ikke å tillate gjengivelser av autoritative kilder; slike gjengivelser eller anbefalinger vil lett være egnet til å gi forbrukeren inntrykk av at behandlingen har hatt en effekt. Uttalelser fra tidligere kunder kan oppleves spesielt oppmuntrende ettersom fysiske personer med gode erfaringer kanskje er lettere å relatere seg til enn større forskingsdokumenter. Forskingsstudier kan for mange fremstå tunge og vanskelig tilgjengelig, noe privatpersoners anbefalinger sjeldent gjør.

Forskriften lister opp en rekke eksempler på uttalelser som typisk ikke vil være tillatt:

«Pasientene O, P og Q har i ukebladet A uttalt at de har vært svært fornøyd med bruk av behandlingsformen X for sykdommen ...», «Behandlingsformen Y var svært effektiv mot min sykdom ...», «En brukerundersøkelse gjennomført av den norske utøverorganisasjonen for behandlingsformen Z, viser at en viss prosentandel av pasientene registrerte bedring i sykdommen/tilstanden B ved bruk av behandling Ø», «Lege R oppgir at hun har observert en merkbart raskere tilheling/behandling hos de av hennes pasienter med sykdommen C som i tillegg/istedenfor skolemedisinsk behandling har valgt den alternative behandlingsformen Y».²³

Også her er Laserklinikken og Institutt for Det Indre Tankespillet relevante saker fra Markedsrådet. Begge selskapene hadde flere gjengivelser fra fornøyde kunder på sine hjemmesider eller facebooksider, hvilket Markedsrådet fant klart stridende med markedsføringsreglene.²⁴

Merknaden til forskriften § 2 nevner ikke konkrete eksempler på lovlige uttalelser, og det kan med dette tenkes at uttalelser som ikke benytter ord og uttrykk som «svært god effekt» og liknende vil være tillatt. Antagelig vil det være vanskelig å gjengi en uttalelse fra fornøyde kunder på lovlig vis ettersom en slik uttalelse i seg selv er en påstand om at behandlingen hadde en form for effekt for vedkommende.

Helt til sist nevnes det i merknadene til § 2 at hvorvidt markedsføringen er i strid med bestemmelsen eller ikke vil bero på en konkret helhetsvurdering.

3.4 ALLE FORMER FOR MARKEDSFØRING

Etter forskriften § 3 stadfestes det at forskriften, slik som loven, gjelder for alle former for markedsføring og i ethvert medium. Merknadene til § 3 sier i stor grad det samme som forarbeidene til loven her, med det tillegg at også henvisninger eller linker på en behandlers hjemmeside vil kunne være omfattet av markedsføringsreglene. Man kan med andre ord som hovedregel ikke oppfordre forbrukeren til å besøke andre nettsider som bruker effektpåstander i sammenheng med behandling av sykdom eller lidelser, uten å kunne

²³ Merknader til markedsføringsforskriften § 2

²⁴ MR-2014-1115 og MR-2005-13

holdes ansvarlig for også denne informasjonen. Man kan altså identifisere behandleren med de nettsiden hun henviser til. At slike henvisninger som oftest vil være omfattet av markedsføringen til den enkelte behandler er det gode grunner for, ettersom det ville vært en svært lettvinnt måte å unngå reglene på ved å henviser til annen ulovlig markedsføring.

Etter merknad til § 3 er det likevel gitt rom for at slike henvisninger kan være tillatt, uten at det nevnes konkrete eksempler på slik lovlig markedsføring. Merknadene oppstiller heller en rekke momenter som kan vektas ved en helhetsvurdering, og som samlet sett kan forklares som det umiddelbare inntrykk forbrukeren får av markedsføringen. Momentene som nevnes er hvor direkte linkene presenteres på nettsiden, hvorvidt nettsiden det henvises til gir generell informasjon om behandlingsformen eller om det er snakk om informasjon som spesifikt omhandler effekter som kan påregnes av behandlingen. Hvorvidt nettsiden later til å være produsert i markedsføringsøyemed, eller om den heller fremstår som generell informasjon om emnet kan være et moment. Også hvem som står bak nettsiden er et relevant moment; om det er behandleren selv eller noen som samarbeider med henne som også står bak nettsiden det henvises til, eller om nettsiden er produsert for en spesifikk gruppe personer eller forbrukere. Samlet sett er det altså relativt mange momenter som kan vurderes her.²⁵

Spesielt momentet som går på hvem som står bak nettsiden er av interesse. Dersom det eksempelvis er en utøverorganisasjon som står bak nettsiden, vil nettsiden kanskje ikke være omfattet av markedsføringsreglene ettersom disse i utgangspunktet kun gjelder for fysiske eller juridiske personer som utøver alternativ behandling. Med dette kan en slik organisasjon drive et nettsted med relativt stor mengde generell informasjon om, påregnelig effekt og forskning som relaterer seg til den enkelte behandlingsformen. Med andre ord kan nettstedet inneholde informasjon som ellers ikke ville være tillatt dersom et var snakk om nettstedet til en utøvende alternativ behandler.

Forbrukerombudet kan likevel, med hjemmel i markedsføringsloven, reagere mot nettsider de oppfatter som tiltenkt markedsføring som blir gjort på vegne av organisasjonens medlemmer. En alternativ behandler kan altså ikke omgå markedsføringsreglene helt ved å henviser til sin organisasjons hjemmeside, uten samtidig å risikere en form for sanksjon. Likevel fremstår denne ordningen noe tungvint i form av at man gjennom forskrift inviterer til å innta henvisninger og linker til nettsider som fort vil havne i skjæringspunktet mellom lovlig og ulovlig markedsføring. Videre kan det tenkes at den jevne forbruker ikke så lett ser forskjellen på nettsidene til en utøvende behandler som *er* omfattet av markedsføringsreglene, og nettsiden til en ikke-utøvende organisasjon som *ikke* er omfattet av reglene. For den som ikke kjenner til regelverket vil dette lett bli to sider av samme sak. Ettersom reguleringen av markedsføring av alternativ behandling skal ha forbrukernes beskyttelse som sitt kjerneformål, kan det tenkes at et forbud mot å komme med effektpåstander kunne gjelde generelt, uavhengig av utøvende funksjon eller ikke. Dette vil riktignok medføre en begrensning i slike organisasjoners rett til å ytre seg om emnet og sitt eget virke, men på den annen side er det forbrukeren som skal stå i sentrum. En slik regel ville kanskje vært mer i tråd med regelverket generelt.

²⁵ Merknader til markedsføringsforskriften § 3

Videre nevner merknad til forskriften § 3 at lov og forskrift om alternativ behandling også omfatter markedsføring som skjer i forkant av, under eller i etterkant av behandling. Her settes det likevel en grense mot generell informasjon som behandleren kan gi sin pasient, og informasjon hvilken type videre behandling som hun anser hensiktsmessig. Etter forskriften må dette vurderes etter en konkret helhetsvurdering, og grensene kan være glidende.

Trolig er det svært mange alternative behandlere som følger etiske retningslinjer og dermed ikke overskrider markedsføringsreglene i konsultasjon med sin egen pasient. Likevel er problemet her at man vanskelig kan kontrollere hva som markedsføres muntlig bak lukkede dører, og mulighetene for å omgå reglene etter å ha opprettet personlig kontakt med en pasient er helt klart tilstede.

