



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 14.03.2006

Saksnr.: 04-032400ASI-BORG/02

Dommere:

Førstelagmann
Lagdommer
Tingrettsdommer

Nils Erik Lie
Einar Kaspersen
Egil Berglund

Ankende part

Staten v/Barne- og
familiedepartementet

Advokat Ole Wetlesen
Borge

Ankemotpart

Østlandske Autoberging
ANS

Advokat Kjell Weiss-
Andersen

Saken gjelder gyldigheten av vedtak i Markedsrådet. Ved det aktuelle vedtak ble Østlandske Autoberging ANS forbudt å nytte avtalevilkår som innebærer tilbakeholdelse av fjernet kjøretøy inntil betaling av fjerningskostnader og/eller kontrollgebyr er utført.

Østlandske Autoberging v/ Trond Fagersand – hittil i saken feilaktig omtalt som Østlandske Autoberging ANS – utfører fjerning av feilparkerte biler på oppdrag fra Oslo kommune og private aktører. Fjernede biler blir parkert på firmaets opplagsplass og blir som hovedregel ikke utlevert til eieren før utgifter til fremmøte og tauing, lagerleie og kontrollavgift er betalt. Firmaet forestår inntauing av ca. 2 000 biler i året.

Saken har sitt utspring i at en forbruker som hadde fått fjernet en feilparkert bil fra en parkeringsplass på Vålerenga i Oslo, 4. mars 2003, var blitt avkrevet et samlet beløp på kr. 2 650 for å få bilen utlevert. Beløpet fordelte seg med kr. 927 for "Bogsering/Fremmøte/Assistanse", kr. 1000 i lagerleie, kr. 223 i merverdiavgift og kr. 500 i "Kontrollavgift/Begjæringsavgift". Inntauingen var foretatt av Romerike Kranservice på oppdrag fra Østlandske Autoberging, og fakturert av det sistnevnte selskap. Etter å ha betalt og fått bilen utlevert, tok forbrukeren opp spørsmålet om lovligheten av å utøve tilbakeholdsrett for de nevnte utgiftene, med Forbrukerombudet. Forbrukerombudet, som vurderte bruken av slik tilbakeholdsrett som et urimelig forretningsvilkår etter markedsføringsloven § 9a, forela saken for Markedsrådet etter forgjeves forsøk på å oppnå en frivillig ordning med firmaet.

Markedsrådet traff 6. november 2003 følgende vedtak i saken:

1. Med hjemmel i markedsføringsloven § 12, jf. § 9a, forbyr Markedsrådet Østlandske Autoberging ANS i næringsvirksomhet å nytte avtalevilkår som innebærer tilbakeholdelse av fjernet kjøretøy inntil betaling av fjerningskostnader og/eller kontrollgebyr er utført, eller å nytte avtalevilkår med tilsvarende innhold som vil begrense forbrukerens mulighet til å få tilgang til eller rådighet over eget kjøretøy etter foretatt fjerning.
2. Østlandske Autoberging ANS påbys å innrette seg i overensstemmelse med vedtakets punkt 1 senest med virkning fra 1. januar 2004.
3. Med hjemmel i markedsføringsloven § 16, jf. § 12, fastsetter Markedsrådet at dersom Østlandske Autoberging ANS overtrer eller medvirker til overtredelse av Markedsrådets vedtak, skal Østlandske Autoberging ANS betale kr 300.000,- i tvangsgebyr.

Østlandske Autoberging reiste deretter sak for Oslo tingrett om lovligheten av Markedsrådets vedtak. Det ble samtidig begjært midlertidig forføyning med krav om forbud mot iverksettelse av vedtaket.

Tingretten avsa 14. mai 2004 dom med slik domsslutning:

1. Markedsrådets vedtak i sak 12/03 av 6. november 2003 er ugyldig.

2. Staten v/ Barne- og familiedepartementet dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale til Østlandske Autobergning ANS saksomkostninger med 40 000 – førtitusen – kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende rente i henhold til lov om renter for forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.

