



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 28.10.2005
Saksnr.: 05-085958TVI-OTIR/01
Dommer: Tingrettsdommer Ingmar Nestor Nilsen
Saken gjelder: Lovligheten av vedtakl

Staten v/Forbrukerombudet

Advokatfullmektig Anne Cathrine Haug

mot

Barnehage Gruppen AS

Advokatfullmektig Håkon Ditlev Andreas
Amundsen

Det ble avsagt slik

D o m :

Saken gjelder lovligheten av Forbrukerombudets vedtak av 20. april 2005 der Barnehage Gruppen AS – heretter selskapet - ble ilagt et forelegg om tvangsgebyr på kr 200 000 for brudd på Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004, der Markedsrådet i medhold av markedsføringsloven – heretter loven - fattet forbudsvedtak og vedtak om tvangsgebyr på kr 200 000 mot selskapet. Vedtaket ble fattet som følge av selskapets krav om innbetaling av kr 7 500 som vilkår for tildeling av barnehageplass. Selskapet har ikke vedtatt forelegget om tvangsgebyr og staten v/Forbrukerombudet har i denne saken reist søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret, jf loven § 16 fjerde ledd.

Sakens bakgrunn:

Barnehage Gruppen AS er et privateid aksjeselskap som har prosjektering, bygging, finansiering og drift av barnehager som sitt virksomhetsområde. Selskapet driver i dag fem barnehager. Selskapet har siden 1990 stilt som vilkår for tildeling av barnehageplass at det foretas en innbetaling fra foreldrene. Innbetalingen har ikke blitt satt inn på særskilt konto med vanlige rentevilkår.

Forbrukerombudet ble sommeren 2003 gjort oppmerksom på at selskapet stilte krav om innbetaling av kr 15 000 som vilkår for tildeling av barnehageplass i to av selskapets barnehager. Vilkåret om innbetaling fremgikk av vedtektene til de to barnehagene.

Forbrukerombudet tilskrev selskapet i brev av 13. august 2003, der det blant annet ble bedt om en begrunnelse for hvorfor det ble stilt et slikt innbetalingskrav. Av brevet fremgår det videre at Forbrukerombudet mente at det kunne reises spørsmål om et slikt avtalevilkår kunne være i strid med loven § 9a.

I brev av 10. september 2003 redegjorde selskapet for hvordan de disponerer de innbetalte midlene, og begrunnelsen for innbetalingskravet.

Forbrukerombudet konkluderte i brev av 23. september 2003 til selskapet med at avtalevilkåret var urimelig i henhold til loven § 9a da vilkåret medfører en ubalanse i forbrukerens disfavør, og selskapet ble samtidig bedt om å endre sine vilkår slik at kravet om forskuddsbetaling fjernes helt.

Vedtektene for de to ovennevnte barnehager ble endret pr 25. september 2003 hva angår innbetalingens størrelse, og hvor det nå heter:

Depositum som sikkerhet for rettidig innbetaling av oppholdsavgift på kr 7 500 må innbetales til barnehagen etter at foresatte har mottatt melding om plass i barnehagen. Tildelt plass er ikke å anse som reservert før depositum er mottatt av barnehagen. Depositumet tilbakebetales ved fratredelse av plass, og etter et barnehagens økonomiske krav overfor barnets foreldre/foresatte er oppgjort.

Selskapet nektet imidlertid i brev av 29. september 2003 å etterkomme Forbrukerombudets anmodning om å fjerne kravet om forskuddsinnbetaling. Selskapet var av den oppfatning at et krav om forskuddsinnbetaling på kr 7 500 ville være i overensstemmelse med loven § 9a.

Etter Forbrukerombudets syn var også et vilkår om innbetaling av kr 7 500 urimelig etter loven § 9a. Selskapet ble på den bakgrunn varslet om at saken ville bli brakt inn for Markedsrådet, dersom ikke innbetalingskravet ble fjernet.