«Helsekontrollen», under ledelse av TV2, utførte nylig et eksperiment som omhandlet alternative behandlere og hvordan de diagnostiserer og behandler barn. Eksperimentet kan ikke kalles et forskningsmessig prosjekt, og informasjonen fra denne kilden kan på ingen måte tolkes som et generelt bilde av alternativbransjen. Eksperimentet kan likevel være av interesse som et utgangspunkt for drøftelsen av hvorvidt det burde føres strengere kontroll med markedsføring av alternativ behandling som ikke finner sted i det offentlige rom.

I eksperimentet var behandling av barn i fokus, og Helsekontrollen forsøkte å kartlegge hva slags diagnostisering enkelte alternative behandlere kunne konstatere under en privat konsultasjon. Det ble brukt skjult kamera i eksperimentet, en metode som har fått mye kritikk i etterkant.

Eksperimentet viste at flere alternative behandlere forklarte barnets (simulerte) plager med diverse lidelser og plager. Det ble også foreslått diverse dietter og videre behandling for plagene. Et sentralt poeng her er at ingen av de alternative behandlerne oppfordret til legebesøk, noe som kan tenkes stridende mot det generelle kravet til redelighet. Sammenfattet kan man si at eksperimentet viste en noe uheldig aktivitet under denne private konsultasjonen.²⁶

Som nevnt gjelder altså markedsføringsreglene også for konsultasjon mellom behandler og pasient, men spørsmålet er om man burde forsøke å kontrollere dette området i større grad. Sett ut fra forbrukerens perspektiv vil man være rimelig godt beskyttet mot villedende informasjon og markedsføring så lenge man tilegner seg informasjon som er tilgjengelig i det offentlige rom (forutsatt at en større andel av de alternative behandlerne driver lovlig markedsføring). Men denne beskyttelsen stiller klart nok ikke like sterkt på områder som forvaltningen vanskelig kan kontrollere. I tillegg kan det tenkes at feilaktig informasjon man får i direkte kontakt med en behandler, og som ifølge behandleren relaterer seg helt konkret til deg og din tilstand eller plage, er spesielt egnet til å påvirke forbrukerens vilje til å motta behandling. Det kan altså tenkes at forbrukeren blir spesielt sårbar i en slik situasjon. Etter dette er det rimelig å si at forbrukerens behov for beskyttelse burde gjenspeiles i regelverket i større grad enn etter dagjeldende lov.

På den annen side vil en økt regulering her kanskje være vanskelig å gjennomføre, og ikke minst ressurskrevende dersom forvaltningen skulle føre kontroll med hver enkelt konsultasjon mellom behandler og forbruker. Det har ikke vært mulig å finne rettskildemessig begrunnelse for at en slik form for kontroll ikke gjennomføres i dag, men

²⁶ Marie Kringsrød-Olsen. (2017). Hentet fra <http://www.tv2.no>

det er klart nærliggende å anta at en slik ordning ville bli for belastende på forvaltningen. Avsluttende kan det likevel hevdes at økt kontroll antagelig hadde vært til fordel for forbrukeren.

3.5 DET UMIDDELBARE INNTRYKK

Etter forskriften § 4 skal markedsføringen vurderes blant annet ut fra «det umiddelbare inntrykk markedsføringen skaper hos den jevne forbruker». Dette er i tråd med forarbeidene til lov om alternativ behandling.

Denne standarden ser markedsføringen fra forbrukerens perspektiv i form av at den alminnelige oppfatningen av markedsføringen legges til grunn. Lovens formål kommer med dette tydelig frem i bestemmelsen. Det kanskje mest sentrale og praktisk viktige med denne vurderingen er at det gis rom for å anse markedsføringen som urimelig når man ser det som et hele, til tross for at de enkelte elementene i markedsføringen kan være lovlige. Her er det klart nok svært skjønnsmessige og vanskelige vurderinger man snakker om, men bestemmelsen må sies å utgjøre en sentral del av forbrukerbeskyttelsen.

Ettersom større deler av regelverket for markedsføring av alternativ behandling består av skjønnsmessige vurderinger og i noen tilfeller uklare grenser, kan det tenkes at enkeltelementer i markedsføringen isolert sett må anses som livlige. Dette trenger likevel ikke være til hinder for at totalinntrykket kan være at markedsføringen virker villedende. Kanskje er helhetsinntrykket at markedsføringen fremstår som spesielt påtrengende eller unødvendig positivt omtalt. Som et eksempel kan det tenkes at en alternativ behandler beskriver virksomhetens art på en nøktern måte når hun redegjør for de enkelte behandlingsformene som tilbys, men samtidig har en spesielt *stor mengde* nøktern informasjon. Et større volum informasjon kan i seg selv fremstå som noe annet enn en nøktern fremstilling. Et annet eksempel kan være omfanget av henvisninger til nettsider som omtaler emnet, til tross for at de enkelte nettsidene i seg selv må regnes som lovlig markedsføring. Forskriften nevner som et annet eksempel at en isolert sett nøktern beskrivelse av en behandlingsform kan få et helt annet inntrykk sett sammen med bilder eller andre visuelle inntrykk. Logisk nok er det helhetsinntrykket som må være det avgjørende i vurderingen ettersom forbrukeren vanskelig kun oppfatter hver enkelt del for seg.

Et annet moment her kan være at markedsføringen fremstår som spesielt salgsfremmende sett som en helhet, snarere enn en blanding av enkel markedsføring og generell informasjon.

Både lovens forarbeider, ordlyden i forskriften § 4 og merknadene til denne benytter «den jevne forbruker» som utgangspunkt for vurderingen.²⁷ Likevel oppstilles det ikke noen standard for hvordan man vurderer den jevne forbruker innen alternativ behandling. Det er nærliggende å tro at vurderingen er tilnærmet lik den man benytter etter markedsføringsloven § 6 tredje ledd. Etter forarbeidene til denne bestemmelsen skal man

²⁷ Merknader til markedsføringsforskriften § 4

ta hensyn til hvilken type forbrukergruppe man retter markedsføringen mot, samt ta høyde for og anerkjenne at noen forbrukergrupper er mer sårbare enn andre. Videre kan sårbarheten knytte seg til den aktuelle praksisen markedsføringen gjelder. Det er naturlig å tolke dette som en adgang til å regulere markedsføring av helserelaterte tjenester og ytelser spesielt strengt for å unngå feilbehandling eller forverring av tilstanden.

Selv om vurderingen etter markedsføringsloven § 6 tredje ledd antagelig gjør seg gjeldende her, ville en presisering og nærmere beskrivelse av forbrukergruppens behov antagelig vært et klargjørende tilskudd i lov og alternativ behandling.

3.6 KOMMENTARER TIL FORSKRIFTEN

Etter en nærmere drøftelse av grensene for markedsføring av alternativ behandling slik det fremstilles etter forskriften, fremstår de konkrete grensene noe mer klare. Likevel er det flere områder som etter forskriften skal vurderes etter en konkret helhetsvurdering, og hvor grensene fremdeles fremstår som noe uklare. Dette kan være problematisk sett ut fra legalitetsprinsippet ettersom mulige forvaltningsvedtak eller forvaltningssanksjoner har karakter av straff for dette området. En tydeligere ordlyd, med klare grenser for hvordan skjønnsstilfellene skal vurderes i det konkrete tilfellet, kunne vært nyttig her.