Det ble samtidig avsagt kjennelse med slik slutning:

1. Østlandske Autobergning ANS gis medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning mot iverksettelse av punkt 2 og 3 i Markedsrådets vedtak i sak 12/03 av 6. november 2003.
2. Staten v/ Barne- og familiedepartementet dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale til Østlandske Autobergning ANS saksomkostninger med 10 000 – titusen – kroner.

Tingretten la til grunn at tilbakeholdsretten ikke var grunnlagt i avtale, og at Markedsrådet da ikke hadde hjemmel i markedsføringsloven § 9 a til å treffe vedtak i saken.

Staten v/ Barne- og familiedepartementet – nå Barne- og likestillingsdepartementet – har i rett tid anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett, og samtidig erklært kjæremål mot kjennelsen. Ankeforhandling er holdt i Oslo 31. januar og 1. februar 2006.

Lagmannsretten har mottatt forklaring fra to vitner. Partsrepresentasjonen og hva som har vært dokumentert fremgår av lagmannsrettens rettsbok. Saken står i det alt vesentlige i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten.

Anførslene fra den ankende part, staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet, kan sammenfattes slik:

Retten har i utgangspunktet full kompetanse til å prøve hvorvidt Markedsrådet har inngrepskompetanse.

Vurderingen av hvorvidt vilkårene i markedsføringsloven § 9a er til stede – nærmere bestemt om det foreligger et urimelig vilkår og hvorvidt allmenne hensyn i så fall tilsier forbud – omfattes derimot etter statens syn av forvaltningens frie skjønn og kan ikke overprøves av domstolene. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeider, og har også støtte i juridisk teori. Under enhver omstendighet bør domstolene utvise varsomhet med å overprøve Markedsrådet, som er et domstolslignende organ med særlig innsikt på det aktuelle område.

Markedsrådets inngrepskompetanse er feilvurdert av tingretten. Det er ikke noe vilkår for å bruke kompetansen etter markedsføringsloven § 9a at det er inngått en avtale.

Bestemmelsen kan også benyttes overfor ensidig fastsatte vilkår, så lenge disse er tenkt benyttet gjentatte ganger overfor forbrukere. Dette følger også av lovens ordlyd og forarbeider, og støttes av Markedsrådets egen praksis og juridisk teori. Reelle hensyn taler

også for dette. Det er særlig vist til at vilkåret er både tyngende og uventet, og at tingrettens tolking gir potensielle tilbydere av varer og tjenester til forbrukere en oppfordring til å holde inngripende kontraktsvilkår mest mulig skjult.

Subsidiært til dette er det anført at det i ethvert fall foreligger en avtale i markedsføringslovens forstand. Dagens avtalebegrep favner langt videre enn avtaler inngått i tråd med avtalelovens bestemmelser. I de tilfeller hvor inntauing skjer fra skiltede områder vil det i ethvert fall foreligge en form for avtale mellom forbrukeren og driveren av parkeringsplassen, og den siste kan ikke komme unna forbrukerbeskyttelsen ved å benytte kontraktsmedhjelpere til å forestå selve borttauingen.

Det er ikke korrekt at Markedsrådets vedtak er inngått på feilaktige faktiske forutsetninger. Det er korrekt at Sivilombudsmannens uttalelse fra 2000, hvor han har uttalt seg kritisk til inntauing uten å gi bileieren adgang til selv å fjerne bilen først, gjaldt inntauing fra offentlig parkeringsplass og ikke utøvelse av tilbakeholdsrett, men det fremgår direkte av vedtaket at dette har Markedsrådet vært oppmerksom på.

Markedsrådet viser også til den avtale som er inngått mellom Forbrukerombudet og de organisasjoner som de fleste private og offentlige parkeringsselskaper er tilsluttet, om standardvilkår for privat parkeringshåndhevelse. Det er ikke grunnlag for å hevde at Markedsrådet har misforstått når det har lagt til grunn at disse vilkårene vil få et bredt nedslagsfelt. Innen parkeringsbransjen har vilkårene fått betydelig utbredelse. At bare 1 % av all inntauing foretas på oppdrag fra parkeringsselskaper, slik det hevdes fra den annen side, er ikke dokumentert. Det fremgår i ethvert fall klart av vedtaket at Markedsrådet er klar over at fjerningsselskapene ikke er omfattet av disse vilkårene.

Om det allikevel skulle være slik at Markedsrådet har vurdert disse forholdene feil, dreier det seg ikke i noe fall om forutsetninger som har virket inn på vedtakets innhold.

Ved den nærmere vurdering av vilkårene i markedsføringsloven § 9a blir vurderingstemnet om vilkåret i sin alminnelighet er urimelig, uten at det skal tas hensyn til spesielle omstendigheter som kan inntreffe i enkelttilfeller. Det er heller ingen holdepunkter for at normen skal være spesielt streng i den foreliggende sak. Vedtaket har således virkning fremover, og blir dermed mindre inngripende enn de tilfeller der hvor lovgivningen sensurerer bestående avtaler.

At rettsordenen i en viss utstrekning aksepterer ulovfestet tilbakeholdsrett, er på det rene. I tillegg til besittelseskrevet, som er oppfylt i den foreliggende sak, selv om dette har skjedd ved selvtekt, må det stilles et krav til konneksitet mellom det forhold som påberopes som grunnlag for kravet og selve kravet, og det må være forholdsmessighet mellom kravet og det press som øves på debitor for å få det oppfylt.

I den foreliggende sak kan det i beste fall dreie seg om avledet konneksitet, idet fjerningsselskapet i utgangspunktet ikke har noe krav overfor bileieren, som blir påtvunget en debitorposisjon i dette forholdet. Det dreier seg heller ikke om noen økning av gjenstandens verdi på kreditors hånd eller om tilbakeholdelse til sikkerhet for erstatningskrav som følge av skadevoldende handlinger. Konneksitetskravet er derfor ikke oppfylt.

Det er heller ikke samsvar mellom kravet og de ulemper tilbakeholdelsen medfører. Det må legges vekt på at kreditorposisjonen er etablert ved selvtakt. Tilbakeholdelsen kan medføre uforholdsmessig store skader og ulemper. Bilen vil ha stor verdi i forhold til kravet, og debitor kan ha vektige innvendinger mot kreditors besittelse. Det dreier seg da om et utilbørlig oppfyllelsespress. Heller ikke vilkåret om samsvar mellom krav og ulemper er oppfylt.

Ved en eventuell konkret overprøvelse av Markedsrådets urimelighetsvurdering, kan det ikke trekkes paralleller til bestemmelsen i vegtrafikkloven § 37, som gir politi og kommune tilbakeholdsrett for påløpne utgifter til fjerning og oppbevaring av biler som er fjernet og tatt i forvaring med hjemmel i denne bestemmelsen. Her setter loven således klare vilkår for når biler kan fjernes. Det er offentlige tjenestemenn med nødvendig kompetanse som vurderer om vilkårene er oppfylt, og disse vil også foreta en nødvendighetsvurdering og regelmessig forsøke å varsle bileier. Det foreligger i disse tilfelle ikke noe økonomisk incentiv til å ta hånd om bilen.

Ellers har Forbrukerombudet og Markedsrådet pekt på de relevante momentene ved rimelighetsvurderingen. Det er vist til at det foreligger en klar ubalanse i forholdet. En ordning med tilbakeholdsrett snur også søksmåls- og bevisbyrden, idet det er forbrukeren som eventuelt må gå til sak for å få tilbake det beløp han er blitt avkrevet, samtidig som de fleste vil kvie seg for å gå til sak om et beløp av den aktuelle størrelsesorden. Det finnes alternative inndrivelsesmåter i form av ordinær inkasso og eventuelt tvangsfullbyrdelse. Forbrukeren har ingen mulighet til å innrette seg etter et vilkår som først opplyses i etterkant i de tilfellene hvor det ikke er varslet om borttauing ved skilting eller på annen måte. Fjerningsselskapene foretar ikke noe eget skjønn over hvorvidt vilkårene for borttauing er oppfylt, men utfører bare det oppdrag de får av rekvirenten. Noen klageordning er heller ikke etablert. Ved rimelighetsvurderingen må det også tillegges vekt at det mellom Forbrukerombudet og parkeringsselskapene er utarbeidet standardvilkår som ikke inneholder bestemmelser om tilbakeholdsrett.

Ved vurderingen av hvorvidt allmenne hensyn tilsier at forbud nedlegges må det legges vekt på at inntauing og etterfølgende påberopelse av tilbakeholdsrett foregår i betydelig omfang, og at det dreier seg vilkår som er ensidig fastsatt av den ene part. Noen risiko for kaos dersom fjerningsselskapene ikke lenger har tilbakeholdsrett, er det ikke.

Staten har etter dette nedlagt slik påstand:

1. Staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for lagmannsrett og tingrett med tillegg av lovens rente fra forfall og frem til betaling skjer.

Anførselene fra ankemotparten Østlandske Bilberging v/ Trond Fagersand kan sammenfattes slik:

Det aksepteres i utgangspunktet at Markedsrådets vurdering av hvorvidt inngrep etter markedsføringsloven § 9a tilsies av allmenne hensyn, ikke kan overprøves av domstolene. For øvrig må domstolene ha full prøvingsadgang overfor vedtak etter denne bestemmelsen.

Det er heller ingen grunn til å utvise tilbakeholdenhet med overprøving av Markedsrådets vedtak. Markedsrådet er ikke innehaver av spesialkompetanse som kan gi grunn til slik tilbakeholdenhet. Markedsrådet er tvert imot satt til å ivareta forbrukernes interesser, og må ses som en partsrepresentant i konflikter som den foreliggende. Dette gir desto større grunn til å åpne for overprøving.

Tingretten har vurdert saken korrekt når den har kommet til at det i den foreliggende sak ikke er etablert noe avtalevilkår som kan settes til side etter denne bestemmelsen. § 9a gjelder "urimelige avtalevilkår", og det følger i utgangspunktet av legalitetsprinsippet at man skal være varsom med å gi en lovbestemmelse som denne en videre rekkevidde enn det en naturlig forståelse av ordlyden tilsier.

Begrepene "vilkår" og "avtalevilkår" benyttes om hverandre. De må forstås slik at det dreier seg om vilkår som skal være en del av en avtale, etablert ved tilbud og aksept på vanlig måte. Dette følger også av formålet med markedsføringsloven, som var å regulere og kontrollere standardkontrakter. En rekke uttalelser i forarbeidene understreker at det dreier seg om kontraktsvilkår eller avtalevilkår, altså vilkår som er tenkt benyttet overfor medkontrahenter. Det må med andre ord dreie seg om vilkår som er tenkt benyttet i en kontraktssituasjon. Vilkår som ikke er en del av et aktuelt eller forestående avtaleforhold, faller derfor utenfor Markedsrådets kompetanse etter markedsføringsloven. Slike vilkår har det ikke vært lovgivers hensikt å gi Markedsrådet kompetanse til å vurdere. Avgjørende for Markedsrådets kompetanse i den foreliggende sak, er derfor om vilkåret om betaling av påløpte utgifter for å få bilen utlevert, er en del av et avtaleforhold.

Det blir kunstig å se forholdet mellom inntauingsselskapet og den bileier som kommer for å hente bilen, som et avtaleforhold. Markedsrådet har også uttalt at det i den foreliggende sak ikke er tale om noen avtale i vanlig forstand, og at det vil være en ren konstruksjon å benytte karakteristikken avtale på dette forholdet. En står heller ikke overfor noen kontraktsmedhjelpersituasjon, idet denne forutsetter et underliggende avtaleforhold.

Siden den tilbakeholdsrett for påløpte utgifter som praktiseres i inntauingssituasjoner, ikke er noen del av en avtale, har ikke Markedsrådet kompetanse til å kontrollere eller regulere den. Markedsrådet har derfor truffet et vedtak utenfor sitt eget kompetanseområde.

Vedtaket er følgelig ugyldig, slik tingretten har kommet til.

Såfremt lagmannsretten skulle komme til at Markedsrådet har hatt kompetanse til å treffe et vedtak som det foreliggende, blir det nødvendig å vurdere selve vedtaket og dets innhold.

Det fremgår av vedtaket selv at det er truffet på feilaktige faktiske forutsetninger, og at det følgelig er ugyldig på dette grunnlag. Det fremgår av vedtaket at det er lagt vekt på en kritisk uttalelse fra Sivilombudsmannen i en sak hvor bileieren ikke hadde fått anledning til fjerne bilen selv før den ble tauet bort. Dette vedtaket gjaldt imidlertid parkering på en offentlig plass som var skiltet for parkering, noe som er en helt annen situasjon enn i den foreliggende sak. Det er også lagt for stor vekt på avtalen mellom Forbrukerombudet og parkeringsselskapene. Her er faktum misforstått. Inntauing fra parkeringsselskapene dreier seg om under 1 % av det samlede antall inntauede biler. Normalt vil ikke slike biler være hensatt i en slik situasjon at fjerning innebærer lovlig selvtekt. Det er ingen grunn til å anta, slik Markedsrådet har gjort, at disse standardvilkårene vil få et bredt nedslagsfelt. Disse feilaktige forutsetningene har åpenbart hatt betydning for det vedtak som ble truffet.

I ethvert fall har Markedsrådet lagt til grunn en for streng rimelighetsstandard ved vurderingen etter markedsføringsloven § 9a. Ved den nærmere vurdering av vedtaket må det tas utgangspunkt i at fjerning av biler i tilfeller som det foreliggende, er utslag av lovlig selvtekt. Dette er også akseptert av Markedsrådet. Det er da ikke nødvendig å vurdere grovheten av parkeringsforseelsen eller hendelsesforløpet for øvrig i forbindelse med fjerningen av bilen. Saken er foranlediget av at vedkommende privatperson har opptrådt urettmessig ved å feilparkere. Den jevne bilfører er også klar over risikoen for borttauing når han eller hun feilparkerer. Det er da ingen grunn til å legge rimelighetsterskelen lavt.

Ved rimelighetsvurderingen må det legges betydelig vekt på behovet for det betalingspress overfor bileierne som tilbakeholdsretten innebærer. Uten tilbakeholdsrett vil store deler av inntauingsselskapenes rettmessige krav ikke gå inn, slik at man blir tvunget til inkasso av beløp som enkeltvis er relativt beskjedne. Hvis man i stedet gikk over til ordning hvor oppdragsgiver var ansvarlig for betaling av inntauingsselskapets tilgodehavende, ville det medføre en betydelig reduksjon i antallet oppdrag.

Det må også legges vekt på at fjerning og tilbakeholdsrett har vært praktisert siden midten av 1980-årene, og i hele denne perioden har gitt et minimum med negative reaksjoner. Verken Forbrukerombudet eller domstolene har tidligere hatt saker av denne art. Dette tyder på at ordningen fremstår som ventelig for alle bilister, og heller ikke oppfattes som urimelig. Et forbud mot ordningen vil medføre en klar økning av det samfunnsproblem piratparkering representerer.

Vegtrafikkloven § 37, som gjelder fjerning i offentlig regi, gir ikke veiledning for avgjørelsen. Markedsrådet har vist til at det ikke utøves noe konkret skjønn fra inntauingsselskapenes side før fjerningen finner sted. At dette skal tillegges vekt, er imidlertid i strid med rettspraksis på området, jf., RG 1991 s. 1156. Når en bil er fjernet i medhold av vegtrafikkloven § 37 utøves det heller ikke noe skjønn med hensyn til plikten til å betale før bilen kan kreves utlevert.

Østlandske Autoberging har nedlagt slik påstand:

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. Østlandske Autoberging tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten har kommet til et annet resultat enn tingretten, og bemerker:

Tingretten har lagt til grunn at Markedsrådet bare har kompetanse til å regulere avtalevilkår eller potensielle sådanne med hjemmel i markedsføringsloven § 9a, at den tilbakeholdsrett som er utøvet i det aktuelle tilfelle ikke har grunnlag i avtale, og at Markedsrådet da ikke hadde hjemmel i den nevnte bestemmelse til å treffe sitt vedtak.

Lagmannsretten er ikke enig i dette.

Markedsføringsloven kapittel II, som gjelder kontroll med avtalevilkår, ble innført i loven ved lov av 13. februar 1981. Det fremgår av lovforarbeidene (Ot.prp. nr. 38 (1979-80) at hovedområdet for anvendelsen av bestemmelsene var ment å være kontrollen med standardkontrakter, men at de ikke er begrenset til dette. I proposisjonen på s. 37-38 er det bl.a. uttalt:

Som utgangspunkt foreslås ingen begrensninger med hensyn til hva slags vilkår som kan vurderes.

I lovteksten er nyttet uttrykket "vilkår", uten at dette direkte er knyttet til en standardkontrakt. Det er derfor unødvendig å trekke eksakte grenser om dette begrepet. Poenget er at vilkåret er tenkt nyttet gjentatte ganger, dvs. overfor flere medkontrahtenter.

Dette er kommet til uttrykk i lovteksten ved tilleggsvilkåret om at "forbud tilsies av allmenne hensyn". Justisdepartementet har i denne forbindelse uttalt:

"Bestemmelsen gjelder som påpekt ikke bare vilkår som direkte knytter seg til en standardkontrakt, men alle vilkår som er tenkt nyttet gjentatte ganger. Etter Justisdepartementets mening vil dette komme klarere fram dersom lovteksten endres til å gjelde vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor "forbrukere".

Departementet er enig med Justisdepartementet og har endret lovforslaget i henhold til dette.

Det er ikke satt som betingelse at vilkåret må være kommet til uttrykk på en bestemt måte. Det er således uten betydning om vilkåret er tatt inn i et egentlig

kontraktsformular, i en note eller bestillingsseddel, i en annonse, i et oppslag i forretningslokalet eller er kommet til uttrykk på annen måte.

Rekkevidden av § 9a er heller ikke begrenset til bare å gjelde skriftlige vilkår, selv om det i praksis vil være liten mulighet til å føre kontroll med og eventuelt forby vilkår som ikke er kommet skriftlig til uttrykk. Det er videre heller ingen betingelse at vilkåret allerede er nyttet ved inngåelsen av en kontrakt eller framsatt i et tilbud. Lovteksten nevner uttrykkelig "vilkår . . . som tilsiktes nyttet".

At det er adgang til fjerning og inntauing av ulovlig parkerte biler i privat regi i tilfeller som ikke omfattes av vegtrafikkloven § 37, er i utgangspunktet ikke bestridt. Det samme gjelder det forhold at inntauingen gir eller kan gi inntauingsselskapet grunnlag for et økonomisk krav overfor bilens eier. Inntauingen etablerer med andre ord en situasjon med selskapet som kreditor og bileieren som debitor. Når man da har etablert og fortsatt vil benytte en praksis som går ut på å utøve tilbakeholdsrett i bilen inntil selskapets påståtte tilgodehavende er betalt, står man etter lagmannsrettens syn overfor et generelt vilkår av en slik art at det går inn under Forbrukerombudets og Markedsrådets kontrollkompetanse etter markedsføringsloven § 9a. At det ikke er inngått noen avtale i tradisjonell forstand, kan ikke være avgjørende. Lagmannsretten er således ikke enig med tingretten i at Markedsrådet har gått utenfor sin kompetanse i det foreliggende tilfelle.

Fra selskapet er det videre gjort gjeldende at Markedsrådets vedtak er truffet på feilaktige faktiske forutsetninger, og derfor må oppheves. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Det fremgår av vedtaket selv at Markedsrådet har vært klar over at Sivilombudsmannens uttalelse i årsmeldingen 2000 side 235 gjaldt en annen situasjon. Det fremgår også av vedtaket at Markedsrådet har vært klar over at avtalen mellom Forbrukerombudet og parkeringsselskapene ikke gjelder for inntauing som foretas av inntauingsselskapene. Selv om det fremstår som noe uklart hvor stor andel av den samlede inntauingsvirksomheten som skjer i parkeringsselskapenes egen regi og hvor bredt nedslagsfelt de nye standardvilkårene vil få i fremtiden, kan det vanskelig sees som noen feil som har hatt betydning for vedtakets innhold, dersom det fremtidige anvendelsesområdet for de nye standardvilkårene vil bli mindre enn Markedsrådet har antatt. Om dette er det i ethvert fall vanskelig å ha noen sikker mening. Denne anførselen fra selskapet fører således ikke frem.

Det må etter dette tas standpunkt til rekkevidden av domstolskontrollen med vedtak etter markedsføringsloven § 9a. Fra statens side er det således gjort gjeldende at vurderingene etter denne bestemmelsen hører under forvaltningens frie skjønn og ikke kan overprøves av domstolene.

For så vidt gjelder vilkåret "det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn" er lagmannsretten enig i at dette hører under forvaltningens frie skjønn. Dette fremgår direkte av lovens forarbeider. I Ot.prp. nr. 38 (1979-80) er det således uttalt på s. 38:

Hvorvidt forbud tilsies av allmenne hensyn er ment henført til forvaltningens frie skjønn, dvs. Markedsrådets og Forbrukerombudsmannens vurdering, jfr. uttrykket "det finnes at. . ." i lovteksten.

Det samme synspunkt har kommet til uttrykk i juridisk teori. I Løchen og Grimstad: Markedsføringsloven med kommentarer (7. utgave) s. 178, er det uttalt:

For at et vilkår skal forbys, må forbud også tilsies av allmenne hensyn. I dette ligger at det er overlatt til forvaltningens frie skjønn å avgjøre om tilfellet er så viktig at man bør gripe inn.

Markedsrådets vurdering av hvorvidt et vilkår er urimelig, må derimot kunne etterprøves av domstolene. Bruken av uttrykket "finner", som går igjen i lovens § 12, kan ikke være avgjørende. Tvert imot ble det uttalt i lovens opprinnelige forarbeider (Ot. prp. nr. 57 (1971-72) s. 29, i tilknytning til denne bestemmelsen, at domstolenes

adgang til å overprøve Markedsrådets vedtak er det ikke gjort noen innskrenkning i ved denne bestemmelse. Departementet har heller ikke funnet grunn til å foreslå noen regler som innskrenker domstolenes adgang til å overprøve Markedsrådets vedtak. Her vil således de vanlige regler for overprøving av forvaltningsvedtak komme til anvendelse.

Dette må ha tilsvarende gyldighet når det gjelder § 9a, selv om denne bestemmelsen er vedtatt på et senere tidspunkt. Når det også er presisert i Ot.prp. nr. 38 (1979-80) at unntaket fra prøvelsesretten gjelder spørsmålet om hvorvidt forbud tilsies av allmenne hensyn, mens elementet "når de finnes urimelige" ikke er nevnt, må det legges til grunn at lovgiverens hensikt har vært at de alminnelige regler om domstolsprøving fortsatt skulle gjelde for dette vilkåret.

Det kan heller ikke sees at Markedsrådet sitter inne med en slik særlig kompetanse som innebærer at domstolene bør utvise varsomhet ved å overprøve Markedsrådets vurderinger. Nå kommer imidlertid ikke dette på spissen i den foreliggende sak, idet lagmannsretten er enig med Markedsrådet i at vilkåret er urimelig overfor forbrukerne, og kan i det alt vesentlige slutte seg til den begrunnelse Markedsrådet har gitt. Det må legges vesentlig vekt på at det er manglende forholdsmessighet mellom inntauingsselskapets krav og den verdi flertallet av inntauede biler representerer, og at det representerer en tilfeldig fordel at man på denne måten kan tilegne seg en verdifull gjenstand som tilhører en annen fra det offentlige rom, og bruke besittelsen av denne som pressmiddel for å få dekket sitt eget krav. Det må også legges vekt på at det i normaltilfellene – slik som i den foreliggende sak – ikke er gitt noe varsel til bileierne om tilbakeholdsretten, selv om det er varslet om inntauing ved feilparkering. Selv om bileieren bevisst har parkert i strid med offentligrettslige eller privatrettslige parkeringsbegrensninger, noe som slett ikke alltid vil være tilfellet, fremstår det ikke som rimelig at det ikke er gitt noe varsel om denne inngripende konsekvensen av feilparkeringen. Videre må det legges til grunn at det i normaltilfellene ikke finner sted noen individuell og konkret vurdering av hvorvidt vilkårene for inntauing foreligger, idet inntauingsselskapene retter seg etter de instruksjoner de får fra den som rekvirerer inntauingen. Det er også uheldig at det er bileieren som har prosessrisikoen og må gå til sak dersom han eller hun mener at vilkårene for inntauing ikke har vært til stede, noe de aller fleste vil unnlåte, fordi det tross alt dreier seg om relativt beskjedne beløp.

En plikt til å utlevere inntauede biler uavhengig av hvorvidt inntauingsselskapets krav samtidig blir betalt, kan ikke sees å være urimelig overfor selskapene, som med dette vil få samme posisjon overfor bileierne som andre kreditorer, og vil være henvist til inkasso etter vanlige regler dersom kravene ikke blir betalt. Dette fremstår i særlig grad som en rimelig ordning i de tilfellene hvor bileieren vil gjøre gjeldende at vilkårene for inntauing ikke har vært til stede. Inntauingsselskapene må også kunne rette sine krav mot den som har rekvirert inntauingen, i stedet for mot bileieren, med den konsekvens at bileieren da blir utsatt for et regresskrav fra rekvirenten. Om dette skulle medføre at inntauingsselskapene får færre oppdrag, er ikke dette moment som kan tillegges vekt av betydning ved vurderingen.

Staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet blir etter dette å frifinne.

Anken har ført frem. Lagmannsretten har ikke funnet saken tvilsom, og staten blir følgelig å tilkjenne saksomkostninger for begge instanser i medhold av tvistemålsloven § 180 annet ledd jf. § 172 første ledd. Omkostningsoppgave er fremlagt og legges til grunn. Renter av omkostningene er ikke påstått. Saksomkostningene settes samlet til kr. 99 000 med tillegg av ankegebyr kr. 19 980, til sammen kr. 118 980.

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

1. Staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet frifinnes.
2. I saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten betaler Østlandske Autoberging v/ Trond Fagersand 118 980 – etthundreogattentusennihundreogåtti – kroner til staten v/ Barne- og likestillingsdepartementet. Oppfyllelsesfrist er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

Nils Erik Lie

Einar Kaspersen

Egil Berglund

Bekreftes for
førstelagmannen:

Anine