Selskapet aksepterte ikke Forbrukerombudets krav, og ba i brev av 1. desember 2003 om at saken ble brakt inn for Markedsrådet.

Markedsrådet fattet 23. juni 2004 forbudsvedtak og vedtak om tvangsgebyr på kr 200 000. Det er ubestridt at selskapet i tiden etter Markedsrådets vedtak ikke har endret vedtektene hva angår kravet om innbetaling av kr 7 500 som vilkår for tildeling av barnehageplass. Selskapet ble på den bakgrunn varslet om at Forbrukerombudet ville utferdige et forelegg om tvangsgebyr for brudd på vedtaket, jf loven § 16 annet ledd.

Henvendelsen ble ikke besvart, og Forbrukerombudet utferdiget 20. april 2005 forelegg om tvangsgebyr på kr 200 000. Dette forelegget ble ikke vedtatt av selskapet. Det er dette forelegget som retten skal prøve lovligheten av i denne saken, jf loven § 16 fjerde ledd.

Staten v/Forbrukerombudet har ved stevning av 14. juni 2005 reist søksmål i medhold av loven § 16 fjerde ledd for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret.

Hovedforhandling ble avholdt 19. oktober 2005. Administrerende direktør Henning Holstad og seksjonssjef Bente Øverli fulgte forhandlingene i medhold av tvistemålsloven § 213 annet ledd, og avga forklaring. I tillegg ble det avhørt ett vitne, og foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Staten v/Forbrukerombudet har i anførselsskrift gjort gjeldende:

Staten vil for tingretten gjøre gjeldende at Forbrukerombudets vedtak om forelegg av 20. april 2005 er gyldig, og at Barnehage Gruppen AS derfor må dømmes til å betale tvangsgebyr til staten med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall og til betaling skjer.

Motparten har gjort gjeldende at kravet ikke kan tas til følge, idet det vedtak som ligger til grunn for utferdigelsen – Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004 – hevdes å være ugyldig. Staten bestrider dette. Markedsrådets vedtak er korrekt. Vedtaket er bygget på korrekt faktum og lovanvendelse. Det foreligger heller ikke andre feil knyttet til vedtaket som kan medføre ugyldighet.

Domstolens kompetanse ved overprøvingen av Markedsrådets vedtak er begrenset. Både vilkåret om urimelighet og vilkåret om allmenne hensyn i markedsføringsloven § 9a er underlagt forvaltningens frie skjønn. Dette følger av formuleringen "finnes" sammenholdt med øvrige rettskildedefaktorer. Rettens prøving er således begrenset til å vurdere om Markedsrådets vedtak er bygget på feil faktum eller rettsanvendelse, eventuelt om den skjønnsutøvelse som er foretatt ligger utenfor skrankene for forvaltningsskjønnet. Staten bestrider at dette er tilfelle. Markedsrådets vedtak er, som nevnt, bygget på korrekt faktum og lovanvendelse. Vedtaket er heller ikke grovt urimelig overfor Barnehage Gruppen. Det vises i den forbindelse til at Barnehage Gruppen på tross av forbudet fremdeles har mulighet til sikre seg mot uteblitt betaling fra sine kunder, eksempelvis gjennom ordinært depositum.

For det tilfelle at retten skulle komme til at domstolen i forhold til vilkåret "urimelig" etter markedsføringsloven § 9a også kan prøve subsumsjonen, anføres at Markedsrådets vedtak også på dette punkt er korrekt. Markedsrådet har i sitt vedtak korrekt lagt til grunn at et vilkår om usikret innbetaling som vilkår for barnehageplass er et urimelig avtalevilkår som kan forbys i medhold av markedsføringsloven § 9a. Vilkåret innebærer, både isolert sett og på bakgrunn av en samlet vurdering av avtalen som en helhet, en ubalanse i avtaleforholdet i forbrukerens disfavør. Betegnelsen "depositum" som er benyttet i kontrakten er videre misvisende i forhold til hva som faktisk er tilfelle. Det vises da særlig til at innbetalingen, fordi den inngår i barnehagens løpende drift, i realiteten innebærer et usikret lån fra foreldrene til Barnehage Gruppen.