Sett ut fra et forebyggende perspektiv er det kanskje uheldig å ha uklare grenser for markedsføringen ettersom reglene er, og ifølge statistikken blir stadig mer, praktiske. Reglene skal forstås og praktiseres av alternative behandlere, og det blir da sentralt at reglene er enkle å tilnærme seg også for personer uten juridisk forkunnskap. Den alternative behandleres rettssikkerhet blir også mer uklar med skjønnspreget regulering av markedsføringen, og det vil kunne bli vanskelig for den enkelte å forutse sin rettsstilling. Forvaltningens tiltak for å informere alternativbransjen om den rettslige reguleringen i form av veiledere er nok til stor hjelp her, men ifølge forvaltningens kontrollaksjoner som ble nevnt innledningsvis er likevel antallet lovbrudd for høyt. Dette kan tyde på at reglene er vanskelig tilnærmelige. Så lenge dette er tilfellet vil forbrukerens beskyttelse være svekket.

4 FORVALTNINGEN OG HÅNDHEVING AV REGLENE

4.1 FORBRUKEROMBUDET OG MARKEDSRÅDET

Det er forvaltningen som skal føre kontroll med alternativbransjen. Etter markedsføringslovens § 34 første ledd skal Forbrukerombudet føre kontroll med bestemmelser i markedsføringsloven, samt bestemmelser gitt i medhold av loven. Kontrollen gjennomføres av hensyn til forbrukere, og organet skal håndheve regelverket i de tilfeller der forbrukernes behov for beskyttelse tilsier det.

Forbrukerombudet skal enten på eget initiativ, eller etter klage fra andre, kontakte den alternative behandleren det gjelder og forsøke å mekle med denne, jf. mfl. § 35. Dersom

Forbrukerombudet finner at behandleren driver ulovlig markedsføring, skal organet orientere behandleren om dette, og forsøke å komme frem til en frivillig ordning hvor behandleren eventuelt fjerner eller endrer den ulovlige markedsføringen.

Forbrukerombudet kan som hovedregel ikke fatte vedtak selv. Organet har i utgangspunktet kun en forhandler-rolle i tvistetilfeller. I noen unntakstilfeller kan Forbrukerombudet likevel fatte vedtak dersom det foreligger situasjoner som nevnt i mfl. § 37. Her er det snakk om saker av mer alvorlig karakter, hvor hensynet til forbrukeren tilsier at den ulovlige markedsføringen bør opphøre snarest. Dette kan være aktuelt dersom markedsføringen er spesielt villedende, og dersom markedsføringen skjer på en måte som når frem til et større antall forbrukere.²⁸

Dersom meklingen ikke resulterer i frivillig ordning, kan saken sendes videre til Markedsrådet, jf. mfl. § 35 tredje ledd. Markedsrådet har kompetanse til å fatte vedtak som opplistet i mfl. 39.

4.2 FORSLAG TIL ENDRING AV HÅNDHEVINGSREGLENE

Etter prop. 93 L (2016-2017) Endringer i markedsføringsloven og angrerettloven (håndhevingsreglene) av 5. april 2017 er det nå lagt frem forslag om endring av håndhevingsreglene for disse lovene.²⁹ I hovedsak går forslaget ut på å gi Forbrukerombudet utvidet vedtakskompetanse, med den hensikt at dette skal gi en fortgang i forvaltningsprosessen. Dette vil kunne virke preventivt i form av at næringen vet at sanksjoner kan medfølge raskere enn etter nåtidens regulering.

Videre vil dette kunne fungere en som en rettssikkerhet for den jevne forbruker ettersom håndhevingsapparatet vil kunne bli mer effektivt. Effektive regler gjør at markedsføring som kan være til skade for forbrukeren blir reagert mot raskere, og dermed har et mindre skadeomfang.

5 SAKER FRA UNDERRETTSPRAKSIS OG HVORDAN HENSYNET TIL FORBRUKERE VIRKER INN PÅ TERSKELEN FOR Å SANKSJONERE

5.1 PRAKTISERES HÅNDHEVINGSREGLENE LIKT I LIKE TILFELLER

For å danne et helhetlig bilde av de lovbestemte rammene for markedsføring av alternativ behandling er det hensiktsmessig å se nærmere på forvaltningens kontroll av bransjen. Sagt på en annen måte vil en fremstilling av håndhevingen av reglene kanskje bidra til å klargjøre hvordan reglene vurderes i praksis. Som nevnt er lovens formål å beskytte forbrukeren mot villedende reklame, men det er opp til Forbrukerombudet selv å vurdere om forbrukerens behov for beskyttelse gjør seg gjeldende i tilstrekkelig grad til å gripe inn i det enkelte

²⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) kap. 7

²⁹ Prop.93 L (2016-2017)

tilfellet. Når forvaltningen tillegges en så selvstendig vurderingsevne, og når organet har kompetanse til å nedprioritere saker om alternativ behandling dersom den totale saksmengden gjør at ressursene ikke strekker til, legges det kanskje opp til forskjellsbehandling av like saker. Ut fra grunnleggende rettslige prinsipper om ensartet behandling av like saker kan en slik ordning være problematisk. Det kan være vanskelig for den enkelte behandler å forutse sin rettsstilling, samt at tillitten til forvaltningen kan svekkes.

Spørsmålet i det følgende er om saker fra underrettspraksis viser at praktiseringen av håndhevingsreglene er ensartet, eller om like saker i realiteten behandles ulikt. Det sentrale momentet i den videre drøftelsen vil være forvaltningens vurdering av forbrukerens behov for beskyttelse ettersom dette er inngangsvilkåret for håndhevingsreglene. Som del av dette må forbrukerbegrepet innen alternativ behandling vurderes, samt om rettskildene oppstiller en generell terskel for sanksjonering i enkeltsaker.

5.2 AV HENSYN TIL FORBRUKERE

Etter markedsføringsloven § 34 annet ledd og forskrift om markedsføring av alternativ behandling av sykdom § 6, skal Forbrukerombudet føre kontroll med blant annet markedsføring av alternativ behandling ut fra «hensynet til forbrukere». Etter ordlyden er det naturlig å tolke dette som et krav om at forvaltningen setter forbrukeren først.

Etter forarbeidene til markedsføringsloven skal dette tolkes som «de kollektive forbrukerinteressene, dvs. hensynet til forbrukerfellesskapet som sådan». Med dette siktes det til at vurderingen ikke skal ta utgangspunkt i individuelle behov hos den enkelte forbruker, men derimot allmenne behov som kan sies å gjelde for en forbrukergruppe generelt.³⁰

5.2.1 HVILKE SPESIELLE BEHOV HAR FORBRUKERE AV ALTERNATIV BEHANDLING

Her er det naturlig å se hen til forbrukerbegrepet og hvordan dette generelt vurderes innen forbrukerlovgivning. Markedsføringsloven § 5 om definisjoner oppstiller den generelle tolkingen av forbrukerbegrepet som en «fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet». Når forvaltningen skal føre kontroll med alternativbransjen blir likevel vurderingen basert på den gjennomsnittlige forbrukers behov.³¹ Her vil den alminnelig opplyste, tilstrekkelig oppmerksomme og fornuftige gjennomsnittsforbruker være veiledende for vurderingen.³² Overfører man denne standarden til regulering av alternativ behandling vil dette innebære at man stiller noen krav til forbrukeren selv, i form av at gjennomsnittsforbrukeren ikke velvillig lar seg lure til å tro på alle effektpåstander som markedsføres i denne sammenheng. For at gjennomsnittsforbrukeren skal klare å skille mellom troverdig og lite troverdig helse relatert informasjon, forutsettes det at den generelle forbruker har en viss forståelse av hva alternativ behandling er, herunder at det

³⁰ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2015) s. 280

³¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) kap. 1

³² Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2015) s. 64

er snakk om behandlingsformer som ikke kan vise til dokumenterbar effekt. En slik allmenn kunnskap er det derimot ikke sikkert at man kan forvente i samfunnet generelt.

Problemet avløses ved at man i enkelte tilfeller vil måtte ta utgangspunkt i en spesifikk forbrukergruppe, dersom man finner at en slik gruppe er klart nok definert og markedsføringen klart nok retter seg mot et bestemt marked. I så fall vil den gjennomsnittlige forbruker innad i denne gruppen være grunnlag for vurderingen.³³ Selv om antallet personer som kan regnes som forbrukere av alternativ behandling er høyt, har de likevel ofte det fellestrekk at de befinner seg i en sårbar situasjon. Med dette kan man segregere forbrukergruppen, og konkludere med at det er snakk om en gruppe som lett vil ha behov for ekstra beskyttelse mot villedende markedsføring. Dette spesielle behovet for beskyttelse påpekes både i forarbeider til lov om alternativ behandling og forskriften.

Det må antas at denne forbrukergruppens spesielle behov gjenspeiles i vurderingen av «hensynet til forbrukere» når forvaltningen håndhever reglene på dette området. Dette medfører kanskje at markedsføring som generelt ville vært ansett som lovlig markedsføring, likevel blir ulovlig sett ut fra forbrukergruppens behov. Forbrukerhensynet som gjør seg gjeldende her tilsier at terskelen for å håndheve reglene ved ulovlig markedsføring av alternativ behandling burde være lav.

5.2.2 OPPSTILLER LOV ELLER FORSKRIFT EN GENERELL FORSÅELSE AV «HENSYNET TIL FORBRUKERE»?

Lov om alternativ behandling og tilhørende forskrift drøfter «hensynet til forbrukere» enkelte steder, men ikke på en slik måte at det er mulig å oppstille en generell, lovfestet terskel for hvordan forvaltningen skal vurdere dette. Med dette er terskelen for å sanksjonere i enkeltsaker ikke definert i lov, hvilket i teorien åpner for ulik behandling av like saker.

Forvaltningens kompetanse til å bestemme hvilke saker de selv finner hensiktsmessig å realitetsbehandle følger av ordlyden i markedsføringsloven § 34 andre ledd. Ordlyden er bevisst utformet slik av lovgiver for at Forbrukerombudet selv skal ha et stort spillerom for denne vurderingen. Dette kan forklares med rene ressurs-hensyn; Forbrukerombudet behandler et så stort omfang saker per år at det blir helt nødvendig å foreta visse prioriteringer. Med andre ord vil Forbrukerombudet kunne definere terskelen for håndheving ut fra det som virker mest hensiktsmessig i forhold til ressursbruk.³⁴ Den konkrete prioriteringen av ressursene bestemmer Forbrukerombudet årlig, og publiserer dette i «Agenda».³⁵ Denne fastsettelsen av prioriterte områder setter standarden for hvilke saker Forbrukerombudet prioriterer til fordel for andre klager som mottas, men det er likevel ikke til hinder for at Forbrukerombudet kan velge å realitetsbehandle en sak som ikke omfattes av satsningsområdet dersom de finner at hensynet til forbrukere tilsier det.

Med dette vil det være årlige variasjoner med hensyn til hvilke klager som blir realitetsbehandlet, og som en konsekvens av det vil det heller ikke være mulig å oppstille

³³ *ibid*

³⁴ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2015) s. 281

³⁵ Forbrukerombudet. (2017). Agenda 2017. Hentet fra <https://forbrukerombudet.no>

en generell terskel for når Forbrukerombudet behandler klager på alternativ behandling. I det følgende vil likevel noen saker som har blitt behandlet av Forbrukerombudet, og senere Markedsrådet, bli gjennomgått for å se nærmere på forvaltningens vurdering av forbrukerhensynet i de enkelte tilfellene.

5.3 MR-2011-1447 OM TITTELBRUK

I sak MR-2011-1447 behandlet Markedsrådet en klage på Forbrukerombudets nedprioritering av klage på healer Tom Olsens tittelbruk, nærmere bestemt bruken av «Reg. off. godkjent HEALER MDNH» i markedsføringen av sin virksomhet. En slik tittelbruk er etter gjeldende regler ikke tillatt ettersom det lett kan villedde forbrukere til å tro at vedkommende er tildelt et statlig form for godkjenning. Tittelen ble brukt på et skilt som sto i vinduet på det stedet han drev behandling, samt på visittkortene hans. Med andre ord må antallet forbrukere som så denne markedsføringen ha vært ganske begrenset sammenliknet med eksempelvis markedsføring som skjer over nett eller ved postreklame. Sånn sett kunne man tro at hensynet til forbrukere ikke gjorde seg like sterkt gjeldende for dette tilfellet, ettersom skadepotensialet må ha være noe begrenset.

Likevel ble Forbrukerombudet pålagt å realitetsbehandle saken etter behandling i Markedsrådet. Dette til tross for at alternativ behandling ikke var den del av det fastsatte satsningsområdet for Forbrukerombudet det aktuelle året. Saken er sånn sett spesiell ettersom Markedsrådet sjeldent overprøver Forbrukerombudets nedprioritering av klager. I saken uttalte Markedsrådet at hensynet til forbrukeren gjorde seg spesielt sterkt gjeldende ved markedsføring av alternativ behandling, og at kommunen hvor healeren holdt til hadde mottatt flere klager på saken. Sistnevnte kan gjerne forklare overprøvingen.³⁶

5.4 MR-2016-1270 OM HOMEOPATISK BEHANDLING AV ROSACEA

Saken gjaldt klage på Forbrukerombudets nedprioritering av markedsføring av homeopatisk behandling av sykdommen rosacea. Healeren hadde på sin hjemmeside markedsført at behandlingen hadde en effekt på sykdommen. Markedsrådet sa seg i dette tilfellet enig i Forbrukerombudets vurdering av saken, og mente at forbrukerombudet ikke gjorde seg sterkt nok gjeldende for å kreve realitetsbehandling.³⁷

Generelt kan det tenkes at antallet forbrukere som eventuelt ser markedsføringen vil være relevant for vurderingen av forbrukerhensynet. Her er det snakk om markedsføring over internett, og antallet forbrukere som eksponeres er potensielt sett svært høy. Dette later ikke til å ha blitt drøftet i saken.

Det kan virke som om antallet klager Forbrukerombudet mottok har vært avgjørende her ettersom det kun er snakk om en klager.

5.5 MR-2014-1115 OM LASERKLINIKKEN ANNE HARILA UK

³⁶ MR-2011-1447

³⁷ MR-2016-1270

Markedsrådet fattet i 2014 vedtak om å forby Laserklinikken Anne Harila UK (heretter Laserklinikken) og daglig leder Anne Harila å markedsføre laserbehandling på en måte som stred mot lov om alternativ behandling og tilhørende forskrift. Forbrukerombudet hadde under en kontrollaksjon i 2012 funnet en rekke brudd på markedsføringsreglene, herunder bruk av effektpåstander, henvisninger til autorative kilder slik som tidligere fornøyde kunder og forskningsartikler. Lovbruddene ble av Markedsrådet beskrevet som omfattende.³⁸

Saken, som endte med vedtak om forbud mot markedsføring som inneholdt effektpåstander mm., er i seg selv ikke eksepsjonell i sitt innhold. Det som likevel er interessant med denne saken er tidsaspektet fra første kontakt mellom forvaltningen og Laserklinikken, frem til Markedsrådets forbudsvedtak nesten to år senere. Saken er på denne måten et eksempel på hvor langtekkelig en prosess som dette kan bli i forvaltningsapparatet. Det kan derfor være av interesse å nærmere på hvordan forvaltningen vokter forbrukerhensynet opp mot kravet til forsvarlig saksbehandling, kontradiksjon og andre sentrale hensyn som er viktige for Laserklinikken Anne Harila. Spørsmålet er om det allmenne forbrukerhensynet har blitt tilstrekkelig ivaretatt ved behandlingen av denne saken.

For å ta stilling til dette kreves det først en gjennomgang av sakens forløp i forvaltningen.

Forbrukerombudet var i kontakt med Laserklinikken og Anne Harila for første gang allerede i 2006 i sammenheng med en kontrollaksjon angående markedsføring innen alternativbransjen. Også den gangen fant Forbrukerombudet flere lovbrudd ved markedsføringen, og informerte Laserklinikken om dette. Laserklinikken responderte ved å innrette seg etter Forbrukerombudets anbefalinger, og saken ble avsluttet.

Da Forbrukerombudet, sammen med Statens helsetilsyn, gjennomførte en ny kontrollaksjon i 2012 fant de nye, liknende brudd på markedsføringsreglene både på hjemmesiden og facebook-siden til Laserklinikken.

Ifølge saksdokumentet publisert på Markedsrådets sider, skjer den første brevvekslingen mellom Laserklinikken og Forbrukerombudet den 22. januar 2013. Her blir Laserklinikken informert om alle lovbrudd Forbrukerombudet har funnet på nettsidene deres, og selskapet blir også bedt om å fjerne den ulovlige markedsføringen. Laserklinikken svarer med at klinikken ikke er å anse som alternativ behandling, og den ulovlige markedsføringen er fortsatt å finne på nettsidene deres.

I tiden som følger sender Forbrukerombudet flere brev til Laserklinikken hvor det igjen bes om at den ulovlige markedsføringen fjernes, uten at dette skjer. Forbrukerombudet sender ved to anledninger varsel om at de vil nedlegge forbudsvedtak mot selskapet, men ut fra dokumentene som er tilgjengelig på Markedsrådets nettsider blir slikt vedtak aldri vedtatt. Ombudet sender også varsel om at saken vil overføres til Markedsrådet ved flere anledninger, men dette skjer først fire måneder etter første varsel, til tross for at enda flere brudd på markedsføringsreglene avdekkes i løpet av juni måned.

³⁸ MR-2014-1115

Ifølge saksdokumentene skal det altså gå nesten to år fra første kontakt mellom forvaltningen, og vedtaket i Markedsrådet fattes. Markedsrådet påker i sine anførsler at kontakten og veiledningen fra Forbrukerombudet til Laserklinikken har vært omfattende.

Hele tiden er altså markedsføringen for Laserklinikken tilgjengelig for allmenheten og forbrukerne via selskapets nettsider. Man må regne med at markedsføringen sees og leses av en stor gruppe forbrukere ettersom markedsføringen skjer via internettsider og sosiale medier. I saksdokumentet nevnes det at Facebook-siden til selskapet har 258 432 såkalte likerklikk, noe som må regnes som en relativt høyt tall for en alternativ behandler. Forbrukernes behov for beskyttelse gjør seg med dette gjeldende i høyeste grad.

5.4.1 HVORFOR BENYTTET IKKE FORBRUKEROMBUDET MARKEDSFØRINGSLOVEN § 37?

Etter mfl. § 37 har Forbrukerombudet kompetanse til å fatte vedtak som nevnt i mfl. § 39 dersom det vil medføre «ulempe eller skadevirkning» å vente til Markedsrådet behandler saken og fatter vedtak.

Etter forarbeidene presenteres dette som en unntaksregel, men i praksis er det Forbrukerombudet som treffer de fleste vedtak i første omgang.³⁹ Dette begrunnes nettopp med at hensynet til forbrukerne kan kreve at en rask reaksjon er nødvendig i noen tilfeller.

Det presiseres ikke i § 37 eller i forarbeidene hvem eller hva en utsettelse skal være til ulempe eller skade for, men ettersom Forbrukerombudet skal fatte vedtak av «hensyn til forbrukere» jf. § 34 andre ledd, er det nærliggende å tro at vilkårene i § 37 første ledd handler om forbrukere som subjekt.⁴⁰

Etter naturlig språkforståelse vil «ulempe eller skadevirkning» relatere seg til situasjoner hvor forbrukerens interesser ikke er ivaretatt, og situasjoner der forbrukeren villedes til å kjøpe en tjeneste eller et produkt som ikke holder den stand som markedsføringen tilsier. Spørsmålet er derfor om det vil medføre skade eller ulempe for forbrukerne å ikke fatte hastevedtak med hjemmel i § 37.

Ifølge forarbeider til § 37 var bestemmelsen først og fremst ment å benyttes ved markedsføring som hadde en begrenset varighet, og som derfor skapte behov for en rask reaksjon. Forarbeidene nevner avisannonsering eller promosjonsstiltak som eksempler. Laserklinikken markedsføring ble ikke beskrevet som midlertidige tiltak eller annonseringer, og dette kan kanskje være begrunnelsen for at ombudet ikke benyttet § 37 i dette tilfellet. På den annen side påpekes det i forarbeidene at hensynet til forbrukerne er kjernen i bestemmelsen også her.

I tillegg kan Forbrukerombudet fatte vedtak dersom de finner at Markedsrådet har truffet vedtak i tilsvarende sak før jf. § 37 andre ledd. Som nevnt første Forbrukerombudet en sak mot Laserklinikken noen år tidligere. I saken fra 2014 ble de markedsføringsrettslige bruddene beskrevet som tilsvarende de brudd som ble påvist under kontrollaksjonen i 2006. Slikt vedtak ble heller ikke truffet i denne saken.

³⁹ Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2015) s. 287.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) kap. 7

Spørsmålet om hvorfor Forbrukerombudet ikke benyttet seg av vedtakskompetansen etter § 37 fremstår uklart i dette tilfellet.

Avsluttende må saksgangen i MR-2014-1115 beskrives som langvarig og lite effektiv. Ifølge saksdokumentene later det til at dette er en følge av at forvaltningen i stor grad tok hensyn til Laserklinikkenes behov for utsettelse og generelle behov for forsvarlig saksbehandling i form av gjentatte varslinger og kontradiksjon. Forbrukerens behov blir ikke nevnt som en pådriver for å få fortgang i saken, til tross for at beskyttelsesbehovet må ha gjort seg gjeldende sett ut fra markedsføringens art og omfang. Det later til at forvaltningen har praktisert en høy terskel for å gjennomføre sanksjoner i dette tilfellet.

5.6 MR-2015-1837 OM LASERKLINIKKEN ANNE HARILA UK SIN KLAGE PÅ VEDTAK OM TVANGSMULKT

I 2015 klaget Anne Harila UK og daglig leder Anna Harila (heretter klagefelleskapet) på Forbrukerombudets vedtak av 2014 om betaling av tvangsmulkt (MR-2014-1115). Grunnlaget for vedtaket av 2015 var gjentatte brudd på markedsføringsreglene for alternativ behandling, samt markedsføring som er i strid med det vedtaket Markedsrådet fattet i 2015 påbudsvedtak om betaling av tvangsmulkt på grunn av gjentatte brudd på markedsføringsreglene, samt markedsføring som var i strid med vedtaket som Forbrukerombudet fattet i 2014.⁴¹

Av de forvaltningssakene som omhandler vedtak om tvangsmulkt for brudd på markedsføringsreglene, og som er tilgjengelige på nettet, later denne til å være den eneste. Det er med andre ord ingen andre alternative behandlere som har blitt pålagt å betale bot for sine brudd på alternativloven § 8 sjetten ledd.

Sett sammen med det høye antallet brudd på markedsføringsreglene innen alternativbransjen, kan denne praksisen fremstå som lite effektivt og lite preventivt. Slik loverket er i dag, og slik Forbrukerombudet behandler sakene, kan alternativbransjen lett få det inntrykk at terskelen for at det gjennomføres merkbare sanksjoner er høy. Sagt på en annen måte kan en alternativ behandler oppleve det som lønnsomt å markedsføre seg på en måte som strider mot markedsføringsreglene, ettersom hun kan øke omsetning og kundeantall uten å frykte noen reell økonomisk konsekvens før saken versert i forvaltningen gjennom en lengre tid.

Det kan være grunn til å spørre om et slikt system er hensiktsmessig, eller om forvaltningspraksisen burde vært mer handlingsorientert i form av at terskelen for å pålegge tvangsmulker burde være lavere.

5.7 MR-2009-1250 OM SHAKTI SPIKRMATTER

⁴¹ MR-2015-1837

I MR-2009-1250 behandlet Markedsrådet en klage på Forbrukerombudets nedprioritering av å realitetsbehandle Shakti-spikermatter og eventuelle effektpåstander brukt i markedsføringen for dette.

Forbrukerombudet anførte for Markedsrådet at ombudet har et høyt antall saker til behandling, og at de derfor er tvunget til å foreta en prioritering ut fra hensyn til forbrukerne.⁴² Ombudet mente at forbrukerhensynet ikke gjorde seg sterkt nok gjeldende til å prioritere behandling av denne saken på bekostning av andre aktuelle saker. I tillegg ble det nevnt at spikermatter i realiteten er å regne som et produkt, ingen tjeneste innen alternativ behandling, hvilket gjorde at saken falt noe på siden av Forbrukerombudets satsningsområde for året 2009.

Siden denne saken ikke nevner noe om hvor markedsføringen skjedde, blir det vanskelig å uttale seg om behovet for forbrukerbeskyttelsen. Som hovedregel kan man tenke seg at dersom en større forbrukergruppe ser markedsføringen så bør hensynet til forbrukerne tale for at saken prioriteres. Saken gir med andre ord liten veiledning når man skal undersøke hvordan forvaltningen vurderte forbrukerhensynet her.

5.8 MR-2005-13 OM INSTITUTT FOR DET INDRE TANKESPILLET

I MR-2005-13 fattet Markedsrådet vedtak om å forby Institutt for Det Indre Tankespillet AS og Mats J. Uldal å markedsføre tankefeltterapi på sine nettsider. Markedsrådet fant at det hadde blitt benyttet en rekke effektpåstander i markedsføringen, samt henvisninger til autoritative kilder slik som tidligere kunder som anbefalte behandlingen og diverse forskningsartikler. Samlet sett var det altså flere til dels alvorlige brudd på markedsføringsreglene.⁴³

Markedsrådet fattet vedtak om at innklagede måtte fjerne den ulovlige markedsføringen fra nettsiden sin. I dette tilfellet fant altså forvaltningen at forbrukerhensynet gjorde seg sterkt nok gjeldende til å fatte forbudsvedtak.

5.9 AVSLUTTENDE KOMMENTAR OM FORVALTNINGENS PRAKTISERING AV HÅNDHEVINGSREGLENE

Sammenfattet kan det ikke sies at forvaltningen vurderer hensynet til forbrukere etter en generell standard. Som nevnt innledningsvis vil det finnes klare forskjeller med tanke på realitetsbehandling av enkelte klager ut fra ressurs-hensyn. Dette gir også føringer for at like saker ikke nødvendigvis behandles likt i forvaltningsapparatet, noe som kan stride mot grunnleggende juridiske prinsipper. Det blir også svært vanskelig for den enkelte alternative behandler å forutse sin rettsstilling under slike forhold. I tillegg vil tillitten til forvaltningen muligens svekkes noe dersom en alternativ behandler opplever å bli behandlet forskjellig fra den neste.

Håndhevingsreglene kan også ha en preventiv funksjon i form av at faktiske reaksjoner sender signal til næringsdrivende om at brudd på markedsføringsreglene ikke skal lønne

⁴² MR-2009-1250

⁴³ MR-2005-13

seg. Når forvaltningen ikke har en ensartet praksis for sanksjoner vil dette kunne legge føringer for at behandlere kan «satse på» at saksomfanget i forvaltningen er så omfattende at eventuelle klager blir nedprioritert.

Sammenfattet er det flere momenter som er problematiske her, men på den annen side er det muligens vanskelig å avhjelpe situasjonen ettersom forvaltningen nettopp ikke har ubegrenset med ressurser. På den annen side vil kanskje forslag til endring av håndhevingsreglene som nevnt i punkt 4.3 ha positive effekter i form av mer effektiv saksbehandling, dersom forslaget blir vedtatt.

Et annet viktig moment her er Forbrukerombudets satsningsområde for 2017. I «Agenda», Forbrukerombudets årlige publikasjon av aktuelle satsningsområder, nevnes spesielt kontroll med alternativ behandling som et viktig tema som skal prioriteres. Forbrukerombudet påker her at bruken har økt i betydelig grad de senere årene, og at det derfor er ønskelig med økt kontroll. I tiden fremover vil vi kanskje se flere klager og flere realitetsbehandlinger på dette området, noe som igjen kan bidra til å klargjøre rettstilstanden på området.⁴⁴

6 Registerordningen

6.1 HENSYNET BAK REGISTERORDNINGEN

Etter lov om alternativ behandling § 3 kan personer som utøver alternativ behandling, enten de er helsepersonell eller alternative behandlere, frivillig registrere seg i offentlig register for alternativ behandling. Etter tilhørende forskrift om frivillig registerordning for utøvere av alternativ behandling av 11. desember 2003 må en rekke krav være oppfylt for å få slik godkjenning: blant annet må man være registrert medlem av en utøverorganisasjon som er godkjent.

Hensikten med denne registerordningen er ifølge forarbeidene til § 3 å skape et tydeligere skille mellom de seriøse og mindre seriøse utøverne.⁴⁵ Riktignok er det ikke nødvendigvis snakk om et register over faglig seriøse utøvere, men snarere et register over utøvere som oppfyller krav til seriøsitet, yrkesetiske retningslinjer, ordninger for klageadgang og liknende. Sammenfattet skal registeret kunne gi forbrukeren oversikt over hvilke alternative utøvere som praktiserer under organiserte og mer kontrollerte former, noe som klart nok kan fungere som en sikkerhet for forbrukeren. Ved å føre et offentlig register over behandlere vil forbrukeren også ha bedre forutsetning for å gjøre et gjennomtenkt valg ved kjøp av tjenestene.

I Aarbakke-utvalgets utredning (NOU 1998:21) ble det fremstilt som problematisk, forut for registerordningen, at antallet alternative behandlere og utøverorganisasjoner var svært høyt og uoversiktlig.⁴⁶ Dette kunne medføre at alternative behandlere som markedsførte og utøvde samme tjeneste, eksempelvis homeopati, hadde store variasjoner i måten de utførte arbeidet deres på. Dette kunne igjen bidra til å gjøre markedet lite oversiktlig og

⁴⁴ Forbrukerombudet. (2017). Agenda 2017. Hentet fra <https://forbrukerombudet.no>

⁴⁵ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003)

⁴⁶ NOU 1998:21 s. 305

uforutsigbart for forbrukeren. Ved å føre en slik registerordning som blir gjort i dag blir praksisen hos alternative behandlere i større grad samkjørt ettersom de opererer under de samme retningslinjene innad i hver sin organisasjon. Dette gjør markedet mer ensartet og samtidig lettere å kontrollere, noe som må karakteriseres som en positiv side ved registerordningen.

6.2 ER REGISTERORDNINGEN EN FORDEL FOR FORBRUKEN

Selv om registerordningen medfører mange positive elementer til alternativbransjen, spesielt i form av etiske retningslinjer og klageordninger, kan det tenkes at registerordningen også sender forbrukeren et noe feilaktig signal om at den faglige kvaliteten hos registrerte utøvere er høyere, og derav en kvalitetssikrer tilbyderen. Registerordningen forutsetter i en viss grad at forbrukeren selv er klar over at vilkårene for registrering ikke relaterer seg til faglig eller forskningsmessig kvalitet, men snarere mer generelle organiseringsformer. Spørsmålet er om en slik kunnskap er naturlig å forvente hos forbrukeren, eller om den jevne forbruker oppfatter en slik registrering som et faglig kvalitetsstempel.

Her er det naturlig å se tilbake til drøftelsen av forbrukerbegrepet nevnt over, og de spesielle behov som gjør seg gjeldende for forbrukere av alternativ behandling. Ettersom forbrukergruppen i stor grad består av syke eller sykelige personer som befinner seg i en desperat situasjon, er det naturlig å tenke at den jevne forbruker i denne gruppen vil være lett påvirkelig hva angår markedsføring av registreringer i offentlig opprettede registre. Det er kanskje ingen selvfølge at den jevne forbruker forstår at dette er en helt annen form for offentlig registrering enn eksempelvis registrerte helsearbeidere eller lisenser for leger. Offentlige registre har et naturlig autorativt preg over seg, og dersom dette brukes som del av markedsføringen vil det muligens oppmuntre forbrukeren til å kjøpe tjenester hos en alternativ behandler. Så lenge verken markedsføringen eller behandlingsformen som utøves er lovstridig er dette riktignok ikke et problem, men det kan tenkes at ordningen bidrar til økt bruk av behandlingsformer som ikke har dokumenterbar effekt. Hvorvidt dette er samfunnsmessig ønskelig er det nok delte meninger om, og det har ikke vært mulig å finne relevante kilder som har problematisert spørsmålet videre.

Sammenfattet må nok likevel registerordningen kunne karakteriseres som et positivt tilskudd for forbrukeren ettersom det blir lettere å kontrollere utøverorganisasjonene, samt at de enkelte behandlerne plikter å oppfylle krav til etiske retningslinjer og liknende. Beskyttelsen av forbrukeren har antagelig blitt sterkere etter at ordningen ble innført.

7 Nabolands lovgivning

7.1 INNLEDNING

I denne delen vil det bli gjort en kort fremstilling av Sveriges og Danmarks regulering av alternativ behandling. Målet er å kartlegge eventuelle forskjeller i lovreguleringen av markedsføringsreglene for denne bransjen, spesielt om forbrukerens behov for beskyttelse vurderes likt.

Det kunne vært interessant å forsøke å klarlegge hvilken form for regulering som er mest effektivt i form av et sterkt forbrukervern og lav forekomst av villedende markedsføring. En slik sammenlikning er likevel vanskelig å gjennomføre uten at man får full oversikt over rettspraksis og underrettspraksis i hvert enkelt land, samt informasjon om hvor utstrakt bruken av alternativ behandling er. Dette er et for omfattende arbeide for denne oppgaven, og jeg vil derfor kun gi en kort oversikt over lovreguleringen i Sverige og Danmark slik den er i dag.

7.2 SVERIGE

Sveriges har, til forskjell fra Norge, ingen egen lov om alternativ behandling. Det er Hälso- och sjukvårdslagen og Patientsäkerhetslagen som regulerer helserelaterte spørsmål, men disse lovene omfatter utelukkende «helsearbeidere», hvilket gjør at alternative behandlere faller utenfor lovenes virkeområde.

Begrunnelsen for dette er at helsearbeidere kun skal utføre behandling som i tilstrekkelig grad har dokumenterbar effekt. Slik sett har Norge og Sverige tilsvarende definisjon av alternativ behandling.⁴⁷

Ettersom alternativ behandling verken reguleres av en egen lov eller er omfattet av lovene som er nevnt over, finnes der heller ingen spesifikk bestemmelse om markedsføring av alternativ behandling i Sverige. Dette medfører at spørsmålet må bli regulert etter Sveriges lov om markedsføring. Etter denne loven er det, på lik linje med norsk regulering, et forbud mot villedende markedsføring etter lovens § 8, herunder et forbud mot å markedsføre effektpåstander man ikke har dokumenterbar dekning for. Med dette er det altså ikke et lovfestet forbrukervern som gjør seg spesielt gjeldende for denne forbrukergruppen, slik som i Norge.

7.3 DANMARK

På lik linje med Sverige, har heller ikke Danmark en egen lov som spesifikt regulerer alternativ behandling. Sundhedsloven regulerer i hovedsak helsepersonells virksomhet. Hvem som er å regne som autorisert helsepersonell følger av lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed. Denne loven åpner også for at andre enn autorisert helsepersonell kan behandle personer som ikke har alvorlig eller smittsom sykdom, og under forutsetning om at behandlingen er forsvarlig jf. § 26.

Ingen av de overfor nevnte lover har bestemmelser om markedsføring, og den danske lov om markedsføring må dermed gjøre seg gjeldende for spørsmål vedrørende markedsføring alternativ behandling. Lov om markedsføring inneholder, på lik linje med den norske markedsføringsloven, bestemmelser som forbyr villedende markedsføring jf. § 3. Etter

⁴⁷ Nafkam. Sweden. Hentet fra <http://nafkam-camregulation.uit.no>

bestemmelsens stk. 3 skal påstander som fremsettes i markedsføringen kunne dokumenteres. Dette må medføre at markedsføring av alternativ behandling som ikke kan dokumenteres, heller ikke tillates. Etter søk i relevante kilder har det ikke vært mulig å finne bestemmelser i lov som gir forbrukeren spesielt vern mot villedende markedsføring av alternativ behandling.⁴⁸

7.4 EN AVSLUTTENDE SAMMENLINKNING

Oppsummert er lovgivningen i Sverige og Danmark nokså forskjellige fra den norske i form av at Norge later til å ha et større fokus på forbrukerbeskyttelse, og lovbestemte begrensninger i markedsføring av alternativ behandling. Ut fra en norsk tankegang er det kanskje problematisk at man ikke lovfester slike begrensninger i adgangen til å markedsføre behandling utenfor ordinær helsetjeneste, og det kan tenkes at forbrukeren oftere utsettes for villedende markedsføring. På den annen side er det et lovfestet forbud mot villedende markedsføring både i Sverige og Danmark, og det stilles med dette krav til at alternative behandlere skal kunne dokumentere påstandene i markedsføringen sin.

Hvorvidt den norske reguleringen som setter krav til «nøktern og saklig» markedsføring er mer hensiktsmessig enn den Svenske og Danske reguleringen, er ikke lett å si uten en god oversikt over rettspraksis og underrettspraksis fra disse landene. Det kan likevel tenkes at den norske reguleringen medfører noen fordeler for forbrukeren ved å ha spesialbestemmelser for markedsføring av alternativ behandling. En slik regulering sender også et klart signal fra lovgiver til alternativbransjen om at markedsføringen ikke skal være villedende, noe som kan tenkes å ha en forebyggende effekt.

8 AVSLUTNING

Etter en gjennomgang av relevante lover, forarbeider og forskrifter, med det formål å klarlegge de lovfestede grensene for markedsføring av alternativ behandling, vil jeg påstå at grensene fremdeles fremstår som noe uklare i noen tilfeller. Lovens ordlyd er i seg selv vag og skjønnspreget, uten at forarbeidene gir tilstrekkelig nok veiledning om hvordan bestemmelsen skal vurderes i enkeltsaker. Forskriften om markedsføring av alternativ behandling bidrar til å klargjøre grensene noe, spesielt ved å oppstille eksempler på ord og uttrykk som er tillat. Likevel er det fremdeles flere gråsoner å finne her, dette gjelder spesielt de tilfellene der forskriften legger opp til en konkret helhetsvurdering i de enkelte tilfellene. Sett sammen med det ellers lite utfyllende rettskildebildet blir rammene for markedsføring av alternativ behandling vanskelig å tilnærme seg.

Som nevnt tidligere er uklare, juridiske grenser for markedsføringen problematisk sett ut fra legalitetsprinsippet, og det bidrar til en usikker rettstilstand for alternative utøvere og svekket beskyttelse av forbrukere.

Problemet med lovregulering av markedsføring av alternativ behandling er gjerne samspillet mellom en snever adgang til å markedsføre tjenester, sett sammen med

⁴⁸ Nafkam. Denmark. Hentet fra <http://nafkam-camregulation.uit.no>

mangfoldet av markedsføringsuttrykk og -former som reglene skal kunne subsumeres på. En streng regulering av ulikeartet markedsføring krever gjerne en svært omfattende regulering, spesielt ettersom vurderingen ofte er så spesifikk som bruk av enkelte ord eller uttrykk. Med dette kan det være vanskelig å oppstille en generell nok regel til å omfatte alle relevante tilfeller, uten at reglene blir nettopp skjønnspregede og noe uklare.

I tiden fremover vil gjerne forbrukerbeskyttelsen likevel bli bedre både ved mer effektive håndhevingsregler, og ved at Forbrukerombudet har alternativ behandling som del av satsningsområdet for 2017. Dersom flere klager på markedsføring av alternativ behandling blir behandlet i forvaltningen og rettsapparatet som følge av dette, vil kanskje rammene for markedsføring av alternativ behandling fremstå som noe mer klare med tiden.

9 LITTERATURLISTE

Litteratur

Befring, Anne Kjersti. *Lov om alternativ behandling – med kommentarer*. (Bergen 2005)

Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (Oslo 2015)

Lover og forskrifter

1999 1999 Lov om helsepersonell m.v. (hlspl.) 2. juli nr. 64

2003 2003 Lov om alternativ behandling av sykdom mv. (albhl.) 27. juni 2003 nr. 64

2009 2009 Lov om kontroll med markedsføringsloven og avtalevilkår mv. (mfl.) 9. januar 2009 nr. 2

FOR-2003-12-11-1500 Forskrift om frivillig registerordning for utøvere av alternativ behandling

FOR-2003-12-11-1501 Forskrift om markedsføring av alternativ behandling av sykdom

Forarbeider

NOU 1998:21 Alternativ medisin

Ot. prp. nr. 27 (2002-2003) Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.

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)

Markedsrådets vedtak

MR-2014-1115

MR-2005-13

MR-2011-1447

MR-2016-1270

MR-2015-1837

MR-2009-1250

Nettsider

SSB. (2010). Helse – flere velger alternativt. Hentet fra <http://ssb.no/helse/artikler-og-publikasjoner/helse-flere-velger-alternativt>

Forbrukerombudet. (2014). Etterlyser strengere kontroll av alternativ behandling. Hentet fra <https://forbrukerombudet.no/etterlyser-strengere-kontroll-alternativ-behandling>

Nettavisen. (2017). Keshe Foundation: - Vi kan kurere alle typer kreft. Hentet fra <http://www.nettavisen.no/na24/keshe-foundation---vi-kan-kurere-alle-typer-kreft/3423276474.html>

Marie Kringsrød-Olsen. (2017). Hentet fra <http://www.tv2.no/a/9023656/>

Forbrukerombudet. (2017). Agenda 2017. Hentet fra <https://forbrukerombudet.no/om-forbrukerombudet/agenda-2017>

Nafkam. Sweden. Hentet fra <http://nafkam-camregulation.uit.no/country/sweden/>

Nafkam. Denmark. Hentet fra <http://nafkam-camregulation.uit.no/country/denmark/>

Nordisk lovgivning

1982	1982 Hälsa-ochsjukvårdslagen 30. juni nr. 763
2010	2010 Patientsäkerhetslagen 17. juni nr. 659
2008	2008 Marknadsföringslagen 5. juni nr. 486
2016	2016 Sundhedsloven 24. september nr. 1188
2016	2016 Lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed 23. oktober nr. 1356