

Uanmodet henvendelse på de sociale medier

En analyse af forbrugerens retsstilling
samt forslag til forbedring heraf

Unsolicited commercial communication on the social media

An analysis of the legal position of the consumer
and proposals for improvement thereof

af / by LISE ELISABETH JENSEN

Fremstillingen tager udgangspunkt i forbrugerens retsstilling fsva. uanmodede henvendelser på de sociale medier og analyserer retsgrundlaget i dansk ret (markedsføringslovens § 6) og på europæisk niveau. Der redegøres for de fællesnordiske forbrugerombudsmænds opfattelse af retsgrundlaget (to standpunkter) samt for lektor, ph.d. Jan Trzaskowskis opfattelse i dennes artikel, U.2012B.310 – ”Uanmodet kommunikation i sociale medier”.

Retsområdet viser sig umiddelbart uklart, idet der ligger tre direktiver til grund for den danske markedsføringslovs § 6, og 2 af dem er siden ophævet og erstattet af nye direktiver. Væsentlige grundlæggende principper kan ikke antages at være fuldt gennemført i de nye, hvilket gør forbrugerens retsstilling uklar. Der viser sig et billede af et splittet område, dvs. at reguleringen af uanmodet henvendelse er spredt og delvist uklar i den europæiske lovgivning. Det konkluderes, at der ER tale om et eksisterende grundlag for uanmodet henvendelse på de sociale medier, men dette stemmer ikke overens med forbrugerombudsmændenes og Trzaskowskis opfattelse, og er præget af manglende effektive håndhævelsesmuligheder. Der foreslås slutteligt en problemløsning til forbedring af forbrugerens retsstilling.

The underlying basis of the thesis is the legal position of the consumer with regard to unsolicited commercial communication on the social media platform, and analyses the legal basis in Danish law (markedsføringslovens § 6) and European Law. The thesis accounts for the view on the subject of the joint nordic consumer ombudsmen (2 standpoints) as well as for that of lecturer, ph.d. Jan Trzaskowski in his article, U.2012B.310 – ”Unsolicited communication in social media”.

The legal basis shows immediately to be unclear, given that three directives are the root of the Danish markedsføringslovs § 6, and two of the three have since been abrogated and replaced by new directives. Substantial fundamental principles cannot be assumed to be fully implemented in the new directives, which makes the legal position of the consumer unclear. The analysis shows a scattered foundation, in other words that the regulation of unsolicited commercial communication is spread out and partially unclear in the European legislation. It is concluded that there is an existing basis for unsolicited commercial communication regarding social media, but it does not agree to the perception of the above mentioned. Fur-

thermore there is a lack of efficient enforcement options. The thesis ends with a proposal for problem-solving in order to improve the legal position of the consumer.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	3
1.1. Problemformulering	3
1.2. Afgrænsning	3
1.3. Metode- og teori afsnit	4
2. Spam/uanmodet henvendelse	4
2.1. Begreb: Hvad er spam/uanmodet henvendelse?	4
2.2. De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til markedsføring online	8
2.2.1. De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til handel og markeds- føring på Internettet (maj 2010)	9
2.2.2. De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til markedsføring via sociale medier (3. maj 2012)	10
2.2.3. Nærmere om forbrugerombudsmændenes fortolkning af dir. 2002/58/EF (direktivet om databeskyttelse ved elektronisk kommunikation i forhold til kommercielle meddelelser på Facebook)	14
2.3. Artikel U.2012B.310 – ”Uanmodet kommunikation i sociale medier” af lek- tor, ph.d. Jan Trzaskowski	15
2.3.1. Unionsretten	16
2.3.1.1. Elektronisk post	16
2.3.1.2. Telelovgivningens anvendelsesområde	19
2.3.1.2.1. Teknikneutralitet	21
2.3.1.2.2. Hvis telelovgivningen ikke gælder, hvad gælder så?	22
2.3.2. Trzaskowskis konklusion	24
3. Forbrugernes / brugernes retsstilling – er den tilfredsstillende?	25
3.1. Generelle principper for markedsføring	26
3.2. Markedsføringsmuligheder på Facebook	27
3.3. Direkte markedsføring/en bestemt modtager?	28
3.4. Muligheder for at frabede sig markedsføring	29
3.5. Retsgrundlaget?	31
3.6. Den gyldne middelvej	31
4. Det teoretiske grundlag for reglerne om uanmodet henvendelse	33
4.1. Udviklingen og udformningen af den danske markedsføringslovs § 6	33
4.1.1. EF-direktiverne	34
4.1.1.1. Datadirektivets art. 14 b	34
4.1.1.2. Fjernsalgsdirektivets art. 10	34
4.1.1.3. ISDN-direktivets art. 12	35
4.1.2. Lovforslagets endelige udformning	35
4.2. Nærmere om de 3 EU-direktiver, der ligger til grund for markedsførings- lovens § 6	37
4.2.1. Datadirektivet	37
4.2.2. ISDN-direktivet	38
4.2.3. Fjernsalgsdirektivet	39
4.3. Forbrugerrettighedsdirektivet	40

4.4. E-databeskyttelsesdirektivet og Rammedirektivet	42
4.5. Andre relevante direktiver, kilder, retningslinjer	43
4.5.1. Handelspraksisdirektivet	43
4.5.2. E-handelsdirektivet.....	44
5. Problemløsning	46
6. KONKLUSION	48
7. Litteraturliste.....	49
8. BILAG	49

1. INDLEDNING

Uanmodet henvendelse er særligt på de sociale medier et dagligt irritationsmoment for mange brugere. Udover Facebooks egne annonceringsmuligheder, er der også uanmodet henvendelse i forbindelse med en Vens handlinger, såsom deling, tagging, at like osv., som har gjort de sociale medier til et vildt vesten for markedsføring for de erhvervsdrivende, til gene for mange brugere dagligt. Dette fjerner fokus fra Facebook som kanal til at holde relationer ved lige, og forvandler platformen til et markedsføringsland.

Forbrugerombudsmanden har den 8. maj 2012 med sine nordiske kolleger rettet henvendelse til EU-kommissionen og indbudt til diskussion af spørgsmålet om en revision af den nuværende spam-definition, idet nye former for annoncer/reklamer, der vises i News Feeds på den enkelte brugers væg i høj grad opleves som spam af brugerne, selvom den ikke falder under den nuværende definition.

Der er derudover pt. tvivl om retsgrundlaget – hvorvidt der er et spamretligt forbud, som gælder på sociale medier – og i så fald, hvad dette er. I bekræftende fald, vil udstrækningen heraf i denne fremstilling blive forsøgt redegjort for, suppleret af forbedringsforslag hertil.

1.1. Problemformulering

Jeg vil analysere og diskutere det retlige grundlag for uanmodet henvendelse (spam) og dens rækkevidde i dansk og europæisk ret og derudfra diskutere og vurdere forbrugerens retsstilling på de sociale medier. Dette skal danne baggrund for forslag til forbedring af den nuværende spamdefinition og fremhævelse af de elementer, som bør indgå, således at den kan finde anvendelse på såvel de sociale medier som øvrige platforme, samt eventuelle supplerende tiltag til (for)brugerbeskyttelsen.

1.2. Afgrænsning

Udgangspunkt tages i alle markedsføringsformer på de sociale medier, såvel annonceringsformer som Facebooks egne Sponsored Stories og Promoted Posts, som øvrige markedsføringsbudskaber, der dukker op på brugerens Væg som følge af Venners deling og ”synes godt om” mv.

Der fokuseres på Facebook, idet dette sociale medie er det mest udbredte og anvendte p.t. med flest brugere på verdensplan¹, som ved udløbet af 2012 nåede op på over 1 mia.

¹ <http://www.socialbakers.com/facebook-statistics/denmark>,
<http://newsroom.fb.com/content/default.aspx?NewsAreaId=22>

Problemstillinger vedr. persondatabeskyttelse er ikke omfattet af fremstillingen².

1.3. Metode- og teoriansnit

Den retsdogmatiske metode vil blive anvendt i fremstillingen, og udgør en beskrivelse, analyse og fortolkning af gældende ret og retskilder på området – hhv. af markedsføringslovens § 6 samt de EU-retlige direktiver, som markedsføringslovens § 6 udspringer af, samt herudover de EU-retlige direktiver, der senere erstatter de, som dannede udgangspunkt for markedsføringslovens § 6.

De nordiske forbrugerombudsmænd fortolker og supplerer gældende ret med to standpunkter, der også vil blive set nærmere på. Dog må der tages forbehold for, at de nævnte standpunkter ikke har samme retskildeværdi som den anførte lovgivning, og dermed ikke kan antages at være lige så bindende.

Lektor, ph.d. Jan Trzaskowskis artikel, U.2012B.310 – ”Uanmodet kommunikation i sociale medier”, belyser retsområdet, og artiklen vil derfor i denne fremstilling også undergå analyse, fortolkning og vurdering til klarlægning af retsstillingen.

Retskilder, som berører eller har nær sammenhæng med retsområdet, vil også blive berørt. Ovennævnte elementer vil indgå i nærværende analyse, der skal danne baggrund for en rets-politisk vurdering af, hvilke elementer, der bør indgå i en ny, teknologineutral spamretlig definition til forbedring af forbrugerens retsstilling.

2. SPAM/UANMODET HENVENDELSE

2. 1. Begreb: Hvad er spam/uanmodet henvendelse?

Spam er et populært udtryk for uanmodet henvendelse online, særligt pr. e-mail, som er reguleret i markedsføringslovens § 6.

I det følgende vil markedsføringslovens § 6 blive gennemgået for at illustrere hvad uanmodet henvendelse/spam nærmere bestemt er, suppleret med uddybende kommentarer fra Forbrugerombudsmandens ”Spamvejledning – uanmodede henvendelser”³. Herpå følger de fælles-nordiske forbrugerombudsmænds retningslinjer på området for at give et billede af opfattelsen af bestemmelsens rækkevidde på elektroniske platforme.

Generelt

Ordlyden af **markedsføringslovens § 6, stk. 1**⁴ er som følger:

”Uanmodet henvendelse til bestemte aftagere

Stk. 1 - En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax med henblik på afsætning af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser, medmindre den pågældende forudgående har anmodet om det”.

En undtagelse til § 6, stk. 1 er stk. 2, som har følgende ordlyd:

² For uddybende kommentarer hertil se bilag 1.

³ <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Spamvejledning>

⁴ Lbkg 2012-01-20 nr. 58 – se hele bestemmelsen på bilag 2.

”Stk. 2 – Uanset stk. 1 kan en erhvervsdrivende, der fra en kunde har modtaget dennes elektroniske adresse i forbindelse med salg af en vare eller en tjenesteydelse, markedsføre egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser til kunden via elektronisk post. Dette forudsætter dog, at kunden har mulighed for let og gebyrfrit at frabede sig dette både i forbindelse med afgivelsen af adressen til den erhvervsdrivende og ved efterfølgende henvendelser”.

Her er der tale om muligheden for erhvervsdrivende til at sende reklame via elektronisk post for egne - tilsvarende - produkter til kunder, der i forbindelse med en tidligere handel har oplyst deres elektroniske adresse eller mobilnummer. En forudsætning herfor er dog, at kunden har mulighed for at sige nej til at modtage reklame. Har kunden ikke sagt nej ved afgivelsen af oplysningen, skal kunden ved efterfølgende henvendelser have mulighed for at frabede sig yderligere henvendelser.

Andre direkte henvendelser fremgår af bestemmelsens stk. 3, som har følgende ordlyd:

”Stk. 3 – En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til en bestemt fysisk person ved brug af andre midler til fjernkommunikation med henblik på afsætning som nævnt i stk. 1, hvis den pågældende over for den erhvervsdrivende har frabedt sig dette, hvis det fremgår af en fortegnelse, som udarbejdes af Det Centrale Personregister (CPR) hvert kvartal, at den pågældende har frabedt sig henvendelser, der sker i sådant markedsføringsøjemed, eller hvis den erhvervsdrivende ved undersøgelse i CPR er blevet bekendt med, at den pågældende har frabedt sig sådanne henvendelser. Ved telefonisk henvendelse til forbrugere gælder endvidere reglerne om uanmodet henvendelse i lov om visse forbrugeraftaler⁵”.

Til stk. 3 knytter sig bestemmelserne i stk. 4-7.

Stk. 4 er en *undtagelse ved forudgående anmodning om henvendelse*, som fremhæver, at stk. 3 ikke gælder, hvis den pågældende person forudgående har anmodet den erhvervsdrivende om henvendelsen.

Stk. 5 anfører *oplysningspligten ved andre direkte henvendelser* (efter stk. 3), som går ud på, at den erhvervsdrivende over for personer, som ikke er anført i fortegnelsen fra CPR (omtalte Robinsonliste) på ”tydelig og på forståelig måde” skal oplyse om retten til at frabede sig de i stk. 3 nævnte andre direkte henvendelser fra den erhvervsdrivende. Samtidig hermed skal der gives den pågældende adgang til på ”nem måde” at frabede sig sådanne henvendelser.

Stk. 6 beskriver *betingelser for den i stk. 5 angivne ”nemme måde”* at frabede sig andre direkte henvendelser på, nemlig at der ikke må kræves betaling for at ”modtage eller notere meddelelser om, at en anmodning efter stk. 1 tilbagekaldes, eller at henvendelser som nævnt i stk. 3 frabedes”.

Stk. 7 giver Erhvervs- og vækstministeren mulighed for at fastsætte nærmere regler om den erhvervsdrivendes informationspligt efter stk. 5 og om pligten til at give adgang til at frabede sig henvendelser som nævnt i stk. 3.

⁵ Forbrugeraftaleloven.

Efter markedsføringslovens § 30, stk. 3 straffes overtrædelse af forbuddet mod uanmodet henvendelse med bøde.

Markedsføringsloven begrænser altså med § 6 erhvervsdrivendes mulighed for at sende reklame. Omvendt er det dog lovligt ("offline" så at sige) at sende reklame ved almindeligt brev, adresseret reklame og andre markedsføringsmetoder til bestemte personer, medmindre personen har frabedt sig at få reklame på den måde (jf. stk. 3). Telefoniske og personlige henvendelser ("dørsalg") til forbrugere er omfattet af forbrugeraftaleloven⁶ og af pligten i markedsføringslovens § 6, stk. 3 til at kontrollere den såkaldte Robinsonliste hos CPR over personer, der har frabedt sig adresseret reklame.

Umiddelbart er spam altså i første omgang karakteriseret ved:

1. Et afsendersubjekt:

En erhvervsdrivende, dvs. en fysisk eller juridisk person, som handler som led i sit erhverv.

Hvem der må anses som erhvervsdrivende afgøres i overensstemmelse med markedsføringslovens § 1. Dette betyder, at fx private personer, politiske foreninger, foreninger med et almennyttigt formål, foreninger eller organisationer, der varetager medlemmernes private interesser samt offentlige myndigheder, ikke er omfattet af bestemmelsen, *medmindre* de tillige udøver privat erhvervsmæssig virksomhed eller offentlig virksomhed, som kan sidestilles hermed, og henvendelsen rettes til nogen som led i denne virksomhed.

Markedsføringslovens § 1 suppleres af § 2, som fremhæver, at erhvervsdrivende er alle, der udøver privat erhvervsvirksomhed samt offentlige virksomheder, i det omfang de udbyder varer og ydelser på markedet. Afgørende er, om der drives en økonomisk aktivitet, der har et erhvervsmæssigt præg⁷ – uanset om der er økonomisk gevinst for øje eller ej, eksempelvis hvis overskuddet går til velgørenhed. Fuldtids- eller bibeskæftigelse er uden betydning.

Derudover gælder, at danske virksomheder, der markedsfører sig i Danmark, skal overholde markedsføringslovens § 6 om uanmodet henvendelse til bestemte aftagere. Det samme gælder for udenlandske virksomheder, der markedsfører sig i Danmark.

2. Et modtagersubjekt:

En bestemt modtager – dvs. personer (fysiske som juridiske), der på en eller anden måde kan adresseres ved en elektronisk postadresse, et opkaldsnummer⁸, telefaxnummer eller lignende. Dette kaldes også *direkte henvendelse* eller *direkte markedsføring*. Modtagersubjektet

⁶ Se forbrugeraftalelovens kap. 2 om forbud mod uanmodet henvendelse m.v., § 6, stk. 1 – "Erhvervsdrivende må ikke uden forudgående anmodning herom rette personlig eller telefonisk henvendelse til en forbruger på dennes bopæl, arbejdsplads eller andet sted, hvortil der ikke er almindelig adgang, med henblik på straks eller senere at opnå tilbud eller accept af tilbud om indgåelse af aftale". (enkelte undtagelser findes i bestemmelsens stk. 2).

⁷ Se www.forbrugerombudsmanden.dk - Sager og praksis – Markedsføringsloven – Markedsføringslovens anvendelsesområde. Her kan findes sager, der illustrerer, hvornår der er tale om erhvervsdrivende.

⁸ Af note 50 (se placering på bilag 2, bestemmelsens stk. 1) fremgår, at: "Ved automatisk opkaldssystem forstås automatisk opringning til telefonabonnenter. Ved opringningen meddeles der automatisk et indtalt reklamebudskab.". Kilde: karnovgroup.dk.

fremgår af angivelsen ”nogen”, som omfatter både erhvervsdrivende og forbrugere⁹, men kan også være en offentlig myndighed, en velgørende organisation, fond eller forening. Adresseløse forsendelser/husstandsdelte reklamer/tilbudssaviser, tv-reklamer, reklamer på nettet eller lignende, der sendes til en ubestemt kreds af mulige aftagere er ikke *direkte markedsføring*, men derimod massekommunikation til en ubestemt kreds af modtagere¹⁰.

3. Et objekt:

Et markedsføringsbudskab – ”med henblik på afsætning...” i form af enten tilbud eller branding. Forbrugerombudsmanden anser branding for omfattet af bestemmelsen, i det man med branding på sigt – før eller siden - ønsker at afsætte et produkt med henvendelsen¹¹, selvom der i henvendelsen måske ikke fremgår konkrete produkter eller et tilbud.

Markedsføringslovens § 6 omfatter altså reklamer i bred forstand, dvs. både reklame for konkrete varer eller ydelser, men også henvendelser, der alene har til formål at skabe opmærksomhed om den erhvervsdrivendes navn (branding).

Teknisk set - hvilke kommunikationsteknikker er omfattet af forbuddet?

Udover de tre elementer – afsender- og modtagersubjekt samt objekt – fremgår det fjerde element, nemlig i hvilken teknisk form, kommunikationen eller formidlingen af objektet kan ske.

Elektronisk post mv.

”En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax med henblik på afsætning af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser, medmindre den pågældende forudgående har anmodet om det”, jf. § 6, stk. 1.

Her er tale om et direkte forbud mod at markedsføre sig ved brug af de nævnte kommunikationsformer¹².

Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse¹³ forstås ved ”elektronisk post” enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren.

⁹ Se evt. note 49 (se placering på bilag 2). Kilde: karnovgroup.dk.

¹⁰ Bestemmelsen tager udgangspunkt i bestemte aftagere, hvilken målgruppe adresseløse forsendelser ikke har. Se nærmere <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Spamvejledning#1> - se afsnittet ”Markedsføringslovens § 6 – i korte træk”.

¹¹ <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Spamvejledning#1> - se ”Hvilke henvendelser er omfattet”, afsnit 2 og 3.

¹² Ved automatiske opkaldssystemer forstås automatisk opringning til et telefonnummer, hvor der indtales et automatisk reklamebudskab.

¹³ Se <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Spamvejledning#1>, overskriften ”3: § 6, stk. 1 Forbud mod anvendelse af elektronisk post, telefax mv.”

Forbuddet gælder således ikke kun e-mails, men også for eksempel SMS-beskeder og MMS-beskeder, og kan derudover også omfatte anden post, hvori billeder, lyd og tekst kan kombineres via internettet eller mobiltelefoni.

”Andre midler til fjernkommunikation”

Stk. 3 omfatter alle andre direkte henvendelser end ved elektronisk post, automatisk opkaldssystem og telefax.

De tekniske metoder til at nå modtagersubjektet med ”andre midler til fjernkommunikation” fremgår ikke nærmere af bestemmelsens ordlyd. Udelukkes kan dog naturligvis de nævnte ”elektronisk post”, ved ”automatisk opkaldssystem” eller ”telefax” fra § 6, stk. 1. Derudover er der relativt kreativ frihed. De klassiske, der lander i postkassen med en bestemt modtager angivet eller ved opkald til telefon kan her omfattes, da fysisk tilsendte breve/reklamer og telefonopkald vil være midler til fjernkommunikation.

Betingelsen må dog være, at der skal ske en formidling af kommunikationen, hvorved hverken modtager eller afsender er fysisk til stede på samme tid og sted, som det kendes fra reglerne om fjernsalg.

Muligheden for at sige fra - reklamebeskyttelse

Efter ordlyden af § 6, stk. 3 fremgår modsætningsvist, at en erhvervsdrivende som udgangspunkt må sende breve og adresserede reklamer uanmodet til fysiske personer, når modtageren ikke har frabedt sig modtagelsen af adresserede reklamer via Robinsonlisten i CPR. Dette kan enten gøres ved at meddele den erhvervsdrivende dette eller ved at meddele CPR-registret i bopælskommunen¹⁴, at man ikke ønsker henvendelser i reklameøjemed. Erhvervsdrivende er som modtagersubjekter ikke omfattet af markedsføringslovens § 6, stk. 3, men har dog mulighed for at tilmelde sig reklamebeskyttelse i medfør af § 19 i CVR-loven. Registrering af reklamebeskyttelsen sker i CVR-registret¹⁵.

2.2. De nordiske forbrugerombudsmands standpunkt til markedsføring online

Det er umiddelbart uklart, hvad elektronisk post og andre direkte henvendelser dækker over og rækkevidden heraf. Særligt, når man bevæger sig online med sin markedsføring.

De nordiske forbrugerombudsmand har udarbejdet et standpunkt for hhv. handel og markedsføring på internettet (fra maj 2010) og markedsføring via de sociale medier (fra 3. maj 2012), som er vejledende for kommerciel adfærd online. Her skal fremhæves standpunkternes opfattelse af rækkevidden af uanmodet henvendelse.

¹⁴ CPR udarbejder herefter hvert kvartal en liste over de personer, der har frabedt sig direkte markedsføring – listen kaldes også ”Robinson-listen”. Erhvervsdrivende har pligt til, hvis de ønsker at rette direkte henvendelse til personer i markedsføringsøjemed, at kontrollere Robinson-listen.

¹⁵ <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Sager-og-praksis/Markedsfoeringsloven/Markedsfoeringsloven-i-praksis/uanmodetehenvendelse/andredirektehenvende#2>, afsnit 2 – ”Reklamebeskyttelse af erhvervsdrivende”.

2.2.1. De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til handel og markedsføring på internettet (maj 2010)

De nordiske forbrugerombudsmænd udfærdigede deres standpunkt til handel og markedsføring på internettet¹⁶ i 1998, revideret det i oktober 2002 og senest i maj 2010. Standpunktet er et supplement til den nationale lovgivning og den praksis, der er udviklet omkring handel og markedsføring på internettet. I denne fremstilling vil fokus naturligvis lægges på markedsføring.

De væsentligste punkter i fremstillingen er fremhævet i uddrag på bilag 3 og af nedenstående punkter:

1. Reklameidentifikation

Al markedsføring skal udformes og præsenteres på en sådan måde, at det tydeligt fremgår, at der er tale om markedsføring. Brugeren/forbrugeren skal gøres opmærksom på når han/hun udsættes for reklame, således at reklamen kan vurderes derefter. Dette reguleres også af markedsføringslovens § 4, som ulovliggør skjult reklame, som er alle former for reklame, som ikke fremtræder som sådan¹⁷. Forpligtelsen til at sørge for, at en reklame er identificerbar påhviler den, som er ansvarlig for markedsføringen. Andre erhvervsdrivende vil kunne ifalde ansvar efter straffelovens generelle regler om medvirken, eksempelvis et medie, som vælger at bringe en uidentificeret reklame. Standpunktet fremhæver særligt i pkt. 2.1.4. at *"I systemer, som er indrettet med henblik på udveksling af information mellem private, fx chat-rooms, nyhedsgrupper, blogs og lignende, må markedsføring kun finde sted, hvis det tydeligt fremgår, at der er tale om markedsføring, og på hvis vegne markedsføringen foretages"*.

2. Reklamens udformning og placering

Reklamers udformning må ikke være urimeligt påtrængende. Vurderingen heraf vurderes i forhold til form, indhold, brug af lyd, billeder, animationer og sammenhængen i øvrigt.

Markedsføring, som ikke er en integreret del af en internetside, skal kunne fjernes enkelt, fx ved "luk". Der bør være en grænse for antallet af eksponeringer af reklamebudskaber, der henvender sig til den enkelte bruger. Dette vil afhænge af det aktuelle markedsføringsformat.

3. Udsendelse af elektronisk markedsføring (e-mail, sms o. lign.)

Der kræves som udgangspunkt et aktivt samtykke på forhånd, før den erhvervsdrivende kan udsende reklame via e-mail og lign. fjernkommunikationsmetoder.

Forbrugerens samtykke skal være aktivt, frivilligt, udtrykkeligt og informeret. Dette vil bl.a. sige, at et samtykke, der fremgår af standardvilkår ikke anses for at være afgivet frivilligt og tilstrækkeligt fremhævet til at være informeret. Herudover skal forbrugeren have mulighed for nemt og gebyr frit at frabede sig markedsføringen – også ved alle efterfølgende henvendelser.

Anvendelsen af "bør" angiver en anbefaling, og er således ikke et krav, der følger af markedsføringsloven.

¹⁶ Fra maj 2010, se <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt-%20vedroerende%20markedsfoering%20og%20ehandel%20%20Maj%202010.pdf> - uddrag vedlagt på bilag 3.

¹⁷ Det Internationale Handelskammer ICC's Kodeks for Reklame Praksis (udg. 1997) indeholder en bestemmelse om reklameidentifikation, hvorefter reklamer klart skal kunne identificeres som sådanne, jf. art. 12.

Af standpunktet fremgår, at det i videst mulig udstrækning skal opfattes teknologineutralt, dvs. at det finder anvendelse uanset i hvilken nuværende eller fremtidig teknologi, form eller platform, der anvendes til formålene.

Dette standpunkt suppleres af de nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til markedsføring via sociale medier, som vil blive beskrevet i det følgende og vigtige punkter fremhæves i uddrag.

2.2.2. De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til markedsføring via sociale medier af 3. maj 2012¹⁸

Af standpunktet fremgår, at når erhvervsdrivende markedsfører sig via sociale medier, skal markedsføringen overholde de almindelige regler, som gælder for markedsføringen på internettet. Det ovenfor omtalte standpunkt – fællesnordisk standpunkt til handel og markedsføring på internettet – beskriver de generelle regler og principper (reklameidentifikation, reklamers udformning og placering og udsendelse af elektronisk markedsføring), der gælder ved markedsføring på internettet, og finder derfor også anvendelse, når erhvervsdrivende markedsfører sig via sociale medier.

Nævrende standpunktet skal ses som et supplement hertil og til almindelig markedsføringslovgivning. Standpunktet er generelt og gælder for alle sociale medier. Dog er medtages konkrete eksempler fra Facebook, da dette medie med standpunktets egne ord ”formentlig er det mest anvendte i dag”¹⁹.

Standpunktet redegør først for, hvad der almindeligvis forstås ved sociale medier – nemlig en online tjeneste, hvor privatpersoner har mulighed for at oprette profiler og kommunikere med hinanden, herunder dele oplysninger og indhold, som fx tekst, billeder, lydfiler mv. Et socialt medie kan fx være et chat-rum, spil eller en social netværkstjeneste.

Det angives, at (for)brugere dog bestemt ikke er ene om at befinde sig på de sociale medier:

*”Mange sociale medier anvendes imidlertid også af erhvervsdrivende, som ønsker at markedsføre sig over for brugerne af det sociale medie. De sociale medier stiller ofte forskellige markedsføringsmuligheder til rådighed for erhvervsdrivende. De erhvervsdrivende kan fx købe målrettede bannerannoncer og oprette profiler med forskellige muligheder for at få spredt virksomhedens reklamebudskaber ved hjælp af funktioner, som giver brugerne mulighed for at dele de erhvervsdrivendes markedsføringsmateriale med andre brugere”.*²⁰

De sociale medier tilbyder ofte, at erhvervsdrivende kan oprette annoncer, som kan målrettes på baggrund af det sociale medies kendskab til brugeren²¹.

¹⁸ Se link hertil i bilag 4.

¹⁹ Jf. standpunktets bilag 1.

²⁰ Standpunktets pkt. ”1. Generelt”, afsnit 2.

²¹ Diskussionen om databeskyttelse vil ikke blive taget her, men der gøres opmærksom på, at nationale regler, der gennemfører direktiver om beskyttelse af personoplysninger finder anvendelse ved brug af brugernes personoplysninger til markedsføring via sociale medier, og at den erhvervsdrivende skal sikre, at reglerne om behandling af personoplysninger er overholdt. Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet).

Det fremhæves, som i standpunktet om handel og markedsføring på internettet fra maj 2010, at nærværende standpunkt også er teknologineutralt, og altså finder anvendelse uanset hvordan det sociale medie tilgås, fx via computer eller via en mobiltelefon.

Standpunktet fokuserer på og gennemgår de regler, som de erhvervsdrivende særligt skal være opmærksomme på, når de markedsfører sig via sociale medier.

Reklameidentifikation, udformning og placering

Markedsføringsbudskaber skal kunne identificeres som markedsføring, jf. standpunktets pkt. 2. Eksempelvis hvis markedsføring vises på et sted, der ikke er forbeholdt markedsføringsbudskaber, stilles der større krav til tydeliggørelsen af, at der er tale om markedsføring (pkt. 2.1.1.). Til denne sætning knytter sig en fodnote, som lyder:

”På det sociale medie, Facebook, er højre del af skærmen (på en computer, red.) fx forbeholdt annoncer. Dette er angivet ved en bjælke med overskriften ”Sponsoreret”. Private brugers Timeline/Væg og nyhedsside/startside kan derimod ikke anses for at være forbeholdt reklamer”²².

Denne note er interessant, idet der bare det sidste halve års tid er fremkommet nye annonceformer, som fremgår af brugerens nyhedsside, såkaldt News Feed.

Det overordnede formål med kravet om identifikation er gennemsigtighed, og at brugerne af det sociale medie kan gennemske, hvornår han eller hun bliver udsat for markedsføring eller anden kommerciel kommunikation og fra hvem eller på hvis vegne.

Hvis en erhvervsdrivende fx anvender sin egen private profil til at markedsføre sin virksomhed eller sine produkter, skal det tydeligt oplyses, at budskabet hidrører fra en erhvervsdrivende.

Det samme gælder, når en privatperson modtager betaling eller andre fordele for at omtale eller på anden måde markedsfører en erhvervsdrivendes varer eller tjenesteydelser. Den erhvervsdrivende er forpligtet til at informere privatpersonen om dette.

Dette standpunkt berører altså samme punkter som i det mere generelle standpunkt om handel og markedsføring på internettet fra 2010, nemlig reklameidentifikation samt reklamers udformning og placering. Da sociale medier opfattes primært som en platform, hvor privatpersoner kan udveksle oplysninger med hinanden, skal erhvervsdrivende, der benytter sociale medier til markedsføring, være særligt opmærksomme på, at det til enhver tid skal fremgå klart, når brugerne af det sociale medie bliver udsat for markedsføring.

Uanmodet henvendelse

I punkt 3 benævnt uanmodet elektronisk kommunikation kommer standpunktet nærmere ind på, i hvilket omfang henvendelser eller meddelelser på sociale medier anses for elektronisk post²³:

”Ved *elektronisk post* forstås:

²² Min fremhævelse.

²³ Standpunktets s. 5, under ”3. Uanmodet elektronisk kommunikation”, afsnit 3 og 4.

”Enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren”.

En henvendelse eller meddelelse til en profil på et socialt medie vil være omfattet af forbuddet, hvis den erhvervsdrivende retter henvendelse ved brug af elektronisk post, som defineret ovenfor. Om en henvendelse er omfattet af begrebet elektronisk post, må bero på en konkret vurdering”.

Følgende 3 betingelser skal ifølge ovennævnte definition på elektronisk post være opfyldt:

1. Meddelelsen skal sendes via et *”offentligt kommunikationsnet”*.

Kommunikation, der sker via en tjeneste på internettet, som ikke på forhånd er afgrænset til en bestemt kreds af slutbrugere (fx et lukket forum forbeholdt fx universitetsstuderende), vil en meddelelse være sendt via et offentligt kommunikationsnet.

2. Meddelelsen skal *”lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil den hentes af modtageren”*.

Hvis meddelelser kun vises for brugere, der er online, men forsvinder, hvis dette ikke er tilfældet (fx popup-reklamer), vil man ikke kunne sige, at *meddelelsen lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil den hentes af modtageren*.

3. Meddelelsen skal *”sendes” til brugeren af det sociale medie*.

Det er et krav, at meddelelsen *sendes* til forbrugeren af det social medie. Af standpunktet fremgår, at *”Heri må indlægges den forudsætning, at meddelelsen sendes til en bestemt modtagers elektroniske adresse”*, som må forstås som opfyldende kravet om et definerbart modtagersubjekt samt en form for fjernkommunikation.

Standpunktet anfører, at et socialt medie kan være helt eller delvist teknisk indrettet således, at meddelelser ikke sendes til modtageren, men hentes af eller på anden måde udveksles med denne. Dette kan give anledning til tvivl om, hvorvidt en meddelelse kan anses for omfattet af definitionen om elektronisk post. Omvendt kan der anføres argumenter for at anse henvendelsen som sendt til brugeren af det sociale medie, hvis brugeren ikke kan forhindre modtagelse af henvendelsen, fx gennem egne indstillinger at sortere i meddelelser fra vennekredsen for derved at undgå kommercielle henvendelser.

Er henvendelsen omfattet af definitionen på elektronisk post med henblik på direkte markedsføring, er den kun lovlig, såfremt modtageren forudgående har givet et samtykke hertil.

Er henvendelsen ikke omfattet af definitionen på elektronisk post, fx fordi den ikke kan anses for sendt til modtageren, er det de nordiske forbrugerombudsmænds opfattelse, at henvendelsen er omfattet af e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 3. Det anføres, at direktivet finder anvendelse ved behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet. Ved *kommunikation* forstås, jf. artikel 2, litra d), oplysninger som *udveksles* eller *overføres* mellem et begrænset antal parter via en offentlig tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Bestemmelsen må anses for implementeret i dansk ret i markedsføringslovens § 6, stk. 3 om *andre midler til fjernkommunikation*.

Generelt set, nævner standpunktet også ansvar for uanmodet markedsføring, reglerne om samtykke samt muligheden for det frie valg, nemlig at frabede sig fremtidige henvendelser.

Standpunktet anfører, at det er den erhvervsdrivendes ansvar at sikre, at forbuddet mod uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post ikke overtrædes. Er den erhvervsdrivende i tvivl om, hvorvidt han eller hun retter henvendelse til en person ved brug af elektronisk post, bør den erhvervsdrivende, der ikke har brugerens udtrykkelige samtykke til markedsføring, enten undersøge det sociale medies tekniske indretning eller afholde sig fra at rette henvendelse til brugeren af det sociale medie.

Standpunktet anvender stort set samme kriterier for samtykke som det forrige standpunkt, dog med ordene ”aktivt, frivilligt, udtrykkeligt, konkretiseret og informeret”. I forlængelse heraf anføres, at et samtykke ikke kan indhentes via det sociale medies standardvilkår.

Er der givet samtykke til at den erhvervsdrivende kan sende markedsføring ved brug af elektronisk post, skal alle meddelelserne fra den erhvervsdrivende indeholde en adresse, som modtageren kan henvende sig til for at tilbagekalde samtykket og derved få standset fremtidige henvendelser²⁴.

Muligheden for at frabede sig fremtidige henvendelser gælder også i de tilfælde, hvor en erhvervsdrivende med det formål at foretage direkte markedsføring over for abonnenter eller brugere benytter *andre midler end elektronisk post til uanmodet kommunikation*²⁵. Adgangen hertil skal være nem.

Reglerne om uanmodet henvendelse gælder, når den erhvervsdrivende selv retter henvendelse til en bruger af et socialt medie, og når den erhvervsdrivende præmierer eller på anden måde belønner eller opfordrer brugerne af et socialt medie til at sprede meddelelser fra den erhvervsdrivende til andre brugere. En handling anses for præmieret eller belønnet, hvis brugeren kan opnå en fordel, fx en rabat, opnå eller få forøget en vinderchance i en konkurrence eller der på anden måde skabes et incitament til at sprede meddelelsen. Dette betyder, at de nordiske forbrugerombudsmænd anser anvendelse af delefunktioner for at være i strid med reglerne, hvis det sker på en sådan opfordring. Opfordrer den erhvervsdrivende brugerne til at sprede budskabet, vil den erhvervsdrivende blive ansvarlig, hvis reglerne ikke overholdes, dvs. hvis der ikke oplyses om muligheden for at frabede sig den uanmodede henvendelse.

Det samme gælder, hvis en brugers deltagelse i en konkurrence medfører, at hvis et kommercielt budskab viser sig på denne brugers Venners startside under Nyheder, skal disse have mulighed for at frabede sig fremtidige henvendelser fra den erhvervsdrivende.

²⁴ E-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 4, andet punkt.

²⁵ Jf. markedsføringslovens § 6, stk. 3. I Danmark kan man generelt frabede sig direkte markedsføring ved at lade sig registrere på ”Robinsonlisten”, som den erhvervsdrivende skal kontrollere, inden der rettes uanmodet henvendelse ved brug af andre midler til fjernkommunikation end elektronisk post, telefax eller et automatisk opkaldssystem til personen (dog ikke ved forudgående behørigt samtykke fra modtageren). Det kan dog være vanskeligt at håndhæve pligten til at kontrollere Robinsonlisten over for erhvervsdrivende, der markedsfører sig via sociale medier.

2.2.3. Nærmere om Forbrugerombudsmændenes fortolkning af direktiv 2002/58/EF (e-databeskyttelsesdirektivet), som ændret ved direktiv 2008/136/EF, i forhold til kommercielle meddelelser på Facebook²⁶

Idet Facebook i dag er det mest almindeligt anvendte sociale medie, har erhvervsdrivende efterspurgt forbrugerombudsmændene om deres holdning til, hvorvidt kommercielle henvendelser på Facebook kan anses for at være elektronisk post eller anden elektronisk kommunikation. Dette uddyber forbrugerombudsmændene i standpunktets bilag 1.

Heraf fremgår, at fsva. meddelelser til indboks og Timeline (profil) er forbrugerombudsmændene af den opfattelse, at meddelelser sendt til brugerens indboks eller opslåede meddelelser på dennes Timeline er omfattet af definitionen på elektronisk post, og således kræver et forudgående samtykke. En meddelelse slås op på brugerens væg, hvis brugeren ”synes godt om” den erhvervsdrivende. Det er forbrugerombudsmændenes opfattelse, at et klik på et ”synes godt om”-ikon ikke i sig selv opfylder kravene til et samtykke, idet det ikke er formuleret som et samtykke, der lever op til kravene til et samtykke.

Bannerannoncer viser sig kun på en computerskærm, og er placeret i højre side af skærmbilledet med en lille overskrift benævnt ”Sponsoreret”. Bannerannoncerne er placeret særskilt, og bryder ikke strømmen af nyheder/opslag på brugerens væg.

Bannerannoncer kan ikke anses for at være elektronisk post, da meddelelserne næppe lagres, indtil de hentes af modtageren, og da de normalt ikke kan anses for at være sendt til en bestemt modtager. Efter de nordiske forbrugerombudsmænds opfattelse kan de heller ikke anses for at være *anden uanmodet kommunikation*, hvis formål er direkte markedsføring, jf. e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 3. Dvs. at der ikke kræves et samtykke, og der skal heller ikke være mulighed for at frabede sig bannerannoncer.

De meddelelser, som viser sig for brugeren under ”Nyheder (News feed)” kan bl.a. være ”statusopdateringer” fra erhvervsdrivende, som brugeren har tilkendegivet at ”synes godt om”. Der kan også være tale om meddelelser om, at brugerens venner ”synes godt om” en bestemt erhvervsdrivende, oplysninger som følge af, at en af brugerens venner har ”delt” en oplysning eller billede fra en erhvervsdrivende, eller meddelelser om, at en ven har deltaget i en konkurrence.

Det opfattes som usikkert, hvorvidt meddelelser fra erhvervsdrivende, som viser sig under brugerens ”Nyheder” er omfattet af definitionen på elektronisk post. Indtil der er opnået en større afklaring af dette spørgsmål, er det de nordiske forbrugerombudsmænds opfattelse, at sådanne henvendelser må anses for at være ”anden uanmodet kommunikation”, jf. e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 3, som modtageren skal kunne frabede sig at modtage, når meddelelsens formål er markedsføring. De nordiske forbrugerombudsmænd vil drøfte fortolkningen af de omhandlede regler med EU-Kommissionen og de europæiske håndhævelsesmyndigheder.

Differentiering af spredning/deling af kommercielle meddelelser

Det skal slutteligt fra det fællesnordiske standpunkt her fremhæves, at hvis en spredning eller deling alene beror på brugerens egen beslutning, vil forbrugerombudsmændene ikke anse meddelelsen for omfattet af reglerne om uanmodet markedsføring. Dog skal brugerens venner

²⁶ SE <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/Sociale-medier#4> - bilag 1.

stadig have mulighed for at frabede sig fremtidige meddelelser fra den erhvervsdrivende, hvis deltagelse i en konkurrence medfører, at et kommercielt budskab viser sig på brugerens væg og derefter på vennernes startside under Nyheder.

Hermed må sidestilles meddelelser om, at en bruger har benyttet et tilbud hos en erhvervsdrivende, og meddelelse herom fremkommer under Nyheder hos brugerens venner.

Hvad er rækkevidden så?

Rækkevidden af uanmodet henvendelse på de sociale medier er indtil videre ret uafklaret. Der er ikke nogen retspraksis på området, og der er tvivl om karakteren af de forskellige markedsføringsformer - hvorvidt disse er elektronisk post eller anden uanmodet henvendelse/kommunikation. Der er enighed om, at bestemmelserne om uanmodet henvendelse er teknologineutrale, og således også bør finde anvendelse på sociale medier, som det fremgik i begge fællesnordiske standpunkter.

Den manglende subsumption af de forskellige kommercielle meddelelser på de sociale medier gør denne platform til et vildt vesten for erhvervsdrivende, og skaber retsusikkerhed om retsgrundlaget. Dette har ført til den fællesnordiske forespørgsel om en diskussion på området på EU-niveau.

Lektor og ph.d. Jan Trzaskowski har belyst problematikken og retsområdet i sin artikel U.2012B.310 – ”Uanmodet henvendelse i sociale medier”, hvis væsentlige punkter her vil blive fremhævet og diskuteret.

2.3. Artikel U.2012B.310 – ”Uanmodet kommunikation i sociale medier” af lektor, ph.d. Jan Trzaskowski

Jan Trzaskowski diskuterer i sin artikel ”U.2012B.310 – Uanmodet kommunikation i sociale medier” hvorvidt kommerciel kommunikation i sociale medier er omfattet af forbuddet mod uanmodet elektronisk post.

Artiklen tager sit udgangspunkt i de nordiske forbrugerombudsmænds diskussioner i forbindelse med deres standpunkt til markedsføring via sociale medier, som satte spørgsmålstejn ved, om kommercielle meddelelser, der vises på brugerens News Feed – uden at brugeren på forhånd har anmodet om det – er uanmodet elektronisk post.

Det slås i artiklen først fast, hvad sociale medier er: Applikationer/tjenester på internettet, som tillader aktører i et personligt afgrænset netværk at kommunikere med hinanden. I de nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt forstås ved ”sociale medier” en onlinetjeneste, hvor privatpersoner har mulighed for at oprette profiler og kommunikere med hinanden, herunder dele oplysninger og indhold, som fx tekst, billeder, lydfiler mv. Som eksempler nævnes chatrum, spil og sociale netværkstjenester. Det angives under punkt 2 i standpunktet²⁷, at sociale medier primært opfattes som en platform, hvor privatpersoner kan udveksle oplysninger med hinanden. Trzaskowski fremhæver som forbrugerombudsmændene, at udviklingen på

²⁷ Forbrugerombudsmændenes standpunkt om markedsføring via sociale medier.

især Facebook dog synes at trække i retning af en platform, hvor også virksomheder kan kommunikere og interagere med deres ”fans”.

Trzaskowski gennemgår herefter de 4 hovedkommunikationsformer for kommercielle meddelelser²⁸. Efter denne gennemgang redegøres for unionsretten på området, som er det væsentligste aspekt ved artiklen.

2.3.1. Unionsretten

Det anføres, at den primære regulering af uanmodet henvendelse med direkte markedsføring for øje pt. er reguleret i art. 13 i direktiv 2002/58 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor, som er et teleretligt direktiv.

Reguleringen af uanmodet henvendelse bestod oprindeligt af 3 EU-direktiver – fjernsalgsdirektivet 97/7/EF, ISDN-direktivet 97/66/EF samt datadirektivet 95/46/EF, som alle tre dannede grundlag for den danske markedsføringslovs § 6. ISDN-direktivet er nu ophævet og erstattet af ovennævnte direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (herefter benævnt e-databeskyttelsesdirektivet).

Trzaskowski anfører, at ved ”uanmodet kommunikation” forstås i direktiv 2002/58/EF henvendelser, hvor abonnenter eller brugere ikke har givet deres forudgående samtykke til henvendelsen. Artikel 13 finder alene anvendelse på abonnenter, der er fysiske personer, og bestemmelsens ordlyd anvender dog kun begrebet ”abonnent” for modtager af den uanmodede kommunikation.

Forbuddet omfatter anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger og kommunikationssystemer uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) og *elektronisk post* med henblik på direkte markedsføring²⁹.

2.3.1.1. Elektronisk post

Ifølge artikel 2, stk. 1, litra h i direktivet om databeskyttelsen inden for elektronisk kommunikation er elektronisk post ”enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som kan lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren”.

Det er denne definition, der giver anledning til de nordiske forbrugerombudsmands tvivl, idet det i henvendelsen til EU-kommissær John Dalli anføres, at brugere af Facebook oplever, at uanmodet kommerciel kommunikation sendes via *news feed*. Det anføres videre, at systemet er indrettet således, at kommunikationen formentlig ikke er ”sendt” til brugerne, som krævet i definitionen”.

Definitionen af elektronisk post består af fem kumulative betingelser:

1. Der skal foreligge en ”meddelelse” (i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede)
2. Meddelelsen skal ”sendes”

²⁸ Se bilag 5.

²⁹ Undtagelsen hertil findes dog i art. 13, stk. 2, som er implementeret i dansk ret ved markedsføringslovens § 6, stk. 2.

3. Forsendelsen skal ske via et "offentligt kommunikationsnet"
4. Meddelelsen skal kunne "lagres" i netværket eller i modtagerens terminaludstyr
5. Meddelelsen skal kunne "hentes af modtageren"

Ad 1. Meddelelse

Ved en meddelelse forstås information, som formidles fra en afsender til en modtager. Både *beskeder*, *news feeds* og *annoncer* må betragtes som meddelelser, der formidles fra virksomheden til brugeren.

Dette er i tråd med grundbetingelserne om, at der er tale om et objekt, et afsender- og modtagersubjekt.

Trzaskowski stiller imidlertid spørgsmål ved, om den fjerde grundbetingelse om *direkte kommunikation*, altså om der er tale om, at kommunikationen sendes *individuel*. Det fremhæves, at der ved elektronisk post er fokus på "individuek kommunikation", som det også kommer til udtryk i e-handelsdirektivets tilføjelse "eller tilsvarende individuel kommunikation" i forbindelse med e-post. E-handelsdirektivet indeholder dog ikke en definition af elektronisk post. Trzaskowski nævner, at selv om kun *beskeder* synes at være sendt individuelt, kan man argumentere for, at *news feeds* og *annoncer* også genereres individuelt (af en algoritme).

Ad 2. Sendes

At meddelelsen skal sendes må forstås således, at den "formidles" mellem afsender og modtager. Trzaskowski anfører, at da elektronisk post teknisk set ikke sendes, men kopieres fra afsenderens udstyr til modtagerens, ville e-mail falde uden for definitionen, hvis man alene fokuserede på teknikken. I det lys må "sendes" forstås således, at afsenderen træffer en beslutning om og foranstaltninger til, at meddelelsen formidles til modtageren.

Beskeder vil naturligvis være omfattet, men Trzaskowski anfører, at *news feeds* og *annoncer* må falde udenfor, bl.a. fordi de ikke rettes individuelt til modtageren, men via det sociale medies algoritme gøres tilgængelig for en del af en (ofte veldefineret) gruppe af brugere. På den ene side argumenteres for, at virksomheden ved, hvad den publicerer, men modsat har virksomheden dog ingen kontrol over, hvorvidt og hvorledes meddelelsen præsenteres over for de enkelte brugere – dette afgøres af den algoritme, som det sociale medie anvender.

Ad 3. Offentligt kommunikationsnet

At forsendelsen skal ske via et offentligt kommunikationsnet diskuteres under det følgende afsnit (2.3.1.2. *Telelovgivningens anvendelsesområde*). Indtil videre lægges det til grund, at denne betingelse er opfyldt for kommunikation i sociale medier.

Ad 4. Lagres

Beskeder lagres automatisk i de sociale medier (og ikke i modtagerens terminaludstyr). *Annoncer* og *news feeds* lagres derimod ikke, idet disse genereres til brug for visning, hver gang brugeren tilgår eller opdaterer en side på det sociale medie.

Ad 5. Hentes

Trzaskowski anfører, at det at meddelelsen skal "hentes" ("collect") måske er det mest problematiske kriterium i definitionen. Traditionel e-mail hentes ofte ned på modtagerens computer, men i mange tilfælde lagres e-mail på en ekstern server (fx virksomhedens eller en online mailtjeneste som Hotmail eller Gmail, hvor de aldrig bliver hentet, men læst). Man må

dog anlægge den pragmatiske holdning, at e-mail trods alt hentes til disse servere. Alternativt måtte i hvert fald online mailtjenester falde uden for definitionen. Det betyder, at også *beskeder* i sociale medier er omfattet, men ikke *news feeds* og *annoncer*. Hvis man i stedet valgte at antage, at "hentes" skal sidestilles med "læses", vil kriteriet omfatte alle tre typer af kommunikation, hvoraf i hvert fald *news feeds* og *annoncer* dog fortsat vil falde uden for den samlede definition, jf. kriterierne ovenfor.

Ad 6. Med henblik på direkte markedsføring

Trzaskowski anfører, at der ingen definition af direkte markedsføring findes i hverken de specifikke eller de generelle teleretsdirektiver, men at det er Artikel 29-gruppens³⁰ opfattelse, at artikel 13 dækker "enhver form for salg fremme, herunder direkte markedsføring ved velgørenhedsorganisationer og politiske organisationer (fund raising osv.). I forarbejderne til den danske implementering anvendes begrebet "markedsføringsøjemed"³¹, og "direkte markedsføring" defineres som den erhvervsdrivendes henvendelse til én eller flere bestemte personer.

Det anføres endvidere i artiklen, at Forbrugerombudsmanden som bekendt i sin spamvejledning opfatter begrebet "direkte markedsføring" som reklamehenvendelser i bred forstand, dvs. ikke alene reklame for konkrete varer eller ydelser, men også henvendelser, der alene har til formål at skabe opmærksomhed om den erhvervsdrivendes navn ("branding"). I vejledningen henvises til UfR 2007.2905 H, hvor et it-firma blev dømt for pr. e-mail at udsende invitationer til en computermesse, hvortil der var gratis adgang. Højesteret lagde dog særlig vægt på, at virksomheden selv optrådte på messen med salg for øje.

Trzaskowski finder, at det må antages, at begrebet skal fortolkes bredt, men anfører, at det formentlig ikke kan udelukkes, at EU-Domstolen måske vil anvende en snævrere autonom unionsretlig definition i mangel af egentlige holdepunkter. I den forbindelse må det antages, at "*med henblik på direkte markedsføring*" må forstås mere snævert end fx "*kommerciel kommunikation*", der i e-handelsdirektivet er defineret som "alle former for kommunikation bestemt til direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenester eller til etablering af et image for en virksomhed, en organisation eller en person, som udøver handels- industri- eller håndværksvirksomhed...". Det anføres videre, at det afgørende må være, at henvendelsen sker som led i en individuel kommunikation og med henblik på indgåelse af en fremtidig aftale. Spørgsmålet er herefter, hvor tæt forbindelsen skal være mellem henvendelsen og den potentielle aftale.

Ud fra en ordlydsfortolkning antager Trzaskowski, at *beskeder* i sociale medier umiddelbart må betragtes som elektronisk post med henblik på direkte markedsføring, hvorimod *news feeds* og *annoncer* falder uden for definitionen. Derudover anføres, at det også ud fra en formålsfortolkning vil være tvivlsomt at inkludere *news feeds* og *annoncer*, da de ikke på samme måde som elektronisk post er byrdefulde for modtageren, og at disse kommunikationsformer i højere grad ligner traditionelle annoncer end egentlig elektronisk post. Der henvises i artiklen til de første EU-regler og den danske bestemmelse om uanmodede kommercielle henvendelser og forarbejderne hertil³².

³⁰ Artikel 29-gruppen er nedsat i medfør af artikel 29 i det generelle persondatadirektiv, direktiv 95/46, og har til formål at være et uafhængigt og rådgivende organ, som bidrager til en ensartet anvendelse af direktivet mv.

³¹ Lovforslag nr. L 213 af 1. marts 2000, punkt 3.2.1.

³² Nærmere om retsgrundlaget følger nedenfor i afsnit 4. *Det teoretiske grundlag for reglerne om uanmodet henvendelse.*

2.3.1.2. Telelovgivningens anvendelsesområde

Det unionsretlige spam-forbud befinder sig i den teleretlige lovgivning, som består af et rammedirektiv (direktiv 2002/21/EF om fællesbestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og tjenester) og dertil særdirektiver, som regulerer adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet 2002/19), tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og –tjenester (tilladelsesdirektivet 2002/20), forsyningspligt (forsyningspligtdirektivet 2002/22) og databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation (direktiv 2002/58 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred).

Inden for teleretten sondres mellem transporttjenester og indholdstjenester. Teleretten regulerer førstnævnte, transporttjenester, mens indholdstjenester er reguleret af anden lovgivning, herunder navnlig e-handelsdirektivet fsva. informationssamfundstjenester.

Direktivernes anvendelsesområde i den førnævnte teleretlige rammelovgivning er tjenester, som består udelukkende eller overvejende af overførsel af signaler via elektroniske kommunikationsnet. Elektroniske kommunikationsnet forstås som *”transmissionssystemer... som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserede fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder Internettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til radio- og tv-spredning, samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres”*. Det er således et væsentligt karaktertræk ved de omfattede tjenester, at information overføres fra et sted til et andet, og at det er leveringen af et elektronisk kommunikationsnet, der er genstand for regulering.

Rammedirektivets betragtning 10 påpeger, at der i definitionen af informationssamfundstjenester indgår en bred vifte af økonomiske online-aktiviteter, og at de fleste af disse aktiviteter ikke er omfattet af rammedirektivet, da de ikke udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet, men er en indholdstjeneste. Dette kaldes også webbaseret indhold, hvilket vil sige, at indholdet tager udgangspunkt i måden, Internettet bruges på, fx at en tjeneste som Facebook giver mulighed for at danne netværk med venner og bekendte, dele billeder osv.

Spørgsmålet om placeringen af sociale medier har betydning for, om telelovgivningen, hvori spamforbuddet forefindes, finder anvendelse på sociale medier. Trzaskowski anfører, at sociale medier er tjenester, der angår levering af webbaseret indhold, altså indholdstjenester, som ikke er omfattet af telelovgivningen, og dermed ikke er omfattet af det teleretlige spamforbud. På grund af teledirektivernes snævre anvendelsesområde finder spamforbuddet her ikke anvendelse på indholdstjenester, idet de som nævnt ikke udelukkende eller overvejende består i overførsel af signaler via elektroniske kommunikationsnet.

Trzaskowski mener, at det ”synes klart” at der har været tale om et bevidst ønske om at undtage informationssamfundstjenester som fx sociale medier (webbaseret indhold) fra telelovgivningen. Spørgsmålet opstår dog imidlertid i forbindelse med at digital kommunikation i høj grad har flyttet sig fra teletjenester til webtjenester, som fx sociale medier.

Trzaskowski belyser problemstillingens nuancer med webmailtjenester og IP-telefoni. Hvis en tjeneste, som udbydes, er forbundet med det traditionelle net, så er den omfattet af telelovgivningen. Er den ikke forbundet med det traditionelle net, er den ikke omfattet. Her følger undertegnede eksempler.

Eksempler, som ikke er omfattet af telelovgivningen:

- e-mails sendt inden for en bestemt webmailtjeneste, fx Hotmail eller Gmail (afsender og modtager har samme webmailtjeneste).
- Skype-opkald fra én Skype-konto til en anden.
- Private beskeder sendt fra én Facebookkonto til en anden.

Eksempler, som er omfattet af telelovgivningen:

- e-mails sendt fra én webmailtjeneste til en anden, fx fra en Hotmail-konto til en Gmail-konto.
- Skype-opkald fra en Skypekonto til et mobilnummer.
- Private beskeder sendt fra en Facebookkonto til en e-mail.

Forskellen ligger i, om der er tale om transmission i et lukket kommunikationsnet (inden for en webtjeneste) eller om transmissionen sker mellem flere kommunikationsnet. Så snart tjenesterne er forbundet med det traditionelle net (muligheden for at sende e-mails til en hvilken som helst e-mail-adresse eller på samme måde en adgang til hele telefonnettet), vil telelovgivningen finde anvendelse, og således også det teleretlige spamforbud.

Trzaskowski anfører i artiklen, at særligt webmailtjenester i høj grad minder om traditionel elektronisk post, fordi de i modsætning til mange sociale medier giver adgang til at sende beskeder uden for ét kommunikationssystem. Trzaskowski finder, at det ville være absurd, hvis man kunne omgå det generelle forbud ved at sende uanmodede kommercielle beskeder inden for en webmail-tjeneste, hvorfor det ikke kan udelukkes, at EU-Domstolen kan komme frem til, at elektronisk post er et autonomt unionsretligt begreb, som også omfatter elektronisk post sendt i samme webmailtjeneste.

Det fremhæves i artiklen, at ifølge betragtning 61 i forbrugerdirektivet (direktiv 2011/83/EF om forbrugerrettigheder) regulerer direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation allerede uanmodet kommunikation og sikrer et højt forbrugerbeskyttelsesniveau, hvorfor de "tilsvarende" bestemmelser i fjernsalgsdirektivet derfor ikke er nødvendige.

Trzaskowskis artikel gør opmærksom på det faktum, at hvis de to direktivers bestemmelser på området skal forestille at være tilsvarende (fjernsalgsdirektivet og direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation), tyder det umiddelbart på, at fjernsalgsdirektivets anvendelsesområde for uanmodet henvendelse er bredere end teledirektivets. Bestemmelsen, art. 10 i fjernsalgsdirektivet, ophæves med virkning fra d. 13. juni 2014 af forbrugerdirektivet, men henviser dog til teledirektivets bestemmelse om uanmodet kommunikation, jf. forbrugerdirektivets sammenligningstabel (bilag II), hvor det i parentes anføres "se dog artikel 13 i direktiv 2002/58/EF".

2.3.1.2.1. Teknikneutralitet

Man har i direktivets definition tilstræbt teknikneutralitet, dvs. at der lægges vægt på, at de nævnte principper finder anvendelse uanset teknik, teknologi og form. Derfor er det næppe en forudsætning, at den pågældende kommunikationsform var kendt, da definitionen blev forfattet - også selvom News Feeds først er dukket op i 00'erne. Direktivets artikel 13 blev i øvrigt ændret i 2009, uden at man fandt anledning til at justere definitionen.

Formålet med direktivforslaget fra 2000 var primært at tilpasse og ajourføre de eksisterende bestemmelser efter den udvikling, der allerede er sket, eller *som kan forventes* inden for elektroniske kommunikationstjenester og -teknologier. Dette fremgår ligeledes af betragtning 4 til direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, nemlig at direktivet tilpasses "markedsudviklingen og den teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester for at sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på...". I det reviderede ændringsforslag fra 2009 fremgår også et ønske om at holde bestemmelsen teknologineutral ved at undgå begrebet "link" i artikel 13, stk. 4 begrundet i "Formålet... at understrege vigtigheden af princippet om teknologineutralitet"³³.

I direktivforslagets bemærkningerne til artikel 13 i direktiv 2002/58/EF fremgår, "...at artiklen udvides til at omfatte alle former for elektronisk kommunikation", og at "elektronisk post skal være omfattet af tilvalgssystemet". Justeringen skete bl.a. med udgangspunkt i, at udtrykket "telefoniske henvendelser" blev fortolket meget snævert i visse landes gennemførelseslovgivning, så den kun gjaldt for uønskede taletelefoniske henvendelser med henblik på direkte markedsføring og ikke for direkte markedsføring via e-post eller andre nye kommunikationsformer.

Diskussionen ovenfor viser dog, at man på trods af ønsket om teknikneutralitet, formentlig ikke har taget den mulighed i betragtning, at kommunikationen kunne flytte sig fra transporttjenester til indholdstjenester.

Trzaskowski konkluderer, at der hverken er tvivl om, at man ønsker en teknologineutral bestemmelse eller at man ønsker at fastholde fokus på mere traditionelle teletjenester. Det fastholdes i artiklen, at det synes åbenbart, at sociale medier ikke er omfattet af telereguleringen, idet sociale medier må betragtes som en webtjeneste. Det fremhæves dog, at det på den anden side langt fra er utænkeligt, at EU-Domstolen vil lægge betydelig vægt på ønsket om teknikneutralitet og således komme frem til, at i hvert fald visse henvendelsesformer må betragtes som elektronisk post.

Trzaskowski fremhæver et eksempel fra amerikansk ret, hvor en bred fortolkning blev lagt til grund i sagen *MySpace v. The Globe.com*. I sagen argumenterede sagsøgte for, at forbuddet mod uanmodede henvendelser ikke fandt anvendelse, fordi beskeder sendt i MySpace's (et socialt medie) private besked-system ikke var omfattet af anvendelsesområdet. Elektronisk post ("electronic mail message") var defineret som "a message sent to a unique electronic mail address". Domstolen fandt dog, at "the overarching intent of this legislation is to safe-

³³ Se U.20013B.310, note 39 for henvisning.

guard the convenience and efficiency of the electronic messaging system, and to curtail overburdening of the system's infrastructure", og fastslog, at der var tale om elektronisk post.

Dommen her er klart udtryk for en formålsfortolkning, og tyder på, at man ikke har fulgt en stringent spamretlig definition.

Højesteret har i fortolkningen af den danske bestemmelse fastslået³⁴, at det danske forbud i den daværende § 6 a (nuværende § 6), naturligt må forstås som "omfattende alle former for meddelelser, som sendes elektronisk". Herudover anføres, at bestemmelsen er teknologineutral og finder anvendelse på såvel "allerede kendte former for teknologi til elektronisk forsendelse af meddelelser som nye former, og uanset om disse betegnes som e-mails, talebeskeder, videobeskeder, mms'er sms'er eller noget helt andet, og uanset om de helt eller delvist sendes via landbaserede eller luftbårne netværk". Højesteret synes hermed at lægge op til en bredere definition af elektronisk post i dansk ret end den, der findes i det unionsretlige forbud, hvor henvendelsen skal sendes helt og ikke delvist via et offentligt kommunikationsnet.

2.3.1.2.2. Hvis telelovgivningen ikke gælder, hvad gælder så? Elektronisk post i national ret

Antages det, at elektroniske henvendelser på sociale medier falder uden for anvendelsesområdet for direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, er der i princippet intet til hinder for anvendelsen af en bredere definition ved fortolkning af markedsføringslovens § 6, som også omfatter forskellige henvendelsesformer i sociale medier.

Trzaskowski anfører dog, at man være opmærksom på, at reguleringen af erhvervsdrivendes handelspraksis skal være i overensstemmelse med den totalharmonisering, der følger af handelspraksisdirektivet, og som indebærer, at man ikke kan indføre "per se"-forbud, som ikke findes i direktivets sortliste (bilag I).

Undertegnede forfatter er dog ikke enig i denne fortolkning af sortlisten. I henvisningen til direktivets sortliste (bilag I) findes i art. 5 om forbud mod urimelig handelspraksis i stk. 5, og har følgende ordlyd: *"I bilag I findes fortegnelsen over former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige. Den samme fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af dette direktiv"*.

Ud fra denne ordlyd og en formålsfortolkning kan argumenteres for, at de nævnte former for handelspraksis i bilaget er former, som først ved en revision af direktivet kan *undtages* fra sortlisten, hvis man lægger vægt på ordene "former, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige". Formålet med sortlisten er at klarlægge, hvad der under alle omstændigheder betragtes som urimelige, og der kan altså argumenteres for, at bestemmelsen således også lader et spillerum være åben for fortolkning af, om andre former for handelspraksis kan omfattes af bestemmelsen. Ud fra dette synspunkt kan man sige, at det således godt kan være muligt at indfortolke forbud, som befinder sig i området mellem former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige og de, der er rimelige. Det kan anføres, at der er tale om et totalharmoniseringsdirektiv, men på dette punkt synes det klart, at der er tale om totalharmonisering af, hvilke former der under alle omstændigheder opfattes som urimelig handelspraksis, således at der i princippet godt kan indfø-

³⁴ U 2005.3446 H.

res per se-forbud, som ikke fremgår af sortlisten, men som omvendt ikke er så klare, at de kan optages på sortlisten, men lader andre former være genstand for fortolkning af omstændighederne.

Trzaskowski anfører, at det dog følger af artikel 3, stk. 4, at i tilfælde af uoverensstemmelse mellem handelspraksisdirektivets bestemmelser og andre fællesskabsbestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis vil sidstnævnte gælde for de pågældende særlige aspekter. Endelig følger det af artikel 3, stk. 5, at medlemsstaterne frem til 12. juni 2013 kan opretholde nationale bestemmelser, som er mere restriktive eller præskriptive, og som implementerer direktiver med bestemmelser om minimumsharmonisering. Revisionsbestemmelsen i artikel 18 giver dog mulighed for en eventuel forlængelse af perioden.

Det anføres, at handelspraksisdirektivet ikke indeholder et forbud mod uanmodede henvendelser, og da det, jf. ovenfor, må antages, at sociale medier ikke er omfattet af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation, kan et bredere og mere restriktivt nationalt forbud kun opretholdes, hvis den nationale bestemmelse er implementeret i medfør af et minimumsdirektiv, eller et bredere forbud kan udledes af anden unionsretlig regulering.

Trzaskowski fremhæver, at spambestemmelsen oprindeligt er indført med udgangspunkt i fjernsalgsdirektivet 97/7, som er et minimumsdirektiv, jf. direktivets artikel 14. Direktivet, som ikke er et ("snævert") teledirektiv, indeholder i artikel 10 et forbud mod en leverandørs anvendelse af opkaldsautomat og telefax (men ikke elektronisk post) uden forudgående samtykke fra forbrugeren ("opt in"). Da direktivet er et minimumsdirektiv, kan en bredere national bestemmelse opretholdes med henvisning hertil³⁵. Det understreges, at sådanne strengere regler kun kan opretholdes indtil d. 12. juni 2013, og at fjernsalgsdirektivet i øvrigt er ophævet pr. 13. juni 2014, jf. forbrugerrettighedsdirektivets artikel 31.

Diskussion af denne problemstilling følger senere.

Trzaskowski bemærker for fuldstændighedens skyld, at direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation i artikel 13, stk. 3 regulerer anvendelse af "andre kommunikationsformer" til formål, der karakteriseres som direkte markedsføring. Medlemsstaterne skal således træffe de fornødne foranstaltninger for, at sådan uanmodet kommunikation, hvis formål er direkte markedsføring, ikke er tilladt, enten i forhold til abonnenter eller brugere, som ikke har givet deres samtykke til at modtage sådan kommunikation (opt in) eller som har frabedt sig at modtage sådan kommunikation (opt out). Det tilkommer således den enkelte medlemsstat at vælge mellem de to muligheder, dog med det krav at begge muligheder skal være gebyrfrie for abonnenten eller brugeren.

Trzaskowski anfører, at der af bestemmelsen er tale om at såvel abonnenter som brugere er omfattet, men af bestemmelsens ordlyd fremgår dog kun betegnelsen abonnenter.

Opt-out-modellen er indført i dansk ret i markedsføringslovens § 6, stk. 3. Man kan således argumentere for, at hjemlen til at forbyde uanmodede henvendelser i sociale medier findes her. Men igen forudsætter Trzaskowski jf. analysen ovenfor, at indholdstjenester som sociale medier ikke er omfattet af direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation,

³⁵ Medlemsstaterne skal dog, jf. artikel 10, stk. 2, som minimum sørge for, at andre fjernkommunikationsteknikker (ud over opkaldsautomat og telefax) som tillader individuel kommunikation, kun må anvendes, hvis forbrugeren ikke klart modsætter sig det ("opt out").

og at direktivet således alene er *lex specialis* i forhold til handelspraksisdirektivet fsva. transporttjenester.

Det anføres videre, at efter handelspraksisdirektivets artikel 8 kan man efter en konkret vurdering forbyde aggressiv handelspraksis, som ”i sin faktuelle sammenhæng ... ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad ... kan forventes væsentligt at indskrænke gennemsnitsforbrugers valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet”. Som aggressiv handelspraksis betragtes, jf. bilagets (benævnt bilag 1) punkt 26 under alle omstændigheder *vedholdende og uønskede henvendelser* pr. telefon, telefax, e-mail eller *andre fjernkommunikationsmedier*, uden at dette dog berører [forbuddene om uanmodede henvendelser] fjernsalgsdirektivet, persondatadirektivet og direktivet om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation. Handelspraksisdirektivet tager således med sit fokus på ”uønskede” (i modsætning til ”uanmodede”) henvendelser udgangspunkt i en opt-out-model, som forbyder henvendelser, som forbrugeren positivt har frabet sig (jf. ”uønskede”).

2.3.2. Trzaskowskis konklusion

Trzaskowski anfører, at de nordiske forbrugerombudsmænds orientering til Kommissionen om, at de ikke finder definitionen på elektronisk post for tidsvarende, er på sin plads. Der er således lagt op til en drøftelse af spørgsmålet i europæisk regi. Som det er fremgået, er der tvivl om anvendelse af spamforbuddets anvendelse på sociale medier, og Trzaskowski anfører, at det nok ikke så meget er spørgsmålet, om *news feeds* er omfattet af begrebet elektronisk post, men mere om, hvorvidt sociale medier i det hele taget er omfattet af telelovgivningen.

Trzaskowski fremhæver, at der ikke kan herske tvivl om, at et socialt medie er en informationssamfundstjeneste, og at det som udgangspunkt må betragtes som en tjeneste, der angår levering af webbaseret indhold, der således falder uden for telelovgivningen, og dermed også forbuddet mod uanmodet henvendelse.

Efter Trzaskowskis opfattelse kan der indtil d. 12. juni 2013 i national ret opretholdes en bredere definition af elektronisk post, som også omfatter *beskeder* i sociale medier, men at *news feeds* og *annoncer* dog næppe kan indeholdes i ordlyden af det danske spamforbud (markedsføringslovens § 6, stk. 1). Efter d. 12. juni 2013 skal uanmodede henvendelser i sociale medier vurderes i lyset af reglerne i handelspraksisdirektivet, der indeholder et forbud mod at sende beskeder, hvis forbrugeren har modsat sig dette (opt out).

Trzaskowski anfører, at diskussionen illustrerer de lovgivningsmæssige udfordringer, som følger i kølvandet på mediekonvergens³⁶, og at spørgsmålet om fremsendelse af uanmodede henvendelser i sin grundsubstans synes at være et markedsføringsretligt problem. Derfor er det uhensigtsmæssigt, at emnet er reguleret i telelovgivningen. Udsendelsen af elektronisk post er også reguleret i den unionsretlige markedsføringsret, og det anbefales af Trzaskowski derfor, at hele reguleringen af dette emne med tiden flyttes hertil. I denne sammenhæng bør man forholde sig til, at uanmodede *beskeder* i sociale medier deler væsentlige karaktertræk med traditionel elektronisk post.

³⁶ Jan Trzaskowski henviser her i det hele til Søren Sandfeld Jakobsens ph.d.-afhandling: Medieret i Informationssamfundet, Jurist- og Økonomforbundet forlag 2004.

Det understreges afslutningsvist, at man ved markedsføring i sociale medier skal overholde de betingelser, som man accepterer ved brug af tjenesten. Problemstillingen er klart illustreret i ovennævnte amerikanske sag (*MySpace v. The Globe.com*), hvor sagsøgte skulle betale en erstatning på \$50 for hver af de 399.481 beskeder, der blev sendt i strid med MySpace's brugerbetingelser.

Artiklen er medtaget i denne fremstilling, fordi den viser, at der er tale om et uklart retsområde, hvori flere direktiver medtages som en potentiel rettesnor. Der vil senere i fremvisningen blive gjort op med spørgsmålet om det rette retsgrundlag, og således vil der i første omgang blive taget stilling til, om den umiddelbare retsstilling for forbrugeren er tilfredsstillende.

3. Forbrugernes / brugernes retsstilling – er den tilfredsstillende?

Forbrugerombudsmanden har i 2013 otte særligt prioriterede indsatsområder³⁷ – herunder nye former for markedsføring via internettet. Årsagen er, at brugen af internettet, herunder de sociale medier, apps mv., er i rivende udvikling, og der skabes stadig nye muligheder for markedsføring. Navnlig Facebook, der har mange brugere, er en meget anvendt kanal for de erhvervsdrivendes spredning af markedsføringsbudskaber. Antallet af erhvervsdrivende på Facebook er formentlig proportionelt steget med antallet af brugere, hvilket er gået meget stærkt. Fra 2006 blev Facebook åbnet op for alle³⁸ og ved årsskiftet 2012/2013 rundede tjenesten 1 mia. brugere.

I den anledning ønsker Forbrugerombudsmanden at have fokus på, hvordan sociale medier anvendes til markedsføring, og om nye markedsføringsmetoder rejser spørgsmål om overtrædelse af markedsføringsloven og anden forbrugerbeskyttende lovgivning.

Dette speciale berører en vigtig flig af dette spørgsmål, nemlig retsgrundlaget for uanmodet henvendelse, og har i det foregående forsøgt at klarlægge de forskellige opfattelser af, hvad der er gældende ret på området. Svarene er dog langt fra enslydende.

Det blev i første omgang i denne fremstilling klarlagt, hvad spam ifølge dansk lovgivning er, og kan ganske kort ridses op med elementerne modtagersubjekt (en bestemt modtager, direkte markedsføring), afsendersubjekt, objekt (markedsføringsbudskab/branding) samt det fjerde, men mere abstrakte element, kommunikationsteknik, der anvendes. Det er dog klart, at der er tale om fjernkommunikationsteknik, forstået på den måde, at hverken modtager- eller afsendersubjekt er fysisk til stede på samme tid og sted (som i betingelserne for fjernsalg), når objektet formidles, uanset om det sker i form af lyd, billede, tekst osv.

I det følgende og hele forudsættes, hvor ikke andet nævnes, at de tre første betingelser er opfyldt, således at betingelserne om modtagersubjekt (om en bestemt modtager/direkte markedsføring), afsendersubjekt (erhvervsdrivende) samt objekt (markedsføringsbudskab/branding) er opfyldt.

³⁷ Se <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Om-Forbrugerombudsmanden/Strategi-og-indsatsomraader-/Indsatsomraader>

³⁸ <http://www.facebook.com/facebook/info>

Kommunikationsformerne er teknisk set delt op i to, nemlig i de former, hvor modtager skal give samtykke før en uanmodet henvendelse er lovlig (opt in), eller hvor modtager skal have mulighed for at sige fra til uanmodet henvendelse fremover (opt out). Det er klart, at telefonisk henvendelse³⁹, automatisk opkaldsmaskine, telefax og elektronisk post er omfattet af opt in-løsningen, og at øvrige kommunikationsformer er omfattet af opt out-løsningen.

Grænselandet herfor er problematiseret ved definitionen om elektronisk post. Er et markedsføringsbudskabs kommunikationsform omfattet af definitionen på elektronisk post, er der tale om ulovlig markedsføring, såfremt der ikke forudgående er indhentet samtykke til kommunikationen. Er markedsføringsbudskabets kommunikationsform ikke omfattet af definitionen på elektronisk post, er der tale om en kommunikationsform, hvor modtageren skal have mulighed for at frabede sig yderligere uanmodet kommunikation fra denne afsender. Mere herom senere.

3.1. Generelle principper for markedsføring

Uanset dette, må det være klart, at de øvrige regler i markedsføringsloven og almindelige principper for markedsføring finder anvendelse, uanset platform eller kommunikationsteknik. Det være sig reklameidentifikation, reklamens udformning og placering samt betingelserne for samtykke (konkret, informeret og frivilligt/aktivt samtykke). Det er klart, at samtykke ikke kan anses for indhentet via standardvilkår, fx det sociale medies. Har man afgivet samtykke, skal man dog kunne tilbagekalde det.

I de nordiske forbrugerombudsmands standpunkter blev det bl.a. fremhævet, at markedsføring på steder, som er indrettet med henblik på udveksling af oplysninger mellem private eller steder, som ikke er forbeholdt markedsføringsbudskaber, bør være særlig tydelig. Derudover at der bør være en grænse for eksponeringer, at reklame ikke må være urimeligt påtrængende og skal kunne fjernes/frabedes nemt og gebyrfrit. Det nævnes her, at private brugeres Timeline/Væg og Nyhedsside/Startside ikke kan anses for at være forbeholdt reklamer.

Der er mellem Trzaskowski og de nordiske forbrugerombudsmand enighed om, at de problematiske områder for uanmodet markedsføring på de sociale medier vil angå private beskeder, altså markedsføringsbudskaber til den personlige indbakke, som hver bruger har tilknyttet sin profil pga. ligheden med traditionel e-post. Dertil kommer kommercielle meddelelser i Nyheder, som altså bryder nyhedsstrømmen.

Derudover blev det i standpunkterne fremhævet, at betaling eller fordele for at omtale eller markedsføre en erhvervsdrivende eller dennes tjenesteydelser skal fremhæves, og at den erhvervsdrivende er forpligtet til at informere den "delende" privatperson om dette. Dette gælder både, når den erhvervsdrivende præsenterer eller på anden måde belønner eller opfordrer brugerne til at sprede meddelelserne fra den erhvervsdrivende til andre brugere, fx ved en rabat, forøget vinderchance eller på anden måde skaber et incitament til at sprede et markedsføringsbudskab. Den erhvervsdrivende kan desuden ifalde ansvar, hvis der ikke oplyses om muligheden for at frabede sig den uanmodede henvendelse.

Dette krav er et udtryk for ønsket om gennemsigtighed, som er en naturlig forlængelse af ovennævnte krav om reklameidentifikation, udformning og placering.

³⁹ Jf. forbrugeraftaleloven med visse undtagelser ifølge dansk ret.

Der er mange problemer fsva. gennemsigtighed, som ikke synes overholdt på de sociale medier. I det følgende gennemgås de åbenlyse former for mere eller mindre identificerbare reklamehenvendelser.

3.2. Markedsføringsmuligheder på Facebook

Med Facebook som eksempel, er der på den mobile front såvel som den almindelig stationær enhed kommet reklame-”blokke” eller opslag til, som bryder Brugerens nyhedsstrøm (News Feed/Nyheder). Disse annoncer fremgår forskelligt, som fx ”Foreslået App/Spil”, ”Foreslået Side/Opslag” eller ”Sider, du måske vil synes om” (alle erhvervsdrivendes sider eller tjenester). De er typisk angivet som ”sponsoreret”, således at der er tale om annonceringsformer, som den erhvervsdrivende har betalt for at få vist til relevante personer udvalgt via en algoritme. Der kan også være tale om annoncer, som er delvist camoufleret, således at det fremstår som hidrørende fra en Vens anbefaling som fx ”X-person synes godt om *denne side*” hvortil der kan høre en sponsoreret annonce, fordi Vennen på et tidspunkt har trykket ”synes godt om” en erhvervsdrivendes side (se klart eksempel på bilag 6). Eller ”X-person benyttede sig af et tilbud” med link til et tilbud, som denne person måske blot har været inde at se, fordi Brugeren modtager ”tilbud” i sin nyhedsstrøm fra en bestemt erhvervsdrivende som Fan. Dette spredes altså til Vennens netværk, men kan dog være selekteret af en algoritme.

En anden mulighed er Venners ageren på det sociale medie, som dokumenteres eller gengives. Også her er mulighederne mange, og kan bestå i enten at ”Like”, ”Kommentere”, ”Dele”, ”Tagge” eller ”Promovere”.

Fælles for hver handling er, at handlingen kan/vil dukke op i nyhedsstrømmen i Brugerens netværk. Om det så er et ”Like”, hvor det tilkendegives at Brugeren enten synes godt om et opslag, en fanside eller en kommentar; eller Vennen har skrevet en kommentar (”X-person kommenterede et opslag/billede”), foretaget en deling (”X-person delte et link/billede/video/e.lign.”) eller en tagging (”X-person blev tagget i et opslag/på et billede/i en video”). Man kan ikke kun tagge sig selv i et billede/opslag/video, men også tagge en Ven. Nyheden om at Vennen er blevet tagget vil figurere i nyhedsstrømmen for Vennens netværk.

Alle disse forskellige handlinger lagres typisk i hver Brugers aktivitetslog, men fremgår også i nyhedsstrømmen hos en Brugers netværk. Dog findes der også her en algoritme, som sorterer i Venners nyhedsopslag, som fremgår i en Brugers nyhedsstrøm – altså hvilke Venner, hvis opslag viser sig i en Brugers nyhedsstrøm. Dette formodes at være baseret på, hvor aktiv man eksempelvis har været i starten af et oprettet Venskab, om man har været forbi en Vens Væg og oprettet et opslag, haft beskedkontakt, kommenteret på Vennens billeder eller skrevet egne statusopdateringer, hvor denne Ven er blevet tagget som tilstedeværende eller lignende. Det kan også være afhængig af, hvor offentligt man har valgt ens opslag skal være for omverdenen, fx at det kun er bestemte personer, der skal kunne læse opslaget.

Det formodes i hvert fald at være utænkeligt, at en Bruger med mange i sit netværk får vist samtlige statusopdateringer eller meddelelse i sin nyhedsstrøm om handlinger fra alle i det personlige netværk pga. algoritmen.

Noget relativt nyt er derfor også, at en privat bruger kan promovere sine egne opslag, således at et opslag/en statusopdatering fra en Bruger med Facebooks egne ord kan ”promover[e] vigtige opslag for at hjælpe andre med at lægge mærke til dem” samt ”Promoverede opslag vises højere oppe i Nyheder, så der er bedre chance for, at din målgruppe ser dem”⁴⁰. At promovere

⁴⁰ Kilde: <http://www.facebook.com/help/100241190123985/>

et opslag er dog ikke gratis, og afhænger af, hvor mange man ønsker at nå ud til, hvilket vælges i forbindelse med oprettelsen af opslaget, fx til gruppens fans eller til gruppens fans og disses netværk. Opslaget vil blive vist med teksten ”sponsoreret”.

Denne gennemgang er formentlig langt fra udtømmende. Der vil fortsat højst sandsynligt dukke nye funktioner og muligheder op til at formidle budskaber af privat såvel som kommerciel art. Af ovenstående er det dog klart og her pointen, at der altså eksisterer flere og mange måder for erhvervsdrivende til at sprede deres budskab på. Dette er enten via en betalt løsning eller via Fans og andre Brugeres handlinger og ageren, som nævnt ovenfor.

3.3. Direkte markedsføring/en bestemt modtager?

Trzaskowski satte i sin artikel spørgsmålstegn ved det, der heri omtales som modtagersubjektet, nærmere bestemt spørgsmålet, om der på sociale medier kan være tale om direkte markedsføring.

Ser man alene på kriteriet om direkte markedsføring/en bestemt modtager⁴¹, er det klart, at beskeder sendt til den personlige indbakke på Facebook har samme lighedstræk med traditionel e-post og bør sættes på højde hermed.

Grundlæggende, som tidligere nævnt, kræver direkte markedsføring, at der er tale om en bestemt modtager, dvs. en person, som er identificerbar og på én eller anden måde kan adresseres ved fx et telefonnummer, et skypenummer, en adresse, en e-mailadresse eller lignende. Det er ikke nok at være en bestemt fysisk person – den fysiske person skal kunne nås personligt på én eller anden måde, dvs. et tilgængelighedspunkt (Erreichbarkeit). Det er til sammenligning eksempelvis lige så svært at ramme én bestemt hjemløs person, når vedkommende hverken har adresse eller måske heller ikke mobiltelefon. På samme måde er det svært at ramme én helt bestemt person, når vedkommende besøger en tilfældig webside og der dukker en pop-up-reklame op. Situationen er den samme som med førnævnte hjemløse person, der ikke kan undgå en fysisk reklame for at fortsætte sit besøg på et bestemt sted, eksempelvis en mand der står med reklameskilte på mave og ryg, som man skal udenom for at gå ind i et center. I disse tilfælde er der tale om massekommunikation fsva. reklameskilte-manden og pop-up-reklamen, som ses af de personer, som tilfældigvis lægger vejen forbi, men som ikke er adresseret mod netop disse bestemte modtagere.

Det er svært at argumentere imod, at en brugerprofil oprettet af en fysisk person/ forbruger ikke skulle være omfattet af begrebet bestemt modtager/direkte markedsføring, når netop brugerprofilen opfylder betingelsen om et tilgængelighedspunkt for den bestemte person. Facebook er netop kun tilgængelig for brugerprofiler og kan ikke på noget tidspunkt blot ”besøges” som en tilfældig anden webside. Særligt, når der er tale om en algoritme fsva. betalte annoncer, som finder relevante Brugere at eksponere disse for ved hjælp af Brugers egne indtastede data eller handlinger, fx alder og køn og tidligere aktiviteter. Facebook er baseret på ”bestemte personer” i form af brugerprofiler og brugernes ageren hinanden imellem. Ifølge Facebooks egen opfattelse⁴² er formålet med platformen at verden skal være mere åben og forbundet med hinanden ved at give folk ”the power to share”.

⁴¹ Når bortses fra kriteriet om offentligt kommunikationsnet og forudsætter at de øvrige betingelser er opfyldt.

⁴² <http://www.facebook.com/facebook/info>

Med over 1 mia. brugere på verdensplan er der også massevis at dele alt med. Både Trzaskowski og de nordiske forbrugerombudsfolk er godt klar over, at også erhvervsdrivende med kommercielle budskaber har fundet ud af, at det bedste sted at markedsføre sig er hvor forbrugerne befinder sig. Via brugerprofilers Nyheder rammes millioner af bestemte personer dagligt af ikke blot hverdagens spidsfindigheder fra Venner i netværket og erhvervsdrivende som en Bruger følger som fan, men på så mange andre måde også, som det blev nævnt ovenfor i afsnittet 3.2. *Markedsføringsmuligheder på Facebook*, som formentlig langt fra er udtømmende.

Hvordan er forbrugerens retsstilling på dette punkt? Og er den tilfredsstillende? Dette vil blive forsøgt besvaret umiddelbart nedenfor.

3.4. Mulighed for at frabede sig markedsføring

Facebook har sine egne retningslinjer fsva. annoncering⁴³ og promovering⁴⁴. Annoncering er tænkt som retningslinjer for udformning og indhold af købte annoncer, mens Facebooks Promotion Guidelines er tiltænkt som retningslinjer for de erhvervsdrivendes kommercielle adfærd i forbindelse med fx kampagner, tilbud, konkurrencer og andre kommercielle opslag. Ved gennemlæsning heraf står det klart, at disse retningslinjer dagligt overtrædes af massevis af erhvervsdrivende og ikke kendes af ret mange brugere, som derfor spreder kommercielle meddelelser og dermed spammer sit netværk.

Det mest almindelige forbud fremgår af følgende retningslinje⁴⁵, og overtrædes dagligt i forbindelse med kampagner:

”iii. Du må ikke betinge en tilmelding eller adgang af, om brugeren foretager en handling via en Facebook-funktion eller –funktionalitet, ud over (min fremhævelse) Synes godt om-tilkendegivelsen på en side, indcheckning på et sted eller oprettelsen af forbindelse til din applikation. F. eks. må du ikke betinge tilmelding eller adgang af, om brugeren synes godt om et vægopslag eller kommenterer eller overfører et billede på en væg”.

Ovenfor dette forbud fremgår ligeledes i retningslinjen følgende:

”Vær opmærksom på, at en overholdelse af disse retningslinjer ikke er ensbetydende med en kampagnes lovlighed. Kampagner er underlagt mange regulativer, og hvis du ikke er sikker på, at din kampagne overholder gældende lovgivning, skal du forhøre dig ved en ekspert.

Kampagner på Facebook skal administreres inden for Applikationer på Facebook.com, enten på en kanvasside eller en sideapplikation”.

For en hvilken som helst bruger er det klart, at ovennævnte bestemmelse fra retningslinjen bestemt er aldeles ukendt eller ignoreres af mange erhvervsdrivende, som det også blev illustreret i afsnit 3.2. *Markedsføringsmuligheder på Facebook*.

Den enkelte bruger har mulighed for at blokere en Ven fuldstændigt eller at skjule en bestemt meddelelse i sin nyhedsstrøm. Ved opslag på den mobile platform fremkommer mulighederne ”Skjul”, ”Anmeld/marker som spam” eller ”Kopier link til opslag”.

Trykker man ”Anmeld/marker som spam” kan man angive en grund til anmeldelsen, heriblandt at billedet er stødende, chikanerende eller spam. Vælger man spam, fremkommer

⁴³ https://www.facebook.com/ad_guidelines.php

⁴⁴ http://www.facebook.com/page_guidelines.php#promotionsguidelines

⁴⁵ http://www.facebook.com/page_guidelines.php#promotionsguidelines

to muligheder – enten at man ønsker at indsende anmeldelsen eller at fortryde den. Ved at anmode om indsendelse af anmeldelsen fremkommer teksten ”Vi fjerner dette billede, hvis det overtræder vores fællesskabsregler”.

Dog er dette ikke en garanti for, at lignende opslag eller annoncer fra samme erhvervsdrivende ikke fremkommer igen. Muligheden for at frabede sig fremtidige kommercielle meddelelser fra en bestemt erhvervsdrivende foreligger simpelthen ikke.

Ifølge Facebooks egne vilkår⁴⁶ er det muligt at administrere opdateringer fra Venner – om opdateringer fra disse skal vises i Nyheder (dog kun om man ønsker opdateringer fra Vennen eller ej - til/fra).

Som nævnt er det muligt at skjule en person i sin nyhedsstrøm eller en bestemt historietype, fx quizzer eller spil. Dog er dette ikke specielt gennemskueligt på den mobile platform og har ikke kommercielle meddelelser i fokus, udover hvis den anmeldes som spam og eventuelt fjernes som følge af, at den ikke lever op til retningslinjerne om annoncering (indholdsbaseret – er indholdet eksempelvis stødende eller lever det ikke op til specifikke krav til annoncer med bestemt indhold, fx indhold rettet mod børn og unge eller alkohol).

Det er således slet ikke muligt at undgå fremtidige kommercielle meddelelser fra en bestemt erhvervsdrivende, hvis en Ven i sit netværk, som man får opdateringer fra, på én eller anden måde reagerer på en opfordring eller handler i forbindelse med, hvad der er blevet formidlet i dennes nyhedsstrøm, fx tagger en Ven eller Venner i et billede, som er en reklame, deler en opfordring til at ”like” en side for at øge en vinderchance eller hvad det måtte være.

Man kan skjule annoncer i nyhedsstrømmen, men derfor udsættes brugeren stadig for en masse markedsføring, som denne ikke har bedt om at følge. Det er noget helt andet end når brugeren som Fan har valgt at modtage opdateringer eller annoncer fra en erhvervsdrivende, men når Vennernes valg af disse abonnementer kan influere eller influerer på Brugers nyhedsstrøm, så må der være tale om uanmodet henvendelse. Uanset at annoncen kan skjules, uanset at den hidrører direkte fra en annonce eller gennem en Vens handling, så formidles der stadig et reklamebudskab for Brugeren, som denne ikke har bedt om og i værste fald finder uønsket. Dette må anses for at være en utilfredsstillende retsstilling for (for-)Brugeren.

Formålet med Facebook som socialt medie er som tidligere nævnt åbenhed og forbundethed. Brugere befinder sig på Facebook for at holde kontakt med nære og fjerne forbindelser og danne gruppefællesskaber. Alt sammen i form af at dele billeder, links, statusopdateringer fra hverdagen, meninger og holdninger og hvad det ellers måtte være. Det kan også bestå i oprigtigt at dele tips og tilbud med alle, men når valgfriheden ikke eksisterer fsva. uanmodede kommercielle henvendelser i form af markedsføringsbudskaber, der bryder nyhedsstrømmen hos den enkelte bruger, så harmonerer det ikke med det overordnede formål med almindelige markedsføringsretlige principper for uanmodet henvendelse og må således anses for at være en utilfredsstillende retsstilling fra et forbrugersynspunkt. Det er almindeligt kendt, at mange brugere finder de mange annoncer i nyhedsstrømmen for generende, enten fordi brugeren ikke ønsker at få disse markedsføringsbudskaber formidlet eller fordi de ikke er relevante.

⁴⁶ <http://www.facebook.com/help/335291769884272/>

Med det enorme antal af erhvervsdrivende på Facebook og således også det enorme antal af kommercielle meddelelser, som dagligt formidles til forbrugere over hele verden på dette sociale medie, anses det for værende umuligt med en effektiv håndhævelse af den nuværende situation vedrørende uanmodet henvendelse, hvis dette blot er overladt til en arbejdsgruppe i Facebooks egne rækker. Om ikke andet ville denne gruppe ikke kunne følge med den formodentlig høje efterspørgsel.

Her vil det klart være nemmere, hvis (for)brugerne havde adgang til et effektivt inkorporeret værktøj i det sociale medie til at komme fremtidige uanmodede henvendelser til livs.

3.5. Retsgrundlaget?

Retsstillingen og især retsgrundlaget er jf. ovenstående er ikke særligt klart.

De nordiske forbrugerombudsmænd nævner art. 13 i e-databeskyttelsesdirektivet som værende den relevante hjemmel for markedsføringslovens § 6 indtil videre, hvad enten der er tale om e-post eller anden uanmodet kommunikation. Trzaskowski mener derimod, at anvendelsesområdet ikke kan omfatte de sociale medier, da der er tale om en webbaseret tjeneste. Der til kommer så Højesteret, som åbner op for en bredere fortolkning af § 6.

Trzaskowski trækker derudover også handelspraksisdirektivet med ind over problemstillingen, idet det nye forbrugerrettighedsdirektiv ophæver det gamle fjernsalgsdirektiv og samtidig henviser til e-databeskyttelsesdirektivet. Det anføres som nævnt, at opretholdelsen af en strengere fortolkning af markedsføringslovens § 6 kun kan ske indtil 12. juni 2013. Dette medfører en uklar retsstilling fra d. 12. juni 2013 vedr. uanmodet henvendelse på de sociale medier, som i forvejen synes uklar og rodet.

Det er klart, at denne situation for forbrugerne på de sociale medier ikke kan være tilfredsstillende. Dette var blot en meget let opsamling, men som det fremgår, er det relevant at finde til bunds i, hvor uanmodet henvendelse egentlig hører hjemme. Der vil under afsnit 4. *Det teoretiske grundlag for reglerne om uanmodet henvendelse* blive forsøgt klarlagt, hvilke direktiver, der finder anvendelse, deres anvendelsesområder, formål med bestemmelserne og disses hensyn, således at den nuværende retsstilling kan blive klar og et overblik kan skabes.

Dette vil kunne danne grundlag for en diskussion og vurdering af den nuværende retsstilling samt forslag til forbedring af retsstilling ved hjælp af en ny definition af det spamretlige forbud samt supplerende værktøjer og retningslinjer.

3.6. Den gyldne middelvej

Det skulle ud fra ovenstående problematisering stå klart, at der for den Bruger, som også har status af forbruger på de sociale medier, er tale om et hul i lovgivningen i et eller andet omfang. Med et stigende antal brugere og et stigende antal erhvervsdrivende, som vælger de sociale medier som markedsføringskanal er der opstået et proportionalt stigende behov for at bevare det overordnede formål med de sociale medier, nemlig åbenheden og forbindelsen brugerne som privatpersoner imellem.

Sociale medier er dog også, hvad man gør det til. Der hersker stor valgfrihed i, hvad man ønsker at offentliggøre, hvem man vælger at følge og hvad man vælger at dele med omverdenen. Indholdet heraf kan hidrøre fra brugerens private liv, men også være indhold, som man videformidler fra erhvervsdrivende.

Der hersker dog omvendt ikke den store valgfrihed, når det gælder hvad der formidles til den enkelte bruger fsva. kommercielle beskeder, hvad enten dette er bestemt af en algoritme⁴⁷, som finder en bestemt type brugere relevante for et bestemt markedsføringsbudskab (en annonce) eller det er en Ven i sit netværk, som deler indhold af den ene eller anden grund eller på den ene eller anden måde. Dette er for forbrugeren utilfredsstillende, idet brugeren måske slet ikke er interesseret i markedsføringsbudskaber eller bestemte markedsføringsbudskaber, men blot ønsker at holde sine relationer ved lige.

Der er naturligvis forskel på ren reklamebeskyttelse, altså det forhold, at man ønsker at afgive et absolut nej tak til reklamer, som det kendes fra mærkatet på postkassen, eller om der er tale om subjektivt relevante markedsføringsbudskaber.

Pt. er der tale om objektivt relevante markedsføringsbudskaber, når annoncer formidles for en bruger. En algoritme udvælger bestemte modtagere ud fra forskellige faktorer som alder, geografi, hvad man tidligere har tilkendegivet at synes om, osv. Men derfor kan disse sagtens anses for irrelevante for den udvalgte/bestemte modtager.

Hvis man vil redefinere et spamretligt forbud eller et spamretligt hjælpemiddel, er det dog vigtigt at finde en balancegang mellem forskellige hensyn. På den ene side er der helt forenklet formålet med Facebook, som er en måde at holde kontakt på med nære og fjerne og dele stort og småt. På den anden side er der virksomheden Facebook, som stiller en tjeneste gratis til rådighed, og som bestemt ikke er gratis at drive, i form af vedligeholdelse, nye store servere dagligt til at lagre alt indhold osv. osv. Virksomheden Facebook skal naturligvis også tjene penge, og dette er naturligt nok også et hensyn, der skal tages, idet Facebook samtidig er en kilde til vidensdeling – med andre ord en informationssamfundstjeneste.

Facebook har formentlig ikke en interesse i at kræve et engangsbeløb for tjenesten eller køre det sociale medie som et abonnement, da brugerne formentlig enten ikke vil betale herfor, og konkurrenter vil måske oprette en lignende gratis tjeneste. Disse vil dog få et lignende problem med manglende driftsindtægter og for høje udgifter, og vil formentlig ikke have en lang fremtid foran sig.

På den anden side kan det ske at brugerne finder alternativer eller dropper deres brugerprofil, fordi de konstant føler sig overfaldet af ligegyldige, irrelevante kommercielle meddelelser mere end formålet er værd.

Man kan sige, at grundidéen med de sociale medier for så vidt er rigtig god, men er ikke mangelfri.

For at sikre et miljø på de sociale medier, som lever op til det overordnede formål, men samtidig tager hensyn til såvel de økonomiske aspekter hos leverandører af sociale medier og annoncører samt hensyn til forbrugere, er det vigtigt at finde en ny definition formentlig supple-

⁴⁷ Det er almen viden, at man som erhvervsdrivende via Facebooks algoritme kan målrette sin markedsføring i forhold til forskellige demografiske faktorer, fx kvinder i en vis aldersgruppe i en bestemt geografi.

ret af et sæt uddybende retningslinjer samt et effektivt værktøj til forbrugerne på de sociale medier. Det er vigtigt, at en ny spamretlig definition er gennemskuelig og effektiv. Et værktøj til forbrugerne skal kunne sikre forbrugerne mod omgåelse af spamforbuddet, hvor spam sker via Venner i ens netværk.

I overvejelserne skal også indgå de nøgleord, som forbrugerombudsmændene fremhævede, såsom eksponering, placering og identifikation. Derudover er et vigtigt element også relevans, idet man formentlig må acceptere en vis grad af annoncer, men at man så i det mindste har mulighed for at sortere de annoncer fra som for en bruger er irrelevante. En løsning kunne være, at en annoncørs annoncer kan fjernes og frabedes i en vis periode, eksempelvis et år for en bruger, således at annoncøren får en mulighed for at være relevant for denne bruger året efter, hvor brugerens interesser måske er nogle andre.

Et eksempel herpå kunne være babyudstyr. En bruger er måske i målgruppen pga. sin alder og køn, men har måske på det pågældende tidspunkt ingen tanker eller interesser i denne retning. Det kan dog se anderledes ud året efter, hvor babyudstyr måske er blevet aktuelt. En sådan tidsbegrænset afvisning af en annonce vil også være relevant for annoncøren, idet denne kan bruge sine reklamekroner mere målrettet på brugere, som ikke tidligere har afvist markedsføringsbudskaber fra denne, og således bliver mere relevante. Nøgleordet er i høj grad relevans, idet brugere ikke i lige så høj grad føler sig spammet, såfremt der er tale om markedsføringsbudskaber, som er relevante for den enkelte. Dette bør i høj grad være udgangspunktet for en re-definition af et spamretligt forbud samt til relevante værktøjer og retningslinjer.

I det følgende vil der blive gravet ned i det nuværende teoretiske grundlag for den nuværende spamretlige definition. Det er vigtigt at vide, hvilke hensyn og nøgleord, der ligger til grund for retsgrundlaget og hvori retsgrundlaget består. Udgangspunkt vil udgå fra udviklingen af den danske bestemmelse i markedsføringslovens § 6 og videre til de europæiske direktiver, som denne bestemmelse står på skuldrene af. Retsgrundlaget samt fortolkningen af markedsføringslovens § 6 efter d. 12. juni 2013 vil også blive diskuteret, som det af Trzaskowski blev fremhævet i dennes artikel og nævnt oven for i afsnit 3.5. *Retsgrundlaget?*

4. Det teoretiske grundlag for reglerne om uanmodet henvendelse

4.1. Udviklingen og udformningen af den danske markedsføringsloves § 6

Den danske markedsføringslov kommer som selvstændig lov til verden i 1973, og forslag herom blev fremsat i 1969⁴⁸. Formålet med loven var bl.a. at tilgodese såvel forbrugere som erhvervsdrivende, idet man fandt en god balance mellem de to parter (ikke kun erhvervsdrivende imellem) for værende i samfundets interesse.

I forhold til uanmodet henvendelse, spores markedsføringsloven først konkret ind herpå ved lovforslag L 213 fremsat d. 1. marts 2000. Markedsføringsloven har forinden da undergået ændringer fsva. garantier, Forbrugerombudsmandens ansættelse, nærmere om dennes retningslinjer, påbud og sammenlignende reklame i årene 1999 og 2000.

Lovforslag L 213/2000 tilføjer den nye § 6a (den nuværende § 6⁴⁹) om uanmodet markedsføring i markedsføringsloven, som følge af gennemførelse af EU-regler om uanmodet markedsføring mv. – de nærmere bestemmelser vil blive gennemgået nedenfor. Tilføjjelsen §

⁴⁸ Læs nærmere om udviklingen af markedsføringsloven i bilag 7.

⁴⁹ Uanmodet markedsføring i eksisterende kundeforhold (den nuværende § 6, stk. 2) tilføjes som den nuværende § 6, stk. 2 med L 143/2003.

6a med overskriften ”Uanmodet henvendelse til bestemte aftagere” indsættes efter § 6 om ”Tilgift” i markedsføringsloven.

4.1.1. EU-direktiverne

Tre direktiver regulerer spørgsmålet om erhvervsdrivendes adgang til at foretage uanmodet markedsføring mv. Det drejer sig foruden fjernsalgsdirektivet⁵⁰ og ISDN-direktivet⁵¹ om direktiv 95/46/EF om behandling af personoplysninger (datadirektivet), og de nærmere bestemmelser vil i det følgende blive gennemgået.

4.1.1.1. Datadirektivets art. 14 b

Datadirektivet finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvist foretages ved hjælp af edb, og ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register (direktivets artikel 3, stk. 1). Direktivet gælder for behandling af personoplysninger vedrørende fysiske personer, uanset om den pågældende er forbruger eller erhvervsdrivende (direktivets artikel 2, litra a). Direktivet gælder ikke behandling af oplysninger om juridiske personer.

Inden for sit anvendelsesområde betyder direktivet, at behandling af personoplysninger til brug ved markedsføring mv. skal opfylde to betingelser.

For det første skal behandlingen være lovlig efter de almindelige behandlingsregler i direktivet. For det andet skal behandlingen ske i overensstemmelse med direktivets artikel 14 b, der lyder således:

”Medlemslandene indrømmer den registrerede ret til

- a) ...*
- b) efter anmodning og uden udgifter at modsætte sig en behandling af personoplysninger, der vedrører den pågældende, og som den registeransvarlige agter at foretage med henblik på markedsføring, eller at blive underrettet, inden personoplysningerne første gang videregives til tredjemand eller anvendes på tredjemands vegne med henblik på markedsføring, og udtrykkelig få tilbud om uden udgifter at gøre indsigelse mod en sådan videregivelse eller anvendelse.*

Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for at sikre, at de registrerede er bekendt med den i litra b), første afsnit, omhandlede ret”.

4.1.1.2. Fjernsalgsdirektivets art. 10

I fjernsalgsdirektivets artikel 10 opstilles nogle begrænsninger for anvendelsen af fjernkommunikation som led i et system med henblik på indgåelse af fjernsalgsaftaler. Bestemmelsen gælder – som resten af direktivet – for erhvervsdrivendendes henvendelser⁵² til forbrugere, som er fysiske personer.

⁵⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20. Maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg.

⁵¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. December 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren.

⁵² Henvendelser vedrørende finansielle tjenesteydelser er undtaget fra anvendelsesområdet.

Efter artikel 10, stk. 1 må erhvervsdrivende ikke anvende automatiske opkaldssystemer (opkaldsautomater) eller telefax til markedsføring uden forbrugers forudgående samtykke – en opt in-løsning. Ved automatisk opkaldssystem forstås iflg. L 213/2000s ordlyd automatisk opringning til telefonabonnenter, hvorved der automatisk meddeles et indtalt reklamebudskab.

Fsva. alle andre fjernkommunikationsteknikker, som – med direktivets formulering – ”tillader individuel kommunikation” (tryksager, breve, menneskelig betjent telefon, e-post, internet mv.), skal medlemslandene efter artikel 10, stk. 2, sørge for, at disse teknikker kun kan anvendes til (direkte) markedsføring, hvis forbrugeren ikke klart modsætter sig det – en ”opt out-løsning”.

Fjernsalgsdirektivet er et minimumsdirektiv⁵³, hvilket gør, at medlemslandene har mulighed for – hvis de ønsker det – at gennemføre en opt in-løsning også for andre fjernkommunikationsteknikker end opkaldsautomater og telefax.

4.1.1.3. ISDN-direktivets art. 12

ISDN står for Integrated Services Digital Network (på dansk det tjenesteintegrerende digitalnet) og regulerer behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren.

ISDN-direktivets art. 12 indeholder regler om uanmodet markedsføring ved brug af telekommunikation (telefon, telefax, e-post mv.). Bestemmelsen gælder for henvendelser til fysiske personer, både erhvervsdrivende og forbrugere⁵⁴.

Efter artikel 12 må opkaldsautomater og telefax ikke anvendes til markedsføring uden modtagerens samtykke. Fsva. direkte markedsføring ved brug af andre former for telekommunikation, skal medlemslandene efter direktivet gennemføre enten en opt in- eller opt out-løsning.

4.1.2. Lovforslagets⁵⁵ endelige udformning

Det fremgår ikke af direktiverne, hvordan de nødvendige forbud mv. nærmere skal udformes, og det har således været overladt til medlemsstaterne at udforme regler, der effektivt gennemfører direktiverne i national ret.

Som det fremgår ovenfor, er de tre EF-direktivs regulering af spørgsmålet om direkte markedsføring delvist overlappende. Forpligtelserne, som direktiverne samlet opstiller med hensyn til regulering af erhvervsdrivendes markedsføring ved brug af fjernkommunikation, kan sammenfattes i følgende to hovedpunkter:

1. En erhvervsdrivende må ikke anvende opkaldsautomat eller telefax i markedsføringsøjemed over for fysiske personer uden den pågældende persons forudgående samtykke (opt in-løsning).

⁵³ Efter artikel 13 gælder specifikke fællesskabsregler, der ”kun regulerer visse aspekter af leveringen af varer eller tjenesteydelser”, imidlertid frem for fjernsalgsdirektivet, og i direktivets præambel anføres bl.a., at medlemslandene ”bør træffe passende foranstaltninger for effektivt at beskytte de forbrugere, der ikke ønsker at blive kontaktet gennem visse former for kommunikation, mod sådanne henvendelser, uden at dette berører de særlige beskyttelsesforanstaltninger, forbrugeren har krav på iflg. fællesskabslovgivningen om beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred” (betragtning nr. 17).

⁵⁴ Henvendelser om finansielle tjenesteydelser er ikke undtaget fra disse regler – se evt. note 27.

⁵⁵ Lovforslag L 213 fremsat d. 1. marts 2000.

2. Fysiske personer skal have en effektiv mulighed for at modsætte sig, at andre midler til fjernkommunikation anvendes til direkte markedsføring⁵⁶ over for den pågældende (opt out-løsning).

Den daværende regering foreslog derudover, at den nævnte pkt. 1 også skulle omfatte elektronisk post, og at reglerne også bør gælde erhvervsdrivende. Grunden til at lade elektronisk post omfatte er, at det kan påføre modtageren omkostninger og lægger beslag på modtagekapacitet på samme måde, som anvendelse af telefax, der i medfør af direktiverne skal være omfattet af en opt in-løsning. Der er risiko for øget brug af ”spamming” (masseudsendelse af markedsføringsmateriale) og dermed en væsentlig forøgelse af reklamemængden, når anvendelsen af telefax begrænses.

Der tilstræbes en lovgivningsmæssig løsning, som under hensyn til behovet for en høj grad af integritets- og forbrugerbeskyttelse er tilpasset de forskellige fjernkommunikationsteknikker, der findes, uden at skabe en uoverskuelig eller uforholdsmæssigt dyr ordning. De personer, der ikke ønsker direkte reklamehenvendelser, bør kunne frabede sig disse på en så enkel og smidig måde som muligt, og ordningen bør være tilsvarende enkel og smidig for de erhvervsdrivende⁵⁷.

Af den historiske udvikling af markedsføringsloven⁵⁸ fremgår flere forskellige hensyn. Markedsføringsloven er et klart udtryk for sammenfaldende interesser, nemlig styrkelse af forbrugernes retsstilling og af konkurrencen ved god markedsføringsskik, hvilket klart er i samfundets interesse.

Allerede ved affattelsen af loven er der fokus på den stadige udvikling på området. Eksempelvis generalklausulen om god markedsføringsskik levner plads for tilpasning af ændringer i erhvervslivet og i det øvrige samfund og medfører dermed en fleksibilitet og mulighed for stadig udvikling, der kan fastholdes og fortsættes. Generalklausulen danner grundlag for en løbende normdannelse og videreudvikling ud fra en afbalanceret afvejning af hensyn til henholdsvis erhvervslivet, forbrugerne og almene samfundsinteresser.

Med Højesterets oplæg til en bredere fortolkning af markedsføringslovens § 6, er der bestemt mulighed for, at de nævnte elementer fra generalklausulen kan henføres under markedsføringslovens § 6, forstået på den måde, at man i stedet for at justere bestemmelsen på ord, når udvikling sker, indfortolker formål og hensyn med loven og bestemmelsen (den juridiske metode) samt den udvikling, der pågår i samfundet og foretager en afvejning heraf. På denne måde opnår man en enkel og smidig tilpasning, som er teknologineutral, og dette har højst sandsynligt været sigtet med Højesterets udtalelse.

⁵⁶ Bemærk, at der er tale om direkte markedsføring. Adresseløse forsendelser, tilbudsaviser, tv-reklamer eller lignende, der sendes til en ubestemt kreds af mulige aftagere ikke er direkte markedsføring.

⁵⁷ Lov om Det Centrale Personregister gennemfører opt-out-løsningen. Efter § 29, stk. 3 har enhver ret til ved henvendelse til sin bopælskommune at få indsat en markering i CPR, der medmindre den pågældende i forvejen er kunde hos den erhvervsdrivende – fritager vedkommende for reklamehenvendelser på grundlag af oplysninger, der videregives fra CPR til private. I § 19 i Lov om Det Centrale Virksomhedsregister eksisterer en lignende ordning om reklamebeskyttelse for erhvervsdrivende.

⁵⁸ Se bilag 7.

4.2. Nærmere om de 3 EU-direktiver, der ligger til grund for markedsføringslovens § 6

I det følgende vil de 3 EU-direktiver blive gennemgået nærmere for at belyse deres formål, grundlag og samspil nærmere og bidrage til forståelsen af det konkrete anvendelsesområde for uanmodet henvendelse.

Dernæst vil de erstattende EU-direktiver blive fremhævet for at synliggøre, hvorvidt de op-hævende regler videreføres behørigt og kan antages at have samme anvendelsesområde. Her-på følger en gennemgang af øvrige direktiver og retskilder, som kan tænkes at berøre området (som fremhævet af Jan Trzaskowski) for at belyse, hvorvidt de øver indflydelse på retsgrund-laget for uanmodet henvendelse. Efter disse gennemgange kan retsgrundlaget for uanmodet henvendelse vurderes behørigt.

4.2.1. Datadirektivet

Datadirektivet har navn af direktiv 95/46 af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske perso-ner i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne op-lysnings.

Bestemmelsen i direktivet, som særligt har ligget til grund for markedsføringslovens § 6 er art. 14 b, som giver den registrerede ret til:

”efter anmodning og uden udgifter at modsætte sig behandling af personoplysninger, der vedrører den pågældende, og som den registeransvarlige agter at foretage med henblik på markedsføring, eller at blive underrettet, inden personoplysningerne første gang videregives til tredjemand eller anvendes på tredjemands vegne med henblik på markedsføring, og ud-trykke ligt tilbud om uden udgifter at gøre indsigelse mod en sådan videregivelse eller anven-delse”.

Datadirektivet er ikke blevet ændret siden dets indførelse, men EU-kommissionen er pt. i gang med at revidere den overordnede juridiske ramme for persondatabeskyttelse⁵⁹, som dette direktiv ellers udgør. Indtil videre finder datadirektivet stadig anvendelse.

Princippet i dette direktiv i forhold til problemstillingen her er retten til at modsætte sig an-vendelse af oplysninger til markedsføringsformål, som den registeransvarlige agter at foreta-ge, **eller** at blive underrettet inden 1. videregivelse til tredjemand eller anvendelse på tredje-mands vegne, **og** udtrykkeligt modtage tilbud om og uden udgifter at gøre indsigelse herimod.

Bestemmelsen⁶⁰ er for så vidt teknikneutral. Direktivet volder for så vidt ingen problemer i forhold til nærværende problemstilling om uanmodet henvendelse isoleret set⁶¹, da spørgsmå-let her går på uanmodet henvendelse, og ikke spørgsmålet om indsigelse ift. brugen af per-sondata. Direktivet er medtaget her, fordi det udgør et vigtigt element i forståelsen af forbru-gerens/brugers databeskyttelse, og hvis anvendelsesområde er vidtfavnende.

⁵⁹ Læs meget mere om arbejdet her: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/review/index_en.htm

⁶⁰ Der kan være tale om en relevant og særdeles højaktuel problemstilling vedr. denne bestemmelse i sammen-hæng med sociale medier og samtykkeregler, men dette henhører i sagens natur ikke til nærværende problemstil-ling.

⁶¹ Facebooks anvendelse/videregivelse af en brugerprofils personoplysninger er ikke en del af denne problemstil-ling, og videregivelsen til målretning af annoncer kontra samtykke vil ikke blive omtalt her.

4.2.2. ISDN-direktivet

Direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren har også ligget til grund for markedsføringslovens § 6.

Direktivets fokus er blandt andet at etablere et ensartet og højt beskyttelsesniveau i hele Fællesskabet med sigte på beskyttelse af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for telesektoren, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af teleudstyr og -tjenester i Fællesskabet⁶². Direktivet er et særdirektiv, idet dets sigte er databeskyttelse inden for telesektoren, hvorfor det specificerer og supplerer datadirektivet 95/46/EF, jf. art. 1, stk. 2. Hvor et område i telesektoren ikke specifikt er omfattet af bestemmelserne, finder direktiv 95/46 anvendelse, fx vedrørende den registeransvarliges forpligtelser og fysiske personers rettigheder, jf. betragtning 11.

Det er særligt bestemmelsen i art. 12⁶³ med overskriften uønskede telefoniske henvendelser, som lægger til grund for den danske markedsføringslovs § 6.

Stk. 1 angår anvendelse af automatiske opkaldsmaskiner eller telefaxmaskiner med henblik på direkte markedsføring over for abonnenter, som kræver forudgående tilladelse.

Stk. 2 angår uønskede øvrige end de i stk. 1 nævnte telefoniske henvendelser, hvis formål er direkte markedsføring, og påbyder medlemsstaterne at træffe fornødne foranstaltninger til gebyrfrit at sikre, at disse enten er forbudte uden forudgående samtykke eller forbydes over for de abonnenters vedkommende, som har frabedt sig at modtage sådanne henvendelser. Medlemsstaten vælger selv mellem de to muligheder (opt in eller opt out).

Stk. 3 fremhæver, at de i stk. 1 og 2 fastsatte rettigheder gælder for abonnenter, der er fysiske personer, og at medlemsstaterne endvidere inden for rammerne af gældende fællesskabsret og nationale lovgivning skal sikre de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer nyder tilstrækkelig beskyttelse fsva. uønskede telefoniske henvendelser.

ISDN-direktivet ophæves af direktiv 2002/58/EF af d. 12. juli 2002, blandt andet ud fra den betragtning⁶⁴ ”At ISDN-direktivet bør tilpasses markedsudviklingen og den teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester for at sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på. Direktivet bør derfor ophæves og erstattes af dette direktiv” (betragtning 4).

Direktivet ophæves derfor jf. det nye direktivs art. 19, hvoraf det herudover fremgår, at ”Henvisninger til det ophævede direktiv skal læses som henvisninger til dette direktiv”. Af art. 17 fremgår, at ISDN-direktivet ophæves med virkning fra d. 31. oktober 2003.

⁶² Se evt. direktivets artikel 1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:024:-0001:0008:DA:PDF>

⁶³ Se bilag 8 for bestemmelsens ordlyd.

⁶⁴ Direktivets betragtning 1-4, særligt 4 her.

4.2.3. Fjernsalgsdirektivet

Direktiv 97/7/EF af 20. maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg er det sidste direktiv, som ligger til grund for markedsføringslovens § 6.

Anvendelsesområdet for direktivet er alle faser (henvendelse, oplysningspligt, fortrydelsesret osv.) i forbindelse med aftaler om fjernsalg indgået mellem en forbruger og en erhvervsdrivende (benævnt leverandør i direktivet), hvilket fremgår af direktivets artikel 2, nr. 1 ved definitionen af *aftale vedrørende fjernsalg* som ”*enhver aftale mellem en leverandør og en forbruger vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er indgået som led i et system for varesalg eller levering af tjenesteydelser organiseret af leverandøren, som for den pågældende aftales vedkommende udelukkende anvender én eller flere former for fjernkommunikationsteknik frem til og inklusive selve indgåelsen af aftalen*”⁶⁵.

Art. 10 med overskriften ”Begrænsninger i anvendelsen af visse fjernkommunikationsteknikker” overlapper delvist bestemmelsen fra ISDN-direktivet.

Stk. 1 erklærer, at en leverandørs anvendelse af opkaldsautomat eller telefax kræver forudgående samtykke fra forbrugeren.

Stk. 2 at medlemsstaterne skal sørge for, at andre fjernkommunikationsteknikker end de i stk. 1 nævnte som tillader individuel kommunikation kun kan anvendes, hvis forbrugeren ikke klart modsætter sig det.

Af art. 14 fremgår, at medlemsstaterne inden for det område, der omfattes af dette direktiv, kan vedtage eller bevare strengere bestemmelser, der er forenelige med traktaten, for at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.

Det er denne ret til at vedtage strengere bestemmelser end de i direktivet, som bliver benyttet i vedtagelsen af markedsføringslovens § 6, særligt fsva. e-post.

Formålet med direktivet fsva. uanmodet kommunikation anføres i direktivets betragtning 17. Her fremgår, at art. 8 og 10 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder af 4. november 1950 bør tages i betragtning, således at det er nødvendigt at anerkende forbrugernes ret til privatlivets fred, navnlig med hensyn til visse særligt aggressive kommunikationsteknikker. Derfor sættes der begrænsninger for anvendelsen af visse kommunikationsteknikker.

I og for sig er der tale om en teknikneutral bestemmelse, idet der tages højde for eksisterende (navngivne) kommunikationsteknikker, som telefon og telefax, men også ”andre fjernkommunikationsteknikker end de i stk. 1 nævnte, og som tillader individuel kommunikation”.

”Fjernkommunikationsteknikker” er defineret i art. 2, stk. 4 som ”ethvert middel, som uden leverandørens og forbrugers samtidige tilstedeværelse kan anvendes med henblik på indgåelse af en aftale mellem disse parter. En vejledende fortegnelse over de teknikker, der er omfattet af dette direktiv, findes i bilag 1”⁶⁶.

⁶⁵ Min fremhævelse.

⁶⁶ Af direktivets bilag 1 fremgår følgende kommunikationsteknikker af den vejledende fortegnelse: ”Uadresserede tryksager, adresserede tryksager, standardskrivelser, reklamer i tidsskrifter med bestillingsseddel, kataloger, menneskelig betjent telefon, automatisk telefon (opkaldsautomat, audiotekster), radio, visiofon (telefon med bil-

Direktivets betragtning 9 anfører, at det pga. den konstante udvikling af kommunikationsteknikker vil være umuligt at udarbejde en udtømmende fortegnelse, og at det følgelig vil være nødvendigt at fastsætte de principper, der skal gælde på dette område selv for nye teknikker, som endnu kun anvendes i begrænset omfang.

På baggrund af den stadige vækst i nye teknologier og de usikkerhedsmomenter, dette fremkalder i juridisk henseende, har adskillige medlemsstater reageret ved at udstede lovbestemmelser. Af den grund har Kommissionen set det som sit ansvar at opstille en generel ramme for fjernsalgsaftaler, bl.a. med målsætningen om at sikre forbrugeren ret til frit at vælge, hvilket bl.a. indebærer muligheden for ikke at modtage visse former for kommercielle tilbud⁶⁷.

Beskyttelsen af det frie valg og mod aggressive salgsmetoder har været et fokus siden 1972, hvor Fællesskabet besluttede at indføre en særlig politik vedrørende forbrugerbeskyttelse.

Som det fremgår ovenfor, er retten til det frie valg samt anerkendelsen af forbrugers ret til privatlivets fred velfunderede grundlæggende rettigheder i art. 8 og 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fra 1950. De er væsentlige nøgleord i denne sammenhæng og suppleres af nøgleord som teknikneutralitet og dynamik for at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Der er klart et fokus på disse forbrugerrettigheder, som er i tæt sammenhæng med konkurrence på markedet, og dermed gavner forskellige, men tæt forbundne samfundsinteresser. Fjernsalgsdirektivet er et udtryk for overordnede principper for uanmodet henvendelse uanset den tekniske kommunikationsteknik og angår såvel reklame som konkrete tilbud, jf. art. 2, nr. 1⁶⁸.

Det fremgår slutteligt af artikel 13, at direktivet på ingen måde hindrer anvendelsen af bestemmelser, der er specifikke for visse aftaler om fjernsalg som helhed (stk. 1) eller teknikker (stk. 2 om *lex specialis* vedrørende særlige aspekter).

4.3. Forbrugerrettighedsdirektivet

Forbrugerrettighedsdirektivet, også benævnt direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011, er en supplerung og forenkling af 4 forbrugerorienterede direktiver samlet i 1⁶⁹.

I direktivets betragtning 1 og 2 fremgår, at det er sigtet at forene dir. 85/577/EØF om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted med dir. 97/7/EF om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg, således at det nye direktiv fastlægger standardbestemmelser for visse fælles aspekter af aftaler om fjernsalg og aftaler indgået uden for fast forretningssted. Kommissionsforslaget⁷⁰ finder det nødvendigt at rette op på den opsplitning af konkurrencen og forbrugerbeskyttelsen, der er opstået med den tidligere minimumsharmonisering, og dette nye direktiv skal således være et udtryk for en samlende totalharmonisering til at opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau og bidrage til et velfungerende indre marked gennem indbyrdes tilnærmelse af *visse aspekter* af medlemssta-

lede), videotekst (mikrocomputer, fjernsynsskærm) med tastatur eller sensorskærm, elektronisk post, telefax, fjernsyn (telekøb, telesalg).

⁶⁷ De tre målsætninger er retsbeskyttelse, finansiel beskyttelse og ret til frit valg.

⁶⁸ I de forudgående forslag var der lagt op til en sontring mellem konkrete tilbud og reklame, men denne sontring er udeladt i det vedtagne direktiv.

⁶⁹ Dir. 85/577/EØF om aftaler indgået uden for fast forretningssted, dir. 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler, dir. 97/7/EF om aftaler vedrørende fjernsalg og dir. 1999/44/EF om forbrugerftøb og garantier.

⁷⁰ KOM (2008) 614.

ternes love og administrative bestemmelser om aftaler indgået mellem forbrugere og erhvervsdrivende, se også art. 1.

I betragtning 61 fremgår, at ”...direktiv 2002/58/EF ... om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) allerede regulerer uanmodet kommunikation og sikrer et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. De tilsvarende bestemmelser om samme emne i direktiv 97/7/EF er derfor ikke nødvendige”.

Betragtning 64 erklærer således også ganske enkelt at dir. 85/577 og 97/7 bør ophæves.

Af betragtning 20 fremgår, at definitionen af aftaler om fjernsalg bør omfatte alle tilfælde, hvor en aftale indgås mellem den erhvervsdrivende og forbrugeren ... udelukkende ved brug af en eller flere fjernkommunikationsteknikker ... *til og med det tidspunkt, hvor aftalen indgås* – betragtningen viderefører et element som sås i fjernsalgsdirektivet 97/7. Af de foregående betragtninger, 61 og 64, er selve den anvendelse af fjernkommunikationsteknik, som dækker over ordet ”til” (eller indtil) aftalen indgås - nærmere bestemt den uanmodede henvendelse - ikke omfattet af direktivet.

Art. 28 angår gennemførelse af direktivet, og heraf fremgår, at fristen til gennemførelse af love og administrative bestemmelser til efterkommelse af direktivet er d. 13. december 2013. Anvendelsen af foranstaltningerne finder sted fra d. 13. juni 2014, og direktivets bestemmelser finder anvendelse på aftaler indgået efter den 13. juni 2014. Art. 30 omhandler Kommissionens rapportering samt evaluering af direktivet, som skal finde sted senest 13. december 2016, og den skal om nødvendigt ledsages af lovgivningsmæssige forslag med henblik på at tilpasse direktivet til udviklingen på forbrugerretsområdet.

Af art. 31 fremgår, at ”Direktiv 85/577/EØF og direktiv 97/7/EF ... ophæves med virkning fra d. 13. juni 2014. Henvisninger til de ophævede direktiver gælder som henvisninger til nærværende direktiv og læses i overensstemmelse med den i bilag II anførte sammenligningstabel”.

Af den vedlagte sammenligningstabel⁷¹ fremgår, at forbuddet i fjernsalgsdirektivets art. 10 om uanmodet henvendelse ikke er videreført i direktivet, dog angives der en henvisning med parentesens ”(se dog artikel 13 i direktiv 2002/58/EF)”.

Forbuddet fra fjernsalgsdirektivet er ikke umiddelbart videreført, da aspektet ikke er medtaget i direktivet. Det fremgår klart som om, at uanmodet henvendelse anses for fyldestgørende reguleret i dir. 2002/58, jf. sammenligningstabellen og kommissionsforslaget.

Man kan sige, at art. 4 om harmoniseringsniveau (om forbuddet mod opretholdelse af fravigende nationale bestemmelser) slet ikke er relevant for den danske bestemmelse fsva. uanmodet henvendelse, idet aspektet slet ikke er medtaget i dette direktiv, og således ikke kan være en fravigende bestemmelse, idet direktivet ikke regulerer dette, men blot henviser til e-databeskyttelsesdirektivets relevante bestemmelse.

Omvendt siger art. 31 at ”Henvisninger til de ophævede direktiver gælder som henvisninger til nærværende direktiv og læses i overensstemmelse med den i bilag II anførte sammenlig-

⁷¹ Se BILAG 9.

ningstabel”. Når den danske markedsføringslovs § 6 er baseret på det oprindelige fjernsalgsdirektiv, så skal denne henvisning fra den danske bestemmelse nu læses som en henvisning til forbrugerrettighedsdirektivet, som ikke har videreført forbuddet, men henviser til e-databeskyttelsesdirektivet, som anser aspektet for fyldestgørende reguleret her.

Art. 31 støttes på sin vis af betragtning 11 i direktivet, hvoraf fremgår, at dette direktiv ikke bør berøre EU-bestemmelser vedrørende specifikke sektorer, som fx humanmedicinske lægemidler, medicinsk udstyr, *beskyttelse af privatlivets fred inden for elektronisk kommunikation*, patientrettigheder ifm. grænseoverskridende sundhedsydelser, fødevarer mærkning og det indre marked for elektricitet og naturgas (min fremhævnings). Dog er der dog stadig tale om en specifik sektor, jf. *inden for elektronisk kommunikation*, som altså sår tvivl om effektiviteten af denne henvisning som et generelt princip.

Direktivet anfører med betragtning 66 at det overholder de grundlæggende rettigheder. Med art. 31 og betragtning 11 fremstår det som om, at hverken uanmodet henvendelse som aspekt og dermed beskyttelse af privatlivets fred og valgfrihed ikke skal forestille at være reguleret af forbrugerrettighedsdirektivet, men er placeret i e-databeskyttelsesdirektivet, selvom de er helt grundlæggende elementer i det nu ophævede fjernsalgsdirektiv.

Uanmodet henvendelse er med henvisningen på sin vis adskilt fra forbrugerrettighedsdirektivet, men alligevel forbundet med det pga. selve henvisningen. Umiddelbart kan man sige, at henvisningen i forbrugerrettighedsdirektivet er en parasit fra fjernsalgsdirektivet, der er blevet placeret i e-databeskyttelsesdirektivet, forstået på den måde, at reguleringen af uanmodet henvendelse med de grundlæggende elementer fra fjernsalgsdirektivet er forventet fuldt ud reguleret i e-databeskyttelsesdirektivet, jf. ovenstående.

Virkningen af ophævelsen af dir. 97/7 i forhold til den danske bestemmelse er tvivlsom, og må siges at afhænge af rækkevidden af e-databeskyttelsesdirektivets bestemmelse, som nu vil blive undersøgt nærmere.

4.4. E-databeskyttelsesdirektivet og Rammedirektivet

E-databeskyttelsesdirektivet og Rammedirektivet er to alen af samme stykke. Direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og –tjenester og direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (også kaldet direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation). Begge direktiver er i øvrigt ændret i 2009 bl.a. med fokus på opnåelse af teknologineutralitet samt ajourføring.

E-databeskyttelsesdirektivet er en ajourføring af ISDN-direktivet (dir. 97/66/EF), der som bekendt var principper fra direktiv 95/46 (data-direktivet) omsat til særregler for telesektoren. E-databeskyttelsesdirektivet er en ophævelse af ISDN-direktivet og erstatning for denne som en tilpasning til markedsudviklingen og den teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester og har til opgave at sikre den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi, tjenesterne baserer sig på.

E-databeskyttelsesdirektivet tager naturligvis vare på de grundlæggende rettigheder som ret til privatlivets fred, hvilket bl.a. fremgår af betragtning 40-43. Af direktivets art. 1 om anvendelsesområde og formål, fremgår det, at direktivet tager sigte på en harmonisering af medlems-

staternes bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred i forbindelse med behandling af personoplysninger *inden for den elektroniske kommunikationssektor*, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Fællesskabet. Den relevante bestemmelse for uanmodet kommunikation er som bekendt art. 13.

Den kommunikationssektor, som direktivet tager sigte på, er den i rammedirektivet nævnte. Kommunikationssektoren er et samlebegreb som omfatter tele-, medie- og IT-sektoren, og direktivet indeholder fællesrammebestemmelser herfor. Betragtning 10 i direktivet beskriver klart, at nærværende direktiv regulerer aktiviteter, som udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet. Betragtning 5 beskriver ligeledes klart, at det er nødvendigt at adskille regulering af transmission fra regulering af indholdet, og at de nye rammebestemmelser ikke omfatter indholdet i de tjenester, der leveres via elektroniske kommunikationsnet ved hjælp af de elektroniske kommunikationstjenester. Der henvises i betragtning 9 til direktiv 2000/31/EF om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel i det indre marked (direktiv om elektronisk handel).

Det er plausibelt, at der er tale om et bevidst valg af regulering på dette område med et spamforbud, som det nævnes af Trzaskowski, således at art. 13 i e-databeskyttelsesdirektivet er et spamforbud for transporttjenester.

På den anden side, er det svært at komme udenom, at der ikke skulle være tale om et hul i lovgivningen fsva. et spamforbud vedr. webbaseret indhold. Om det er bevidst fra lovgivers side, synes tvivlsomt, pga. henvisningen i sammenligningstabellen i forbrugerrettighedsdirektivet, som indikerer, at der på området bør være et spamforbud med de grundlæggende principper fra fjernsalgsdirektivet. Det synes i hvert fald som om, at en regulering i forbrugerrettighedsdirektivet, som nævnt, finder det fyldestgørende reguleret.

Det er relevant at undersøge, hvorvidt området er nævnt eller eventuelt reguleret nærmere i øvrige direktiver, herunder handelspraksisdirektivet, som Trzaskowski nævner, og e-handelsdirektivet, som e-databeskyttelsesdirektivet nævner.

4.5. Andre relevante direktiver, kilder, retningslinjer

4.5.1. Handelspraksisdirektivet

Trzaskowski anfører, at efter d. 12. juni 2013 skal uanmodede henvendelser i sociale medier vurderes i lyset af reglerne i handelspraksisdirektivet, der indeholder et forbud mod at sende beskeder, hvis forbrugeren har modsat sig dette (opt out).

Handelspraksisdirektivet er meget uklart fsva. uanmodet henvendelse, og tager i og for sig slet ikke stilling til dette aspekt. Handelspraksisdirektivet bør ifølge betragtning 14 ikke berøre gældende fællesskabslovgivning, der udtrykkeligt overlader det til medlemsstaterne at vælge mellem flere reguleringsmæssige muligheder for så vidt angår forbrugerbeskyttelse på området handelspraksis. Det fremføres videre, at direktivet navnlig ikke bør berøre artikel 13, stk. 3 i e-databeskyttelsesdirektivet.

Fokus for direktivet er naturligvis urimelig handelspraksis, men nærmere bestemt urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser, jf. formålsbestemmelsen i art. 1. Kommissionen har udsendt en brochure⁷², som forklarer nærmere, hvordan direktivet virker i praksis, og hvilken adfærd der over for forbrugerne anses for urimelig. Hverken i direktivet, kommissionsforslagene⁷³ fremgår, at uanmodet henvendelse er et decideret reguleret aspekt.

Det fremgår ganske vist i bilag 1 om ”Former for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimeligt” til direktivet i pkt. 26 at aggressiv handelspraksis også er hvis ”*Der foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktretlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning. Dette berører ikke artikel 10 i direktiv 97/7/EF eller direktiv 95/46/EF og 2002/58/EF*” (min fremhævnings).

Med sidste linje må det kunne antages, at der ikke kan være tale om en fyldestgørende regulering af et aspekt, der vedrører grundlæggende rettigheder som beskyttelse af privatlivets fred og retten til at frabede sig kommerciel kommunikation. Særligt når henses til placeringen (eksemplificering af, hvad aggressiv handelspraksis er), at uanmodet henvendelse ikke en gang er nævnt særligt klart i selve direktivet, og at der i pkt. 26 tilmed henvises til øvrige relevante direktiver, som regulerer uanmodet henvendelse, som ikke skal berøres af handelspraksisdirektivet.

Der henvises endda i direktivets bilag II til fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende reklame og kommerciel kommunikation, heriblandt fjernsalgsdirektivet (dir. 97/7) og dir. 2000/31 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked⁷⁴.

At nå til den konklusion, at markedsføringslovens § 6 fremover skal være i handelspraksisdirektivet fsva. uanmodet henvendelse, må antages at være fejlagtig, jf. ovenstående, idet aggressiv/vildledende markedsføring ikke bevæger sig i samme retlige område som uanmodet henvendelse. Grunden hertil er, at den aggressive markedsføring i den nævnte pkt. 26 rækker ud over lovligheden af uanmodet henvendelse i fjernsalgsbestemmelsen idet den overtræder den, og derfor i sig selv er urimelig.

4.5.2. E-handelsdirektivet

E-handelsdirektivet kaldes også direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel (”Direktivet om elektronisk handel”). Rammedirektivets betragtning 9 henviser som tidligere nævnt til dette direktiv fsva. reguleringen af visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester.

E-handelsdirektivet kan siges at være for informationssamfundstjenester, hvad e-databeskyttelsesdirektivet og rammedirektivet er for kommunikationstjenesterne.

⁷² http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_da.pdf

⁷³ KOM (2003) 0356, KOM (2004) 0753 eller KOM (2005) 0096.

⁷⁴ Også kaldet direktivet om elektronisk handel.

Direktivet fastsætter ifølge betragtning 7 en klar og generel ramme for visse retlige aspekter af elektronisk handel i det indre marked. Dog beskæftiger direktivet sig dog langt fra kun med e-handel, men også en lang række økonomiske erhvervsmæssige aktiviteter, som finder sted online⁷⁵, fx tjenester, som modtageren ikke yder vederlag for (tjenester, der består i at tilbyde online information eller kommerciel kommunikation), tjenester, som leverer redskaber til at søge, få adgang til og hente data, eller tjenester, der består i at udsende information via kommunikationsnetværk, give adgang til kommunikationsnetværk eller være vært for information, som leveres af tjenestemodtageren.

Direktivet er i høj grad baseret på nøgleord som sikring af retssikkerhed, forbrugertillid og gennemsækelighed. Det gøres klart i betragtning 11, at det ikke berører niveauet for beskyttelsen af især forbrugernes interesser, som er fastlagt ved bl.a. fjernsalgsdirektivet⁷⁶, og det fremgår, at disse direktiver finder fuldt ud anvendelse på informationssamfundstjenester.

Af betragtning 29 fremgår det, at kommerciel kommunikation er af afgørende betydning for finansieringen af informationssamfundstjenester og udviklingen af et stort udbud af nye gratis tjenester. Dog skal kommerciel kommunikation⁷⁷ af hensyn til forbrugerne og god forretningskik overholde en række krav om gennemsækelighed.

Fremsendelse af uopfordret kommerciel kommunikation (særligt fremsendelse som e-post) fremgår af betragtning 30-32.

I betragtning 58 findes direktivets akilleshæl. Det fremhæver, at direktivet ikke bør finde anvendelse på tjenester, der leveres af tjenesteydere *etableret i tredjelande*. Det fremgår videre, at henset til den elektroniske handels globale dimension bør det imidlertid sikres, at Fællesskabets bestemmelser er i overensstemmelse med de internationale regler, og at direktivet ikke berører resultaterne af drøftelser om retlige aspekter i internationale organisationer (bl.a. WTO, OECD og UNCITRAL). Til trods for den globale karakter af elektronisk kommunikation, fremgår det af betragtning 59, at det dog stadig er nødvendigt at koordinere de nationale regulerende foranstaltninger inden for Den Europæiske Union for at undgå en opsplitning af det indre marked og få etableret en hensigtsmæssig regulerende ramme på europæisk plan, hvilket også vil bidrage til at fastlægge en stærk, fælles forhandlingsposition i internationale fora.

I direktivets art. 2, litra f defineres kommerciel kommunikation som ”*alle former for kommunikation bestemt til direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenester eller til etablering af et image for en virksomhed, en organisation eller en person, som udøver handels-, industri- eller håndværksvirksomhed eller et lovreguleret erhverv*”.

I direktivets ”Afdeling 2: Kommerciel kommunikation” behandles oplysningspligt i art. 6 om klar identifikation, og dernæst art. 7 om uopfordret kommerciel kommunikation (se bilag 7). Art. 7 tager klart forbehold for dir. 97/7, og det må således uden tvivl antages, at fjernsalgsdirektivets bestemmelser og principper jf. ovenstående og ordlyden af art. 7, skal finde anvendelse. Dette må også gælde, da principperne må antages at følge af e-

⁷⁵ Se direktivets betragtning 18.

⁷⁶ Foruden dir. 97/66 (ISDN-direktivet), som nu er erstattet af e-databeskyttelsesdirektivet dir. 2002/58, og derudover dir. 95/46 (datadirektivet), jf. betragtning 14.

⁷⁷ Herunder rabatter, tilbud og salgsfremmende konkurrencer eller spil.

databeskyttelsesdirektivets art. 13, som forbrugerrettighedsdirektivet (som erstatter fjernsalgsdirektivet) henviser til.

5. Problemløsning

Kommissionens politik vedrørende kommerciel kommunikation er anført i Kommissionens meddelelse ”Opfølgning af grønbogen om kommerciel kommunikation”⁷⁸. Heraf fremgår, at Den europæiske sektor for kommerciel kommunikation spiller en central rolle i Det Europæiske Fællesskab, idet den beskæftiger over 1 mio. europæere og er i fortsat vækst, takket være udviklingen af nye kommunikationsteknologier og ny efterspørgsel, særligt pga. internettet. Endvidere er kommercielle kommunikationstjenester overordentligt vigtige for det indre markeds gennemførelse i betragtning af, at hvis virksomheder ikke kan gøre opmærksom på deres tilstedeværelse, produkter og tjenesteydelser på tværs af landegrænser, vil de ikke kunne tage del i samhandelen på tværs af grænserne. Endelig bidrager disse tjenesteydelser også til at finansiere alle medier.

Kommissionen har i grønbogen erkendt, at der er behov for at have en ramme inden for det indre marked på området for kommerciel kommunikation, som regulerer med hensyntagen til en lang række almene hensyn og til at der stadig kommer nye kommunikationskanaler til.

Det er ikke nemt at forklare i en håndevending, hvordan området for uanmodet henvendelse hænger sammen. Den danske markedsføringslov har pt. i hvert fald 3 hjemler, jf. ovenstående, som kan antages at være gældende fsva. uanmodet henvendelse, afhængig af den anvendte kommunikationsteknik.

Er der tale om en automatisk opkaldsmaskine, telefax eller elektronisk post (i klassisk forstand⁷⁹), er det e-databeskyttelsesdirektivets art. 13.

Er der tale om uanmodet henvendelse på informationssamfundstjenester, er det e-handelsdirektivets art. 7.

Er der tale om alle andre kommunikationsteknikker, fx ganske almindelig post, er der tale om det nu ophævede fjernsalgsdirektiv, som er erstattet af forbrugerrettighedsdirektivet, som henviser til e-databeskyttelsesdirektivs, hvis rammedirektiv vedrører specifikke kommunikationssektorer – problematikken herom blev beskrevet ovenfor i afsnit 4.4. E-databeskyttelsesdirektivet og Rammedirektivet.

Problemstillingen i denne fremstilling har haft til formål at finde ud af, hvor uanmodet henvendelse/spam på de sociale medier hører hjemme. Dette må anses for at være løst.

Dog giver løsningen anledning til en revurdering af det/de nuværende spamforbud. Det kan ikke antages at være tilfredsstillende med dette aspekt reguleret i flere forskellige direktiver afhængig af kommunikationsteknik, således at forbrugeren skal have et mere end almindeligt godt kendskab til flere direktiver og deres anvendelsesområder. Særligt, når erstatningen for fjernsalgsloven henviser til et direktiv, som har et snævert anvendelsesområde, men umiddelbart skal forestille fyldestgørende lovgivning på alle områder fsva. uanmodet henvendelse. Dette er et retssikkerhedsmæssigt problem, som der bør tages højde for i et nyere og mere teknologineutralt princip om uanmodet henvendelse.

⁷⁸ KOM (1998) 121, samt grønbogen, som der følges op på, KOM (1996) 192.

⁷⁹ Pr. e-mail i et offentligt netværk.

Det er således ikke et under, at retsstillingen på området kan virke forvirrende. Området har rødder i forbrugerretten, i erhvervsdrivendes handelspraksis og adfærd samt grundlæggende rettigheder om databeskyttelse og privatlivets fred. Omvendt er der også mange hensyn at tage – kommerciel kommunikation giver forbrugere mulighed for at benytte online tjenester som de sociale medier gratis, den erhvervsdrivende bag tjenesten kan drive og tjene på indtægterne ved at stille platformen til rådighed for erhvervsdrivende og forbrugerne.

I en ny definition af et spamretligt forbud bør følgende elementer indgå:

- Objekt/kommerciel kommunikation (markedsføringsbudskab; alle former for kommerciel kommunikation bestemt til direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenester eller til etablering af et image for en virksomhed, organisation eller en person, som udøver handels-, industri- eller håndværksvirksomhed eller andet lovreguleret erhverv).
- Afsendersubjekt (erhvervsdrivende)
- Modtagersubjekt (forbruger; en fysisk person, der ikke handler som led i sin handelsmæssige eller erhvervsmæssige virksomhed)
- Personligt tilgængelighedspunkt
- Fjernkommunikationsteknik (uanset teknik og platform, hovedsagen er, at afsender- og modtagersubjekt ikke befinder sig på samme fysiske tid og sted og at den kommercielle kommunikation formidles ved en fjernkommunikationsteknik)

Dertil kommer:

Opt in

Det bør være muligt at klassificere visse teknikker til at omfattes af opt-in-muligheden, som det er i dag med automatiske opkaldsmaskiner, telefax og elektronisk post. Kvalificeringen af, om en kommunikationsteknik eller form skal kræve samtykke eller ikke, kunne være baseret på, hvorvidt den kommercielle kommunikation fx optager kapacitet i en indbakke, og således kan være til gene ved at fylde og skulle slettes manuelt eller hvorvidt den på anden måde kan være en gene, fx telefonopkald. Denne liste bør kunne tages op til revision jævnligt, så eventuelt nye kommunikationsformer kan optages på listen.

Opt out

For øvrige kommunikationsteknikker bør der – som reguleringen også er – være mulighed for at frabede sig kommunikationen fra den pågældende erhvervsdrivende. *Håndhævelsen* heraf bør i højere grad være overladt til forbrugeren selv fsva. de sociale medier, idet anmeldelse og afventning af en spamanmeldelses afgørelse er for langtrukken og formålet med anmeldelsen forspildes – derudover er der ingen garanti for yderligere uanmodet henvendelse fra den erhvervsdrivende. Det sociale medie bør være teknisk indrettet som ved pop-op-reklamer med et synligt kryds i højre hjørne af den kommercielle kommunikation, som indikerer, at den kommercielle kommunikation kan fjernes. En fjernelse bør betyde, at en bruger ved at benytte sig af opt-out-muligheden sikres imod uanmodet henvendelse fra netop dén erhvervsdrivende i en vis periode, eksempelvis 1 år, således at de kommercielle markedsføringsbudskaber, man modtager, bliver mere *relevante*. Dette vil også medføre en mere indskærpet, relevant målgruppe til gavn for såvel forbrugerne som de erhvervsdrivende. Med en tidsbegrænset periode får de erhvervsdrivende mulighed for potentielt at være relevant for brugere senere hen. Der kan også være tale om at øge kvaliteten af kommercielle kommunikationer subjektivt/objektivt, således at kommunikationen gør mere for også at være relevant for brugerne af

det sociale medie. *Omgåelse*, fx hvor en bruger opfordres til at spamme ved selv manuelt at dele link eller andet, hvor identifikationen af den erhvervsdrivende umiddelbart fjernes, bør kunne anmeldes og evt. sanktioneres ved lukning af en side midlertidigt ved anmeldelse. Der bør kunne kræves et effektivt organ fra tjenesteudbyders side til formålet, idet udbyder også har interesse i et velfungerende miljø.

Eksposering

Der bør naturligvis være en rimelig grad af eksposering af reklamebudskaber, idet sociale medier stilles gratis til rådighed af en udbyder, hvor der med driften er udgifter forbundet.

Lighedstegn mellem alle uanmodede henvendelser på de sociale medier

Der bør også ved en ny spamretlig definition sættes lighedstegn mellem en uanmodet henvendelse direkte fra en erhvervsdrivende, videreformidlet fra en anden Ven/Bruger eller via en algoritme på det sociale medie. Med relevans som et nøgleord kan forbrugeren selv sige fra, beholde eller dele, hvad denne finder relevant, og det samme kan den næste potentielle modtager.

En ny spamretlig definition med de ovenfor nævnte elementer vil være en teknikneutral løsning, som rummer plads til udvikling, og som tilgodeser både erhvervsdrivende og forbrugere, idet den kommercielle kommunikation giver mulighed for at højne kvaliteten af disse og være mere relevant.

Kommerciel kommunikation skal naturligvis stadig opfylde kravene til identifikation og gennemskelighed.

Placering i lovgivningen

Det er umiddelbart svært at sige, hvor det nye spamretlige forbud bør høre hjemme, idet den som nævnt berører så mange områder, der er tæt forbundne. Et kvalificeret bud ville være i forbrugerrettighedsdirektivet, da der er tale om en væsentlig forbrugerrettighed, pga. elementerne om beskyttelse af privatlivets fred og retten til det frie valg, at frabede sig markedsføring. Disse elementer synes stærkere end en placering i handelspraksisdirektivet, om end det har en del med handelspraksis at gøre. Erhvervsdrivende bør dog også kende forbrugerrettighedsdirektivet, og derfor kan denne placering forsvares.

6. KONKLUSION

Af afsnittet 5. *Problemløsning* fremgår, at anvendelsen af markedsføringslovens § 6 fsva. uanmodet henvendelse på de sociale medier er berettiget, men at der grundlæggende er tale om en meget spredt regulering af uanmodet henvendelse på EU-plan afhængig af kommunikationsformen eller -teknikken. Retsgrundlaget og retsstillingen er blevet analyseret, diskuteret, vurderet og således klarlagt. Retsstillingen er spredt i forskellig, men tæt forbunden EU-lovgivning, og er forsøgt forbedret ved en mere central placering samt definition af relevante elementer, der kan og bør indgå i et nyt spamretligt forbud til gavn for alle implicerede parter. De angivne elementer er i høj grad anvendelige ved overvejelserne af den nærmere formulering af et nyt spamretligt forbud, og vil medføre en betydelig forbedring og effektiv håndhævelse af forbrugers rettigheder.

7. Litteraturliste

Forbrugerombudsmandens spamvejledning

<http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Ophaevde-retningslinjer-og-vejledninger/spamvejledning>

Den fællesnordiske henvendelse til Kommissionen med link til selve brevet

<http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Nyheder-fra-FO/Pressemeddelelser/Brev-til-kommissaer-om-elektronisk-post>

Fællesnordisk standpunkt til handel og markedsføring på internettet – maj 2010

<http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt%20vedroerende%20markedsfoering%20og%20ehandel%20%20Maj%202010.pdf>

Fællesnordisk standpunkt til markedsføring via sociale medier af 3. maj 2012

<http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsfoeringsloven/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt%20om%20sociale%20medier.pdf>

Artikel U.2012B.310 – ”Uanmodet kommunikation i sociale medier”

Af lektor, ph.d. Jan Trzaskowski, Juridisk Institut, Copenhagen Business School

8. BILAG

BILAG 1 - Problemstillinger vedr. persondatabeskyttelse er ikke omfattet af fremstillingen

Uddybende kommentarer:

De persondatabeskyttelsesretlige regler, når man med en tilkendegivelse på en erhvervsdrivendes Facebook-side bliver reklamesøjle for erhvervsdrivende på de sociale medier. Jeg finder nævnelse af denne afgrænsning relevant, idet en tilkendegivelse om, at en Ven ”synes godt om” en erhvervsdrivendes side spredes til at figurere på Vennens venners (andre brugeres) Væg - altså en form for spam. Denne spam-model er hovedessensen bl.a. i Promoted Posts. Som bruger kan man altså komme til at ”spamme” sine Venner gennem sin tilkendegivelse at ”synes godt om”. Derudover er problemstillingen om, hvorvidt et ”Synes godt om” er et samtykke til, at en brugers tilkendegivelse og profilbillede figurerer på andre brugeres væg i forbindelse med den erhvervsdrivende og man således bliver reklamesøjle/ambassadør for denne omfattes altså ikke.

Se figuren her som eksempel: 

Figuren er fjernet af redaktionen af hensyn til andres ophavsrettigheder.



BILAG 2 – Markedsføringslovens § 6, Lbkg. 2012-01-20 nr. 58 – ordlyd

Uanmodet henvendelse til bestemte aftagere

§ 6

48) En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til nogen 49) ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem 50) eller telefax med henblik på afsætning af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser, medmindre den pågældende forudgående har anmodet 51) om det.

Stk.2. 52) Uanset stk. 1 kan en erhvervsdrivende, der fra en kunde 53) har modtaget dennes elektroniske adresse 54) i forbindelse med salg af en vare eller en tjenesteydelse, markedsføre

egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser 55) til kunden via elektronisk post. 56) Dette forudsætter dog, at kunden har mulighed for let og gebyrfrit at frabede sig dette både i forbindelse med afgivelsen af adressen til den erhvervsdrivende og ved efterfølgende henvendelser. 57)

Stk.3. 58) En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til en bestemt fysisk person ved brug af andre midler til fjernkommunikation med henblik på afsætning som nævnt i stk. 1, hvis den pågældende over for den erhvervsdrivende har frabedt sig dette, hvis det fremgår af en fortegnelse, som udarbejdes af Det Centrale Personregister (CPR) hvert kvartal, at den pågældende har frabedt sig henvendelser, der sker i sådant markedsføringsøjemed, eller hvis den erhvervsdrivende ved undersøgelse i CPR er blevet bekendt med, at den pågældende har frabedt sig sådanne henvendelser. Ved telefonisk henvendelse til forbrugere gælder endvidere reglerne om uanmodet henvendelse i lov om visse forbrugeraftaler.

Stk.4. Stk. 3 gælder ikke, hvis den pågældende person forudgående har anmodet om henvendelsen fra den erhvervsdrivende. 59)

Stk.5. Første gang en erhvervsdrivende retter henvendelse som nævnt i stk. 3 til en bestemt fysisk person, der ikke er anført i fortegnelsen fra CPR, skal den erhvervsdrivende tydeligt og på en forståelig måde oplyse om retten til at frabede sig henvendelser som nævnt i stk. 3 fra den erhvervsdrivende. Den pågældende skal samtidig gives adgang til på en nem måde at frabede sig sådanne henvendelser. 60)

Stk.6. Der må ikke kræves betaling for at modtage eller notere meddelelser om, at en anmodning efter stk. 1 tilbagekaldes, eller at henvendelser som nævnt i stk. 3 frabedes.

Stk.7. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om den erhvervsdrivendes informationspligt efter stk. 5 og om pligten til at give adgang til at frabede sig henvendelser som nævnt i stk. 3.

BILAG 3 - Forbrugerombudsmandens standpunkt til handel og markedsføring på internettet

[http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledning-](http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledning/)

[ger/Markedsfoeringsloven/~//media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt%20vedroerende%20markedsfoering%20og%20ehandel%20%20Maj%202010.pdf](http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledning-/Markedsfoeringsloven/~//media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt%20vedroerende%20markedsfoering%20og%20ehandel%20%20Maj%202010.pdf)

”Markedsføring

2. Markedsføringsformer og –metoder

Al markedsføring skal udformes og præsenteres på en sådan måde, at den tydeligt fremstår som markedsføring.

2.1.Reklameidentifikation

2.1.1. Al markedsføring skal udformes og præsenteres på en sådan måde, at den tydeligt fremstår som markedsføring.

...

2.1.3. Indehaveren af en hjemmeside er som udgangspunkt ansvarlig for markedsføringen på denne, herunder når andre tillades at uploade materiale.

2.1.4. I systemer, som er indrettet med henblik på udveksling af information mellem private, fx chatrooms, nyhedsgrupper, blogs og lignende, må markedsføring kun finde sted, hvis det tydeligt fremgår, at der er tale om markedsføring, og på hvis vegne markedsføringen foretages.

Hvis private modtager betaling for at markedsføre en virksomheds produkter i sådanne fora, skal det klart fremgå. Hjemmesidens indehaver kan blive medansvarlig for, at dette sker.

2.2. Reklamens udformning og placering

2.2.1. Reklamen må ikke være urimeligt påtrængende.

Hvorvidt det er tilfældet, skal vurderes i forhold til form, indhold, brug af lyd, billeder, animationer og sammenhængen i øvrigt.

Reklamen vil ofte blive betragtet som urimeligt påtrængende, hvis den direkte påvirker igangværende arbejde på forbrugernes tekniske udstyr, herunder computer, ændrer indstillinger og lignende.

2.2.1.1. Markedsføring, som ikke er en integreret del af en internetside, skal kunne fjernes enkelt, ved fx "luk". Dominerende annoncer, som fx helsideannoncer, skal desuden forsvinde af sig selv efter en kort periode.

2.2.1.2. Der bør være en grænse for antallet af eksponeringer af reklamebudskaber, der henvender sig til den enkelte bruger. Antallet vil afhænge af det aktuelle markedsføringsformat, der benyttes.

...

2.3. Udsendelse af elektronisk markedsføring (SMS, e-mail og lignende)

2.3.1. Der kræves som udgangspunkt et aktivt samtykke på forhånd, før den erhvervsdrivende kan udsende reklame via e-mail og lignede fjernkommunikationsmetoder.

2.3.2. Forbrugerens samtykke skal være aktivt, frivilligt, udtrykkeligt og informeret, hvilket vil sige:

2.3.2.1. Samtykket skal være udtryk for en aktiv handling fra forbrugerens side, således at forbrugeren ikke forpligtes ved passivitet, eksempelvis ved at en acceptrubrik er udfyldt på forhånd.

2.3.2.2. Der må ikke stilles som betingelse for at indgå en aftale, at forbrugeren skal acceptere at modtage markedsføring.

2.3.2.3. Såfremt samtykket fremgår af standardvilkårene, anses det ikke for at være afgivet frivilligt og tilstrækkeligt fremhævet til, at samtykket er informeret.

2.3.2.4. Det skal være klart for modtageren, hvilket medium der vil blive benyttet, samt hvad indholdet af markedsføringen vil være.

2.3.2.5. Den erhvervsdrivende må ikke opfordre til eller belønne forbrugere for at videre-sende reklame, eller "tippe" andre forbrugere om den erhvervsdrivendes virksomhed.

2.3.3. For at undgå misbrug og sikre, at brugere kun tilmelder sig selv, bør der anvendes en "dobbelt opt-in" løsning, så brugeren modtager en meddelelse, der skal bekræftes, før samtykket aktiveres.

2.3.4. Uanset kravet om samtykke, kan en erhvervsdrivende, som har modtaget en forbrugers elektroniske adresse i forbindelse med et salg af en vare eller en tjenesteydelse, sende forbrugeren elektronisk markedsføring.

Forbrugeren skal dog selv have oplyst sin elektroniske adresse i forbindelse med salget, og ved afgivelsen af sin elektroniske adresse skal forbrugeren have fået oplysning om, at den vil blive brugt til markedsføring.

Markedsføringen må kun omhandle den erhvervsdrivendes egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser.

Forbrugeren skal have mulighed for nemt og gebyrfrit at frabede sig markedsføringen, både ved afgivelsen af den elektroniske adresse og ved alle efterfølgende henvendelser.

2.3.5. Enhver elektronisk reklame skal indeholde tilstrækkelige oplysninger om afsenderen, der gør forbrugeren i stand til at identificere denne.

2.3.6. Al elektronisk reklame skal kunne identificeres som markedsføring, lige så snart den er modtaget. Dette betyder, at det ikke må være nødvendigt for modtageren at åbne fx en e-mail for at forstå, at det drejer sig om markedsføring.

En elektronisk reklame må ikke give indtryk af at være en personlig meddelelse fra fx en ven eller et familiemedlem.

2.3.7. Enhver elektronisk reklame bør indeholde vejledning om, hvordan man nemt og gebyrfrit framelder sig fremtidige reklamer. Frameldingssystemet bør være indrettet således, at den, der foretager en sådan framelding modtager en bekræftelse herpå.

...”

BILAG 4

Forbrugerombudsmandens standpunkt til markedsføring via sociale medier

<http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Love-og-regulering/Retningslinjer-og-vejledninger/Markedsføringsloven/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Standpunkt%20om%20sociale%20medier.pdf>

BILAG 5 – Gennemgang af de 4 hovedkommunikationsformer for kommercielle meddelelser på sociale medier i Artikel U2012B.310.

1. Beskeder

Sociale netværk tillader som regel, at brugerne kan sende beskeder, som umiddelbart ligner elektronisk post. Beskederne sendes dog til en indbakke i det sociale netværk og ikke til brugernes traditionelle e-mailadresse.

Erhvervsdrivende har mulighed for at oprette en virksomhedsside som profil eller en personprofil som kommunikationsplatform med andre brugere. Dog kan der være indsat begrænsninger i systemet på det sociale medie, således at administratorer af virksomhedsprofiler ikke har mulighed for at sende private beskeder til de brugere, der er "fans". Det er dog muligt for en virksomheds personprofil at sende beskeder til "Venner" af virksomhedens personprofil, men dette er i strid med Facebooks brugerbetingelser, og kan være i strid med de markedsføringsretlige krav om reklameidentifikation⁸⁰.

Dette synspunkt er i tråd med forbrugerombudsmandens standpunkt om markedsføring på de sociale medier om at kommercielle beskeder til brugeres indbakke i det sociale netværk (såkaldte personlige beskeder) er omfattet af forbuddet mod uanmodet henvendelse.

2. Notifikationer

Ved oprettelse af en profil i et socialt medie, har brugeren ofte mulighed for at blive orienteret om aktiviteter via "almindelig" elektronisk post, fx når brugeren på det sociale medie modtager en besked eller når en person ønsker at knytte kontakt. Brugeren kan typisk via de generelle profilindstillinger præcisere, hvorledes og hvor ofte han ønsker sådanne notifikationer. Notifikationer betragtes ikke som beskeder i denne kontekst, da der er tale om en meddelelse fra det sociale medium og ikke fra den aktør, der har givet anledning til notifikationen.

3. News feeds

News feeds er en funktion i det sociale medie, hvor brugeren får et overblik over aktiviteter, som foretages af andre aktører i netværket, såvel andre private brugere, som erhvervsdrivende, som man har tilkendegivet at "synes godt om" eller blevet "fan" af. Informationen genereres som en side, når brugeren tilgår funktionen i det sociale medie. Brugeren "abonnerer" så at sige på opdateringer fra personer og virksomheder i sit netværk, som man selv har valgt at tilknytte. Valget af aktører i sit netværk bestemmer brugeren egenrådigt over, men udvælgelsen og prioriteringen af aktiviteterne i news feeds foretages af en algoritme i det sociale netværk. Brugeren bestemmer således ikke nødvendigvis, hvilke detaljer han orienteres om (annoncer om nye produkter, events eller presseomtale), og den erhvervsdrivende kan ikke vide, hvilke aktiviteter, der kommer til at fremgå i news feeds hos tilknyttede "fans".

Derudover kan news feed fx være oplysninger om, at andre aktører nu har knyttet kontakt i netværket, eller at en aktør har opdateret visse oplysninger etc. I en brugers news feed kan også optræde oplysninger om, at andre aktører fx har knyttet kontakt til en virksomhedsprofil. Derved orienteres brugeren om virksomhedens tilstedeværelse.

⁸⁰ En virksomheds profil kan risikere at få sin side lukket ned midlertidigt eller fuldstændigt, hvis den overtræder Facebooks brugerbetingelser.

Umiddelbart tager Jan Trzaskowski dog i sin artikel ikke højde for, at brugeren ikke blot abonnerer på sine egne aktørers statusopdateringer, men at også egne aktørers (Venners) aktørers opdateringer. Mere herom følger under punkt 3. *Forbrugernes retsstilling – er den tilfredsstillende?* Se figur 1 her til højre.



Figuren er fjernet af redaktionen af hensyn til andres ophavsrettigheder.

4. Annoncer

I de fleste sociale medier kan erhvervsdrivende købe annoncer, som hos brugeren fremstår som sådanne. Disse annoncer kan bruges af den erhvervsdrivende til at markedsføre sin profil/side i det sociale medie, og dér opfordre brugeren til at knytte kontakt til den erhvervsdrivende – med henblik på at den erhvervsdrivendes aktiviteter annonceres i brugerens News Feed. Disse annoncer svarer til traditionelle bannerannoncer på hjemmesider. Forbrugerombudsmændenes holdning til bannerannoncer er som tidligere nævnt, at de ikke betragtes som uanmodet henvendelse.

Trzaskowski tager dog ikke i højde for, at når Facebook fx tilgås via en mobil enhed, er der ikke en dedikeret side til bannerannoncer. Almindelige annoncer har nu fået placering i nyhedsstrømmen på både den mobile platform og på en almindelig computerskærm. At dette aspekt ikke er medtaget i artiklen, kan skyldes, at der på det givne tidspunkt for artiklens affattelse ikke fandtes annoncer i nyhedsstrømmen på stationære eller mobile enheder endnu, eller at tilgangen til Facebook fra en mobil enhed via en App/Applikation ikke fandtes og først senere er kommet til. Applikationen viste sig at være en forenklet udgave, hvor bannerannoncer ikke blev vist, og da mange brugere tilgår Facebook via en mobil enhed, har Facebook været nødt til at finde en måde at generere indtægter til driften af tjenesten.

BILAG 6 – eksempel på uanmodet henvendelse på Facebook, som fremgår af Brugerens nyhedsstrøm, men hidrører fra en Vens ”synes godt om”.



Figuren er fjernet af redaktionen af hensyn til andres ophavsrettigheder.

BILAG 7 – Om udviklingen af markedsføringsloven

4.1. Udviklingen af markedsføringslovens § 6

D. 5. december 1969 nedsattes Forbrugerkommissionen, hvis sigte var at styrke forbrugernes stilling og således komme med forslag til ændringer i lovgivning og administrations- og organisationsforhold vedrørende forbrugeraktiviteter samt finansieringen heraf. I marts 1973 foreligger et udkast til en markedsføringslov mv. ved bet. 681/1974, som kan træde i stedet for den dagældende lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, dels forslag til etablering af et almindeligt forbrugerklagenævn.

Fokus er beskyttelse af forbrugerne i civilretlige henseende. Den dagældende lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse har i særlig grad efter loven og dens forarbejder haft

sigte på forholdet mellem erhvervsdrivende indbyrdes. Forbrugerkommissionens lovudkast bygger på en klar forudsætning om, at forbrugere og erhvervsliv i langt det overvejende antal tilfælde har en sammenfaldende interesse i, at der i erhvervsvirksomhed handles i overensstemmelse med god markedsføringsskik og med lovens øvrige bestemmelser. Samtidig spiller dog også samfundsinteresser ind. Udkastets opdeling med en generalklausul og almindelige bestemmelser i kap. 1 og de specielle markedsføringsforbud i kap. 2 skyldes først og fremmest, at Forbrugerkommissionen på dette tidspunkt finder at visse markedsføringsformer⁸¹ bør rammes direkte ved forbud i loven. Dette skulle dog imidlertid ikke betyde, at andre salgsfremmende foranstaltninger (tidligere forbudte eller regulerede som nye former, der dukker op) efter en modsætningsslutning skal være tilladte, men kun at spørgsmålet om deres lovlighed beror på generalklausulen i § 1 om god markedsføringsskik og de øvrige almindelige bestemmelser i kap. 1.

Til § 1 bemærkes i betænkningen at anvendelsen af generalklausulen om god markedsføringsskik igennem årene har undergået en stadig udvikling, og at den derved har kunnet tilpasses ændringerne inden for erhvervslivet og i det øvrige samfund. Derfor har det også været muligt at give hensynet til forbrugerne en stigende betydning ved generalklausulens fortolkning. Efter Forbrugerkommissionens opfattelse er det af afgørende betydning, at denne fleksibilitet og stadige udvikling kan fastholdes og fortsættes. Formålet er først og fremmest at gennemføre en modernisering af sprogbrugen og herigennem en fremhævelse af den samfundsudvikling, som har fundet sted, siden generalklausulen ved lov af 31. marts 1937 blev indføjet i loven om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse.

4.1.1. Den 2. markedsføringslov

Markedsføringsloven undergår mindre ændringer i 1991 vedrørende mængdebegrænsninger og i 1992 vedrørende flybonusprogrammer, før der i 1994 vedtages en ny markedsføringslov, Lov nr. 428 af 01. Juni 1994. Lovforslaget hertil (L 211 fremsat 2. marts 1994) fremsættes på baggrund af bet. 1236/1992, hvis udvalg fik til opgave at undersøge om og i bekræftende fald hvilke ændringer, der burde gennemføres i markedsføringsloven, for at ajourføre loven og tilpasse den på en sådan måde, at der opnås et tidssvarende, afbalanceret resultat.

Det foreslås blandt andet i § 12 at forbrugerombudsmanden skal udarbejde og offentliggøre retningslinjer for markedsføring på nærmere angivne områder. Er disse udarbejdet efter forhandling med vedkommende erhvervs- og forbrugerorganisationer og tiltrådt af disse, skal handlinger i strid med retningslinjerne anses for stridende med god markedsføring. Dette foreslås, idet det tidligere har fungeret godt og har givet mulighed for en løbende, hurtig, effektiv og billig markedstilpasning af god markedsføringsskik mv. i overensstemmelse med de omskiftelige behov på et område i konstant bevægelse. Man anser dette for at være et fleksibelt instrument, som kan mindske behovet for specialbestemmelser og lettere end disse kan underkastes løbende justering.

Det fremgår af bemærkningen til § 1 i betænkningen⁸² at generalklausulen foreslås opretholdt i uændret skikkelse og skal forstås ganske som hidtil. Den reflekterer lovens overordnede formål, som er at sikre, at erhvervsvirksomhed drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til såvel konkurrenter og andre erhvervsdrivende som forbrugerne og almene samfundsinteresser. Den danner samtidig grundlag for løbende normdannelse og videreudvikling ud fra en

⁸¹ Tilgift, anvendelser af visse rabatsystemer samt reklamelotterier.

⁸² Bet. 1236/1992, s. 22-23, afsnit 2.1.

afbalanceret afvejning og hensynet til erhvervslivet, forbrugerne og almene samfundsinteresser.

For så vidt angår beskyttelsen af forbrugerne og hensynet til almene samfundsinteresser, skal bestemmelsen ses i sammenhæng med bestemmelserne om Forbrugerombudsmanden, forhandlingsprincippet og retningslinjer. Gennem anvendelsen af disse instrumenter kan der opnås konsensus om, hvad der skal være bestemmelsens realindhold. Generalklausulen kan som hidtil benyttes til indgreb mod bl.a. alle former for uønskværdige salgs- og reklameforanstaltninger.

Også i bemærkningen til § 1 i lovforslaget fremgår, at reglen giver mulighed for at tilpasse markedsføringsreguleringen til de til enhver tid værende behov. Der er dog herudover behov for forskellige specialforbud, som kan sikre en effektiv håndhævelse af specifikke områder.

Ønsket med den nye lov er, at den skal være dynamisk, således at generalklausulen fortsat er og bliver den vigtigste regel, som kan rumme udvikling på området og grænsetilfælde, samtidig med at den effektivt kan slå ned på specifikke tilfælde, der er fundet behov for at regulere ved specialforbud. Generalklausulen kan som hidtil benyttes til indgreb mod enhver erhvervsmæssig handling, som ud fra hensynet til forbrugerne, konkurrenterne eller samfundet anses for at være uønskværdig. Bestemmelsen skal fortsat kunne anvendes til beskyttelse af den personlige integritet, privatlivets fred, efterligning, snyltning eller anden udnyttelse af andres indsats osv. Generalklausulen skal være et supplement i forhold til specialbestemmelserne i markedsføringsloven, således at handlinger, der ligger på kanten af- eller falder uden for – specialreglernes typeområde, ofte vil kunne være stridende mod generalklausulen.

BILAG 8 – Ordlyden af ISDN-direktivets art. 12

Artikel 12

Uønskede telefoniske henvendelser

1. Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine) eller telefaxmaskiner (fax) med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter, som forudgående har givet deres tilladelse hertil.
2. Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for gebyrfrit at sikre, at uønskede telefoniske henvendelser, hvis formål er direkte markedsføring med andre midler end dem, der er nævnt i stk. 1, forbydes, medmindre de pågældende abonnenter har givet deres samtykke til at modtage sådanne henvendelser, eller forbydes for de abonnenters vedkommende, som har frabedt sig at modtage sådanne henvendelser, idet det i den nationale lovgivning skal afgøres, hvilken af de to mulig- heder der skal gælde.
3. De i stk. 1 og 2 fastsatte rettigheder gælder for abonnenter, der er fysiske personer. Medlemsstaterne sikrer endvidere inden for rammerne af den gældende fællesskabsret og nationale lovgivning, at de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer, nyder tilstrækkelig beskyttelse for så vidt angår uønskede telefoniske henvendelser.

BILAG 9 – Sammenligningstabellen i dir. 2011/83

22.11.2011

DA

Den Europæiske Unions Tidende

L 304/87

Direktiv 85/577/EØF	Direktiv 97/7/EF	Dette direktiv
	Artikel 4, stk. 1, litra c)	Artikel 6, stk. 1, litra e)
	Artikel 4, stk. 1, litra d)	Artikel 6, stk. 1, litra e)
	Artikel 4, stk. 1, litra e)	Artikel 6, stk. 1, litra g)
	Artikel 4, stk. 1, litra f)	Artikel 6, stk. 1, litra h)
	Artikel 4, stk. 1, litra g)	Artikel 6, stk. 1, litra f)
	Artikel 4, stk. 1, litra h)	—
	Artikel 4, stk. 1, litra i)	Artikel 6, stk. 1, litra o) og p)
	Artikel 4, stk. 2	Artikel 6, stk. 1, sammenholdt med artikel 8, stk. 1, 2 og 4
	Artikel 4, stk. 3	Artikel 8, stk. 5
	Artikel 5, stk. 1	Artikel 8, stk. 7
	Artikel 5, stk. 2	Artikel 3, stk. 3, litra m)
	Artikel 6, stk. 1	Artikel 9, stk. 1 og 2, artikel 10, artikel 13, stk. 2, og artikel 14
	Artikel 6, stk. 2	Artikel 13 og artikel 14, stk. 1, andet og tredje afsnit
	Artikel 6, stk. 3, først led	Artikel 16, litra a)
	Artikel 6, stk. 3, andet led	Artikel 16, litra b)
	Artikel 6, stk. 3, tredje led	Artikel 16, litra c) og d)
	Artikel 6, stk. 3, fjerde led	Artikel 16, litra i)
	Artikel 6, stk. 3, femte led	Artikel 16, litra j)
	Artikel 6, stk. 3, sjette led	Artikel 3, stk. 3, litra c)
	Artikel 6, stk. 4	Artikel 15
	Artikel 7, stk. 1	Artikel 18, stk. 1, (for købsaftaler)
	Artikel 7, stk. 2	Artikel 18, stk. 2, 3 og 4
	Artikel 7, stk. 3	—
	Artikel 8	—
	Artikel 9	Artikel 27
	Artikel 10	— (se dog artikel 13 i direktiv 2002/58/EF)
	Artikel 11, stk. 1	Artikel 23, stk. 1
	Artikel 11, stk. 2	Artikel 23, stk. 2
	Artikel 11, stk. 3, litra a)	Artikel 6, stk. 9, for bevisbyrden vedrørende oplysningskrav forud for indgåelsen af aftalen; for resten: —
	Artikel 11, stk. 3, litra b)	Artikel 24, stk. 1
	Artikel 11, stk. 4	—
	Artikel 12, stk. 1	Artikel 25
	Artikel 12, stk. 2	—
	Artikel 13	Artikel 3, stk. 2
	Artikel 14	Artikel 4

BILAG 10 – Afdeling 2 i dir. 2000/31 om kommerciel kommunikation og uanmodet henvendelse

Afdeling 2: Kommerciel kommunikation

Artikel 6

Oplysningspligt

Ud over andre informationskrav, som er fastlagt i fællesskabsretten, sikrer medlemsstaterne, at kommerciel kommunikation, som er en del af eller udgør en informationssamfundstjeneste, mindst overholder følgende betingelser:

- a) den kommercielle kommunikation skal klart kunne identificeres som sådan
- b) den fysiske eller juridiske person, på hvis vegne den kommercielle kommunikation foretages, skal klart kunne identificeres
- c) reklametilbud som f.eks. rabatter, præmier og tilgift skal, når de er tilladt i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, klart kunne identificeres som sådanne, og betingelserne for at opnå dem skal være let tilgængelige og fremlægges klart og utvetydigt
- d) salgsfremmende konkurrencer eller spil skal, når de er tilladt i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, klart kunne identificeres som sådanne, og betingelserne for deltagelse skal være let tilgængelige og fremlægges klart og utvetydigt.

Artikel 7

Uopfordret kommerciel kommunikation

1. Ud over andre krav, som er fastlagt i fællesskabsretten, sikrer medlemsstater, som tillader uopfordret kommerciel kommunikation via elektronisk post, at sådan kommerciel kommunikation fra en tjenesteyder, der er etableret på deres område, klart og utvetydigt er angivet som sådan, når modtageren modtager den.

2. Med forbehold af direktiv 97/7/EF og direktiv 97/66/EF træffer medlemsstaterne foranstaltninger for at sikre, at tjenesteydere, som fremsender uopfordret kommerciel kommunikation via elektronisk post, respekterer og regelmæssigt konsulterer »opt-out«-registre, hvor fysiske personer, der ikke ønsker at modtage sådan kommerciel kommunikation, kan registrere sig.