Staten anfører på denne bakgrunn at Markedsrådets vedtak er gyldig, og at kravet om tvangsgebyr derfor må tas til følge.

Staten v/Forbrukerombudet har nedlagt slik påstand:

1. Barnehage Gruppen AS dømmes for overtredelse av Forbrukerombudets vedtak av 20.04.2005 til å betale tvangsgebyr til staten med 200 000 – tohundretusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
2. Staten v/Forbrukerombudet tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av rente etter lov om forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.

Barnehage Gruppen AS har i anførselsskrift, justert under hovedforhandlingen gjort gjeldende:

Markedsføringsloven § 9a kommer ikke til anvendelse på Barnehage Gruppen AS' ordning med krav om innskudd på kr 7 500 som vilkår for tildeling av barnehageplass. Det foreligger dermed feil ved Markedsrådets lovanvendelse, hvilket fører til at vedtaket er ugyldig. Markedsrådets feil har forplantet seg i Forbrukerombudets utferdigelse av forelegg den 20.04.2005 som derav også er ugyldig.

Barnehage Gruppen AS' oppfatning underbygges av følgende anførsler:

1. Det foreligger flere legitime behov for å kreve innskuddet
2. Sikring av innskutte midler er ikke naturlig
3. Kravet om innskudd balanserer en ellers eksisterende kredittrisiko
4. Kravet om innskudd er forenlig med deklarasjonslovgivning
5. Rentegodtgjørelse til foreldrene ville ikke være kostnadssvarende grunnet administrasjonskostnadene forbundet med løpende utmåling og utbetaling av minimale rentebeløp etter dagens normale innskuddsrente
6. Beløpets størrelse er ikke av en slik karakter at dette tilsier urimelighet
7. Mulig svak dekningsgrad hva angår barnehageplasser kan ikke tilsa at vilkåret er urimelig
8. Barnehage Gruppen AS' økonomiske situasjon kan ikke tas til inntekt for at innskuddsvilkåret bør anses urimelig
9. Innskuddsvilkåret fremgår klart av barnehagenes vedtekter
10. Allmenne hensyn tilsier heller ikke at vilkåret bør forbys.

Barnehage Gruppen AS erkjenner at vilkåret "allmenne hensyn" i loven § 9a er underlagt forvaltningens frie skjønn og hvor retten ikke kan prøve subsumpsjonen. Derimot kan retten prøve subsumpsjonen i forhold til vilkåret "urimelige" i loven § 9a.

Barnehage Gruppen AS har nedlagt slik påstand:

1. Barnehage Gruppen AS frifinnes.
2. Barnehage Gruppen AS tilkjennes saksomkostninger med tillegg av rente etter lov om forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.

Retten skal bemerke:

Retten skal først ta stilling til om vurderingen av om markedsføringsloven § 9a i denne saken er overtrådt tilligger forvaltningens frie skjønn, og hvor subsumpsjonen ikke kan overprøves av domstolene.

Staten har anført at domstolenes kompetanse ved overprøvingen av Markedsrådets vedtak er begrenset. Både vilkåret om urimelighet og vilkåret om allmenne hensyn i loven § 9a er underlagt forvaltningens frie skjønn. Retten har forstått Barnehage Gruppen AS dit hen at

det anføres vilkåret allmenne hensyn tilligger forvaltningens frie skjønn, mens vilkåret om urimelighet ikke er underlagt forvaltningens frie skjønn, og hvor retten kan prøve subsumsjonen.

Retten er enig med staten i at rettens prøvingskompetanse er begrenset i denne saken. Det legges til grunn at både vilkåret om urimelighet og vilkåret om allmenne hensyn i loven § 9a tilligger forvaltningens frie skjønn. Det vises til at en slik forståelse er i samsvar med lovens ordlyd "finnes" i § 9a første ledd. Når loven bruker en slik formulering er det som regel for å slå fast at vurderingen i den konkrete sak skal høre under forvaltningens frie skjønn, jf Eckhoff m.fl., Forvaltningsrett side 349. Det vises videre til Ot. prp. nr 38 (1979-80) Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr 47 om kontroll med markedsføring side 38, der det heter at vilkåret allmenne hensyn er ment henført under forvaltningens frie skjønn. Det er videre lagt vekt på at vedtaket er truffet av Markedsrådet, som er et organ med særlig kyndighet på området. Dette taler for å anse deres skjønnsmessige vurderinger for å være endelige, jf Eckhoff m.fl. side 349. Endelig legges det vekt på vurderingstemaets art i loven § 9a – urimelighet og allmenne hensyn. Vurderingen av denne type kriterium må sies å være overlatt til forvaltningens frie skjønn.

Retten kan derfor bare prøve hvorvidt det er lagt feil faktum til grunn for vedtaket, om rettsanvendelsen er korrekt, om det er begått saksbehandlingsfeil eller hvorvidt det foreligger myndighetsmisbruk. Det er også sikker rett at vurderingen av vedtakets gyldighet skal skje på bakgrunn av faktum på vedtakstidspunktet.

Selskapet har imidlertid ikke hatt innvendinger mot saksbehandlingen i saken. Det er også ubestridt at vedtaket er bygget på korrekt faktum. Retten har videre forstått selskapet slik at det ikke er anført at det foreligger myndighetsmisbruk i denne saken.

Markedsrådet har i sitt vedtak av 23. juni 2004 konkludert med at "kravet om en usikret innbetaling som vilkår for tildeling av barnehageplass er et urimelig vilkår som må forbys etter mfl. § 9a". Retten kan ikke se at dette gir uttrykk for en uriktig lovtolkning i denne saken.

Retten konkluderer etter dette med at Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004 er gyldig. Det er ubestridt at selskapet har handlet i strid med vedtaket, og Forbrukerombudet var derfor berettiget til å utferdige forelegg om tvangsgebyr etter loven § 16 annet ledd. Tvangsgebyrets størrelse er ikke omtvistet i saken. Retten avsier etter dette dom for at selskapet plikter å betale tvangsgebyr på kr 200 000 for overtredelse av Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004.

Saksomkostninger:

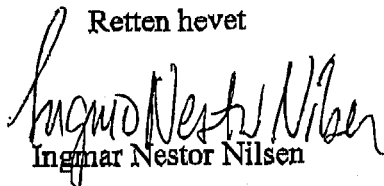
Søksmålet har ført frem og Barnehage Gruppen AS skal betale saksomkostninger til staten v/Forbrukerombudet i samsvar med tvistemålsloven § 172 første ledd. Da saken ikke har

voldt rettslig eller faktisk tvil, er det ikke grunnlag for å anvende unntaksregelen i tvistemålsloven § 172 annet ledd i denne saken. Statens prosessfullmektig har fremlagt omkostningsoppgave med kr 28 000, som legges til grunn for rettens omkostningsavgjørelse.

Domsslutning:

1. Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler Barnehage Gruppen AS tvangsgebyr til staten med 200 000 – tohundretusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer for overtredelse av Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004.
2. Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler Barnehage Gruppen AS saksomkostninger til staten v/Forbrukerombudet med 28 000 – tjueåttetusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Retten hevet


Ingmar Nestor Nilsen

Dommen kan påankes til lagmannsretten. Anken må erklæres direkte for tingretten innen 1 – en – måned fra dommen er forkynt.

Ankeerklæringen må være underskrevet eller medunderskrevet av en advokat. Den ankende part kan også henvende seg til rettens kontor og får ankeerklæringen nedtegnet og undertegnet der.

Samtidig med ankeerklæringen må den ankende part innbetale ankegebyr, som er 24 ganger rettsgebyret. Dersom hovedforhandlingen varer mer enn en dag, påløper ytterligere gebyr.

Retts kopi:


bem: