

Markedsføringslovens generalklausuler i 2017

The general clauses of the law of marketing in 2017

af JIMMIE LYK LARSEN

I denne afhandling undersøges sondringen mellem markedsføringslovens to generalklausuler efter lovændringen i 2017. Markedsføringsloven blev i 2017 ændret, idet lovgiver havde et ønske om at forenkle loven og sikre EU-konformitet. Det medførte blandt andet en strukturel ændring af lovens velkendte generalklausul om ”god markedsføringsskik”. Sondringen har været i loven siden den første implementering af handelspraksisdirektivet i 2006, men er som følge af den strukturelle ændring blevet mere aktuel i 2017-loven. Alle der arbejder med loven skal fremover kunne sondre mellem begreberne ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik”, idet begreberne nu findes i to forskellige bestemmelser. Bestemmelsen om ”god erhvervsskik” gælder for det direktivregulerede område og omfatter alle forhold vedrørende forbrugernes økonomiske interesser. Bestemmelsen om ”god markedsføringsskik” er derimod ikke EU-reguleret og omfatter alle øvrige forhold. I teorien synes sondringen uproblematisk, men ved gennemgang af retspraksis og lovens forarbejder viser det sig vanskeligt at tegne den præcise grænse mellem bestemmelsernes anvendelse. I mange situationer vil man kunne argumentere for anvendelse af begge bestemmelser.

Derudover gør generalklausulernes dynamiske natur, at det altid vil være vanskeligt at fastlægge det præcise indhold af bestemmelserne. Området for kønsdiskriminerende reklame behandles i afhandlingen som et eksempel herpå.

I afhandlingen vurderes det endeligt om lovændringen lever op til lovgivers ønsker om forenkling EU-konformitet. Der er næppe længere tvivl om at loven er EU-konform, men det er derimod diskuteret om generalklausulens opdeling har medvirket til en forenkling af loven.

Indholdsfortegnelse

1. Abstract	3
2. Indledning	3
2.1 Problemformulering.....	4
2.2 Problemafgrænsning	4
3. Metode og teori	5
3.1 Teoretisk og metodisk grundlag	5
3.2 Retskildegrundlaget	5
4. Regulering af markedsføring	6

4.1	Hvorfor reguleres markedsføring?.....	6
4.2	Markedsføringslovens baggrund	6
4.3	Markedsføringslovens anvendelsesområde	7
4.3.1	Det materielle anvendelsesområde	7
4.3.2	Det territoriale anvendelsesområde	8
4.3.3	Forbrugerbegrebet	8
4.4	Den EU-retlige markedsføringsregulering	9
5.	Generalklausulernes rolle i markedsføringsloven	10
5.1	Hensyn til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser	11
5.2	Generalklausulernes sammenspil med lovens specialbestemmelser	11
5.3	Generalklausulernes løbende udvikling.....	12
5.3.1	Kønsdiskriminerende reklame.....	12
5.3.1.1	Administrativ praksis vedrørende kønsdiskriminerende reklame.....	14
6.	Formålet med markedsføringslovens ændring i 2017.....	16
6.1	Sondringen mellem generalklausulerne.....	17
7.	Anvendelse af 2017-lovens generalklausuler	18
7.1	Kan man støtte ret på tidligere retspraksis?.....	18
7.2	Økonomiske og ikke-økonomiske interesser.....	19
7.2.1	§ 3 om ”god markedsføringsskik”	19
7.2.2	§ 4 om ”god erhvervsskik”	21
7.2.3	Handelspraksis.....	25
7.2.4	Sondringen i handelspraksisdirektivet.....	27
7.2.5	Hvorfor er sondringen mellem økonomiske og ikke-økonomiske interesser vigtig	28
7.3	Sondringen på det aftaleretlige område	29
7.4	Sanktioner for overtrædelse af generalklausulerne.....	31
8.	Lever 2017-loven op til sine mål?.....	32

8.1	Målet om forenkling	32
8.2	Målet om EU-konformitet	36
9.	Konklusion.....	37
10.	Litteraturliste.....	38

1. Abstract

The objective of this thesis is to examine the consequences of the change of the law of marketing in 2017, regarding the general clauses of the law.

The marketing in Denmark is regulated by the law of marketing to secure fair conditions for consumers, companies and society in general. The law was changed in 2017, as the former law failed to meet the requirements of the EU. Furthermore, the legislators requested a simpler law. One of the major changes of the law of 2017 is the split of the well-known general clause into two separate sections in §§ 3 and 4. In the future it will be necessary to distinguish between the two general clauses in order to use the law correctly. § 4 implements the “Unfair Commercial Practices Directive” and protects consumers against unfair commercial practices harming their economic interests. § 3 includes other areas unwanted by the Danish state, but not covered by the Directive, since the scope of the Danish law is wider than the Directive. Among these are regards as safety, health, environment etc. It also includes the area of contract law. However, in some situations it is difficult to make a distinction between the two general clauses in practise, since both of them are applicable. The commission of the law of marketing has composed a report with recommendations of correct use of the general clauses. The recommendations are helpful to a certain extent, but they also leave questions unanswered.

Although there is no material change intended regarding the general clauses in the law of marketing of 2017, the amendment has encountered some resistance. For instance, the new structure of the general clauses is criticised for not contributing to the request of a simpler law. Furthermore, not all of the terms used in the law are in accordance with the terms used in the directive, and it is discussed whether the directive is implemented in the most suitable way.

The general clauses have always been dynamically evolving concurrently with the development of society. Accordingly, it is difficult to accurately define what is covered by the general clauses. The area of gender discriminating advertisement is an example of the constant development of the general clauses, and it illustrates that it is impossible to clarify their exact extent.

2. Indledning

Når erhvervsdrivende sætter varer og tjenesteydelser til salg på markedet, vil en eventuel køber basere sin købsbeslutning på en række informationer om produkter, priser, vilkår mv. Disse informationer vil i vidt omfang stamme fra den erhvervsdrivende selv. Den retlige markedsføringsregulering spiller en central rolle i sikringen af, at den erhvervsdrivendes påvirkning af køberen sker på rimelige vilkår. Særligt i forbrugerforhold er beskyttelsen vigtig.

I Danmark har reguleringen siden 1974 fundet sted i markedsføringsloven, der løbende har ændret sig i takt med samfundsudviklingen i øvrigt. Den seneste revision af loven skete i 2017 og skyldtes blandt andet et ønske om at rette op på de seneste 11 års mislykkede forsøg på implementering af handelspraksisdirektivet, samt et ønske om at gøre loven mere enkel og overskuelig. 2017-loven byder blandt andet på en strukturel ændring af den velkendte generalklausul om ”god markedsføringsskik”, der efter lovændringen opdeles i to særskilte bestemmelser. Sondringen har været i loven siden den første implementering af direktivet i 2006, men er især blevet aktuel efter generalklausulernes opdeling i 2017. Det stiller nye krav til alle der arbejder med loven, som nu skal kunne sondre mellem begreberne ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik” – en sondring der ikke i alle tilfælde er lige skarp. Bestemmelsen om ”god erhvervsskik” gælder for det direktivregulerede område og omfatter dermed alle forhold vedrørende forbrugernes økonomiske interesser, mens bestemmelsen om ”god markedsføringsskik” omfatter alle øvrige forhold. I praksis viser det sig imidlertid vanskeligt at tegne den præcise grænse mellem bestemmelserne, men retspraksis og 2017-lovens forarbejder kan være med til at belyse retstilstanden.

På trods af at der ved 2017-lovændringen ikke er tilsigtet ændringer af generalklausulernes materielle indhold, har ændringen i flere henseender mødt modstand og givet anledning til spørgsmål. Eksempelvis er der ikke overensstemmelse mellem direktivets og markedsføringslovens forbrugerbegreber, og der er på flere områder uenighed om, hvorvidt loven lever op til sine ambitioner om forenkling og overskuelighed. Implementeringen af handelspraksisdirektivet kritiseres blandt andet for at være unødvendig tekstnær.

Markedsføringslovens generalklausul har altid været dynamisk, og ændret sig i takt med den øvrige samfundsudvikling. Den medfører, at det hele tiden er vanskeligt at fastlægge den præcise grænse for hvornår en handling er retsstridig. Området for kønsdiskriminerende reklame er et eksempel på, at retstilstanden er under konstant udvikling.

2.1 Problemformulering

I 2017 gennemgik markedsføringsloven en større revision, idet lovgiver havde et ønske om at forenkle og overskueliggøre loven, samt et ønske om at sikre EU-konformitet. Det er min opfattelse, at lovændringen har gjort den velkendte generalklausul mere uoverskuelig og sværere at anvende.

Det undersøges derfor i denne afhandling, hvilke konsekvenser markedsføringsloven af 2017 har haft for lovens generalklausuler i forbrugerforhold. Der redegøres for generalklausulernes indhold, og sondringen imellem dem. Gennem analyse af retspraksis og administrativ praksis gives konkrete eksempler på generalklausulernes anvendelse, og det vurderes, hvordan situationer fra ældre retspraksis skal bedømmes i fremtiden.

Endelig diskuteres det med særlig fokus på generalklausulerne, om loven lever op til lovgivers intentioner om forenkling og EU-konformitet.

2.2 Problemafgrænsning

I denne afhandling fokuseres der på revisionen af markedsføringsloven i 2017.

Generalklausulens nye struktur i 2017-loven er formentlig den mest iøjefaldende del af lovændringen. Konsekvenserne ved opdelingen af begreberne ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik” undersøges derfor nærmere. Det er ikke altid enkelt at sondre mellem begreberne, og forskelle og ligheder mellem de to bestemmelser analyseres derfor, blandt andet ved at kigge på retspraksis i nutidsperspektiv. Det vurderes ligeledes om den nye struktur lever op til lovgivers intentioner.

For at forstå indholdet af lovens generalklausul, ses der nærmere på dens anvendelse. Det undersøges hvordan generalklausulen har ændret sig over tid, og den løbende udvikling illustreres ved en gennemgang af området for kønsdiskriminerende reklame.

Også mange af lovens øvrige bestemmelser har ændret sig ved 2017-loven, men der fokuseres på konsekvenserne for generalklausulerne i denne afhandling. Bestemmelserne om ”god markedsføringssskik” og ”god erhvervsskik” er dog direkte påvirket af andre bestemmelser, herunder eksempelvis MFL § 8, som derfor også behandles i et vist omfang.

På trods af at loven favner meget bredt, er forbrugernes beskyttelse mod uhensigtsmæssig markedsføring et af lovens hovedformål. Derfor tages der i denne afhandling udgangspunkt i de virkninger 2017-loven har haft for forbrugerne.

3. Metode og teori

3.1 Teoretisk og metodisk grundlag

I denne fremstilling bruges den retsdogmatiske metode, idet gældende ret beskrives, fortolkes, analyseres og vurderes.¹ Det er primært gældende ret for markedsføringslovens generalklausuler der behandles i afhandlingen. For at belyse retstilstanden inddrages blandt andet forarbejder til 2017-loven, tidligere markedsføringslove og forarbejder hertil. EU-retlige direktiver, retspraksis, administrativ praksis i form af Forbrugerombudsmandens praksis og juridisk litteratur inddrages ligeledes. Som led i analysen af 2017-loven vil der ske sammenligning med tidligere markedsføringslove og lovens EU-retlige baggrund.

På visse områder findes kun begrænset juridisk litteratur. Afhandlingen beror derfor i et vist omfang på selvstændige overvejelser og vurderinger, blandt andet vedrørende om 2017-loven lever op til sine mål om forenkling og overskuelighed. I den forbindelse gøres også retspolitiske overvejelser.²

Mængden af relevant retspraksis efter 2017-loven er yderst sparsom, og tidligere retspraksis vil derfor flere steder i afhandlingen blive sat i nutidsperspektiv.

3.2 Retskildegrundlaget

Markedsføringsloven er i denne afhandling den centrale retskilde, eftersom det hovedsageligt er indholdet af lovens §§ 3 og 4 der behandles.

Retspraksis udgør ligeledes en væsentlig retskilde i denne afhandling, men der tages højde for at afgørelserne har varierende præjudikatværdi. Der anvendes også forbrugerombudsmandsafgørelser til at belyse retstilstanden, idet det dog bemærkes, at administrativ praksis ikke udgør en retskilde i dansk ret.³

Der anvendes endvidere EU-retlige retskilder i afhandlingen, og handelspraksisdirektivet er i den forbindelse helt central. Der er tale om et totalharmoniseringsdirektiv hvilket medfører, at medlemsstaterne ikke har noget råderum vedrørende graden af implementering.⁴ Uden for direktivets anven-

¹ J. Evald og S. Schaumburg-Müller, s. 212

² Ibid., s. 209

³ J. Evald, s. 18, 48-49

⁴ K. Engsig Sørensen m.fl., s. 709-711

delsesområde gælder der ikke tilsvarende begrænsninger for Danmark, og afgrænsningen for direktivets område er derfor vigtig. Det gælder også retskildemæssige overvejelser. Eksempelvis har forarbejder i dansk ret en retskildemæssig værdi, mens de egentlige forarbejder i EU-retten tillægges begrænset betydning.⁵

Endelig tages der højde for, at den anvendte litteratur ikke har retskildestatus.

4. Regulering af markedsføring

Inden der gås i dybden med markedsføringslovens generalklausuler i afsnit 5-8, præsenteres der i det følgende nogle bredere markedsføringsretlige emner. Disse overvejelser bør man også have in mente ved anvendelse af 2017-lovens generalklausuler.

4.1 Hvorfor reguleres markedsføring?

For at få en bedre forståelse for indholdet af markedsføringslovens generalklausuler undersøges det, hvorfor der er behov for retlig markedsføringsregulering.

Erhvervsdrivende udbyder i vidt omfang varer og tjenesteydelser til forbrugere, andre erhvervsdrivende, myndigheder og organisationer. Modtageren af det pågældende produkt vil ofte have mulighed for frit at vælge mellem flere udbydere. For at finde frem til det produkt der bedst passer til sine præferencer, må modtageren have information om udbydere, produkter, vilkår, priser mv. Denne information kan han få fra mange forskellige slags eksterne kilder, herunder eksempelvis uvildige tests og tredjemands omtale af produktet. En stor del af informationen vil imidlertid ofte stamme fra den sælgende virksomhed selv.⁶

Igennem tiden har de erhvervsdrivendes muligheder for at udbrede denne information om sine produkter udviklet sig dramatisk, og dermed gjort behovet for markedsføringsregulering større – ikke mindst over for forbrugere. Den teknologiske udvikling har muliggjort nye markedsføringsmetoder, blandt andet i form af annoncering i dagspressen, radio- og tv-reklame, internetreklame og markedsføring på sociale medier. Udvalget af markedsføringsplatforme er altså vokset, men også intensiteten og muligheden for at sprede budskaberne over store geografiske områder er blevet større. Sideløbende med denne udvikling er de erhvervsdrivendes kommunikation med potentielle kunder blevet stærkt professionaliseret, idet markedsføringen i dag ofte overlades til selvstændige reklamebureauer.⁷

Derudover stemmer den erhvervsdrivendes interesse i profit ikke altid overens med samfundets interesse i loyal oplysning. Den retlige regulering af markedsføring er derfor med til at sætte grænsen mellem lovlig påvirkning af modtageren og illoyal forvridning af modtagerens adfærd.⁸

4.2 Markedsføringslovens baggrund

Der redegøres i det følgende kort for markedsføringslovens historiske baggrund.

Regulering af markedsføring ses første gang i Danmark i 1894. Efter principperne om fri konkurrence og næringsfrihed slår igennem i 1800-tallet oplever man nemlig, at erhvervsdrivende gør brug af grov

⁵ P. Blume, s. 185

⁶ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 21-22

⁷ C. Heide-Jørgensen, s. 277-278

⁸ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 21-22

og hensynsløs markedsføring, samt uacceptable angreb på hinanden. I de efterfølgende år udvikler lovreguleringen sig, og i 1937 præsenteres en lov med en generalklausul, der minder om de moderne god skik-bestemmelser.⁹

Ved den første markedsføringslov i 1974 udskiftes den principielle indfaldsvinkel til markedsføringsretten. 1974-loven hviler på den grundopfattelse, at erhvervsudøvelse ikke er et privat anliggende, men derimod en samfundsmæssig funktion, hvor rammerne for erhvervsudøvelsen skal fastsættes ud fra en afvejning af erhvervsinteresser, forbrugerinteresser og almene samfundshensyn. Loven ændres på den måde, at beskyttelse af erhvervsdrivende ikke længere er det primære formål med loven, og der skabes øget fokus på forbrugerbeskyttelse. I den forbindelse indføres også forbrugerombudsmandsinstitutionen, hvis rolle siden er vokset. Forbrugerombudsmanden er i dag en af markedsføringsrettens afgørende aktører.¹⁰

1974-lovens § 1 indeholder den første bestemmelse om ”god markedsføringsskik”. Bestemmelsen træder i stedet for den tidligere konkurrencelovs § 15 om ”redelig forretningsskik” med det formål at fortsætte generalklausulens allerede igangværende udvikling. Ifølge lovens forarbejder er indførelsen af begrebet ”god markedsføringsskik” en modernisering og effektivisering af konkurrencelovens generalklausul, og markedsføring skal forstås i meget bred forstand.¹¹

Siden 1974-loven har markedsføringsloven ændret sig flere gange, mest markant i 2005. Såvel ordlyden af bestemmelserne som fortolkningen af det vide begreb ”god markedsføringsskik” har igennem årene været udsat for en løbende udvikling, som blandt andet skyldes den teknologiske udvikling og en fælleseuropæisk regulering af markedsføring.¹² Det helt overordnede formål med markedsføringsloven har dog alle årene været det samme – en minimumsregulering af erhvervsdrivendes markedsadfærd.¹³

4.3 Markedsføringslovens anvendelsesområde

Markedsføringslovens anvendelsesområde er afgørende for generalklausulernes rækkevidde. Det undersøges derfor hvem der beskyttes af loven, og hvem der skal overholde den.

4.3.1 Det materielle anvendelsesområde

Markedsføringslovens materielle anvendelsesområde fremgår i dag af MFL § 1, stk. 1, hvorefter loven finder anvendelse på privat erhvervsvirksomhed og offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet. Bestemmelsen er ifølge forarbejderne en fortsættelse af 2005-lovens § 2, hvorfor den må forstås på samme måde som hidtil.¹⁴

I modsætning til mange af lovens øvrige begreber er ”privat erhvervsvirksomhed” ikke defineret i 2017-lovens § 2. Ifølge lovens forarbejder, der blot gentager 2005-lovens definition, skal privat erhvervsvirksomhed i lovens forstand forstås som udøvelse af virksomhed inden for handel, industri, håndværk, landbrug, transport, liberale erhverv eller anden virksomhed inden for området af arbejds- og tjenesteydelser.¹⁵

⁹ C. Heide-Jørgensen, s. 40

¹⁰ C. Heide-Jørgensen, s. 40-41

¹¹ Bet. 681/1974, s. 17-19

¹² L 40/2016, s. 19, 1. spalte

¹³ S. Kristoffersen, s. 19

¹⁴ L 40/2016, s. 41, 1. spalte

¹⁵ Ibid., s. 24, 1. spalte

Loven har altså et bredt anvendelsesområde, der dækker over enhver handling foretaget i erhvervsøjemed og det er uden betydning, om den er foretaget med økonomisk vinding for øje. Således er enhver markedsaktivitet omfattet, herunder alt fra produktion og distribution til salg og inkassovirksomhed¹⁶.¹⁷ Det centrale er altså om handlingen har erhvervsmæssig karakter, ikke om der tilstræbes profit. Det medfører, at også andels- og forbrugsforeninger er omfattet af loven, mens brancheorganisationer, interesseorganisationer, handelsorganisationer og velgørende organisationer kun er omfattet, i det omfang aktiviteten er af erhvervsmæssig karakter. Der synes dog ikke at skulle meget til, før en aktivitet anses for omfattet af lovens anvendelsesområde.¹⁸ Efter § 1, stk. 2 og 3 gælder loven kun i begrænset omfang for finansielle virksomheder, som dog ikke omtales nærmere her.

Som ovenfor nævnt er også offentlig virksomhed omfattet, i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. Her er der ligeledes tale om en videreførelse af 2005-lovens tilsvarende bestemmelse. Det afgørende er om udbuddet sker på et marked eller på markedslignende vilkår, og ikke om det sker i konkurrence med private virksomheder.¹⁹ Det kan dog tillægges vægt i vurderingen, hvis det sker i konkurrence eller hvis der indgår et betalingselement.

Offentlig virksomhed er desuden underlagt en række forvaltningsretlige regler, herunder reglen om ”god forvaltningsskik”.²⁰

4.3.2 *Det territoriale anvendelsesområde*

Markedsføringsloven indeholder ingen særlige bestemmelser om det territoriale anvendelsesområde, bortset fra § 41 der undtager Grønland og Færøerne. Lovens anvendelsesområde er derfor begrænset til markedsføring på det danske marked, mens markedsføring i udlandet som udgangspunkt må vurderes efter det pågældende lands regler.²¹ Der gælder dog et virkningsprincip, hvorefter en aktivitet er omfattet af den danske markedsføringslov, hvis den retter sig mod det danske marked. I den situation er det således uden betydning, om den erhvervsdrivende er etableret i udlandet.

Når en erhvervsdrivende etableret i et EU/EØS-land markedsfører sig på internettet, gælder der dog et afsenderlandsprincip, hvorefter den erhvervsdrivende som udgangspunkt blot skal overholde den offentligretlige lovgivning i sit etableringsland.²²

4.3.3 *Forbrugerbegrebet*

Som nævnt har markedsføringsloven et meget vidt anvendelsesområde, mens der i denne afhandling dog fokuseres på forbrugere som spiller en særlig rolle i loven. Det er derfor relevant at få klarlagt, hvad forbrugerbegrebet dækker over.

I modsætning til tidligere markedsføringslove indeholder 2017-loven en definition af hvem der i lovens forstand er forbruger. I MFL § 2, nr. 1 defineres en forbruger som en fysisk eller juridisk person,

¹⁶ Se eksempelvis U 1976.810 S, hvor en inkassovirksomheds brug af ordene ”Vi får pengene på den ene eller anden måde” på sit brevpapir, samt ”Her kommer inkassovognen – er den på vej til Dem?” på sin firmavogn, var i strid med ”god markedsføringsskik”. Se nærmere om afgørelsen under afsnit 7.2.1

¹⁷ S. Kristoffersen, s. 22

¹⁸ C. Heide-Jørgensen, s. 61-62

¹⁹ C. Heide-Jørgensen, s. 63

²⁰ L 40/2016, s. 42, 1. spalte

²¹ C. Heide-Jørgensen, s. 64-65

²² Ibid., s. 42, 1. spalte

der hovedsagelig handler uden for sit erhverv. Ifølge forarbejderne er definitionen i overensstemmelse med det almindelige, danske civilretlige forbrugerbegreb.²³

Kigger man i handelspraksisdirektivets tilsvarende definitionsbestemmelse i artikel 2, litra a, vil man opdage, at direktivets definition ikke svarer til markedsføringslovens. Modsat den danske definition giver direktivets forbrugerbegreb ikke mulighed for, at en juridisk person kan være forbruger. Her defineres en forbruger som en fysisk person, der i forbindelse med en handelspraksis ikke udøver virksomhed som handlende, håndværker, industridrivende eller udøver et liberalt erhverv. Ifølge direktivets betragtning 18 anses forbrugeren endvidere som en ”under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger”.

Der er altså en i princippet væsentlig forskel fra direktivets forbrugerbegreb til den danske markedsføringslovs. Med de to forskellige forbrugerbegreber åbnes der således op for, at en erhvervsdrivende der handler uden for sit erhverv er omfattet MFL § 4, men ikke af handelspraksisdirektivet. Det synes umiddelbart i modstrid med forarbejderne til 2017-loven, hvorefter § 4 om ”god erhvervsskik” kun skal gælde på det direktivregulerede område. På trods af, at der er tale om et totalharmoniseringsdirektiv, kan begrebsforskellen dog ikke antages at være i strid med direktivet, idet direktivet ikke gælder uden for forbrugerforhold i direktivets forstand, jf. artikel 3, stk. 1.²⁴ Ifølge forarbejderne til 2017-loven er det danske forbrugerbegreb indeholdt i direktivets.²⁵ Det vil altså sige, at en erhvervsdrivende kan være forbruger i markedsføringslovens forstand og dermed beskyttet af § 4, uden dog at være omfattet af handelspraksisdirektivet.

Selvom de varierende begreber ikke er i strid med Danmarks EU-retlige forpligtelser, kan man alligevel overveje om en ændring af det danske forbrugerbegreb i markedsføringsloven er hensigtsmæssig, for at bringe det i overensstemmelse med direktivets begreb. Markedsføringslovsudvalget anbefaler dog at opretholde den danske lovs forbrugerdefinition på trods af, at det går videre end direktivets. Det skyldes, at man ved at ændre begrebet opnår et forbrugerbegreb, der er forskelligt på tværs af de danske forbrugerbeskyttende love. Markedsføringslovens forbrugerbegreb må altså vælge mellem enten at tilpasse sig direktivets begreb eller det almindelige, danske civilretlige forbrugerbegreb. Udvalgets flertal anbefaler dog, at regeringen undersøger om det danske forbrugerbegreb skal bevares, eller om alle relevante danske love skal ensrettes med det EU-retlige forbrugerbegreb.²⁶

4.4 Den EU-retlige markedsføringsregulering

Markedsføringsloven bygger i høj grad på EU-regulering, idet der i alt er otte direktiver, som er implementeret i loven. Den EU-retlige markedsføringsregulering undersøges derfor nærmere.

Handelspraksisdirektivet er det væsentligste af de direktiver, der er implementeret i loven.²⁷ Direktivet harmoniserer regler, der angår erhvervsdrivendes urimelige handelspraksis over for forbrugere,

²³ L 40/2016, s. 42, 2. spalte

²⁴ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 69

²⁵ L 40/2016, s. 42, 2. spalte-43, 1. spalte

²⁶ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 10

²⁷ Ibid., s. 15

vedrørende forbrugernes økonomiske interesser. Det supplerer vildledningsdirektivet, der efter handelspraksisdirektivets vedtagelse primært beskytter erhvervsdrivende mod vildledende markedsføring.²⁸ Vildledningsdirektivet vil derfor ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling.

I praksis kan det være vanskeligt at afgøre, om der er tale om et forbrugerforhold eller et forhold mellem erhvervsdrivende. Praksis fra EU-domstolen viser, at såfremt et forhold mellem erhvervsdrivende også har betydning for forbrugere, så gribes det af beskyttelsen i handelspraksisdirektivet. I disse sager mellem erhvervsdrivende har Domstolen anlagt en bred fortolkning af, hvornår forbrugernes økonomiske interesser er påvirkede og dermed omfattet af handelspraksisdirektivet. Denne opdeling er ikke i harmoni med den danske model, hvor én enstregen markedsføringslov varetager hensyn til såvel forbrugere som erhvervsdrivende.²⁹

Handelspraksisdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, hvilket indebærer, at den danske markedsføringslov skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet af de danske domstole og myndigheder. Endvidere medfører det, at medlemsstaterne som udgangspunkt hverken har adgang til at fastsætte en mere lempelig eller stram forbrugerbeskyttelse inden for direktivets anvendelsesområde. Endelig kan dansk retspraksis inden for direktivets område kun opretholdes, hvis det er i overensstemmelse med direktivet. Retspraksis fra EU-domstolen får derfor fornyet betydning for dansk markedsføringsret.³⁰

Den danske markedsføringslov rækker videre end handelspraksisdirektivet. Eksempelvis omfatter § 3, stk. 1 spørgsmål vedrørende smag og anstændighed, selvom forholdet ikke er reguleret af direktivet, idet forbrugerens økonomiske interesse ikke er berørt.³¹ Dette er ikke i strid med direktivet, på trods af at der er tale om et totalharmoniseringsdirektiv, eftersom forhold omfattet af § 3 falder uden for direktivets anvendelsesområde. Da der heller ikke foreligger anden EU-retlig regulering, er det op til den enkelte medlemsstat, om den ønsker at beskytte sådanne almene samfundsinteresser. Ikke alle lande har valgt den samme model som den danske. Eksempelvis er smag og anstændighed ikke omfattet af den svenske markedsføringslov.³²

5. Generalklausulernes rolle i markedsføringsloven

Markedsføringsloven har som nævnt haft en generalklausul siden den første lov i 1974. I det følgende gennemgås derfor nogle af generalklausulens afgørende kendetegn, der altid har karakteriseret bestemmelsen. Der tages udgangspunkt i bestemmelsen om ”god markedsføringsskik”, selvom kendetegnene i vidt omfang også gælder for bestemmelsen om ”god erhvervsskik”.

I dag findes bestemmelsen om ”god markedsføringsskik” i § 3, stk. 1, hvorefter erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. I modsætning til flere af lovens specielle bestemmelser er § 3, stk. 1 ikke straf-sanktioneret. Straf kan dog alligevel komme på tale, hvis et påbud fra Forbrugerombudsmanden er overtrådt, jf. § 37, stk. 1, jf. § 28, stk. 2, § 32, stk. 2 og § 33.

”God markedsføringsskik” er en retlig standard, som er med til at sikre, at markedsføringsretten udvikler sig i overensstemmelse med samfundets udvikling i øvrigt. Ud over at regulere forhold, der

²⁸ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 25-26

²⁹ C. Heide-Jørgensen, s. 45-46

³⁰ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 27

³¹ Handelspraksisdirektivet, betragtning 7

³² C. Heide-Jørgensen, s. 50

ligger i underkanten af lovens specialbestemmelser, kan generalklausulen også opfange uønsket adfærd, der slet ikke har relation til lovens specialbestemmelser. I praksis har bestemmelsen eksempelvis været brugt som retsværn mod illoyal markedsfortrængning i form af produkt efterligninger og lignende. I andre sammenhænge har Forbrugerombudsmanden brugt den til at forbyde stødende, uansvarlig og uetisk markedsføring.³³

5.1 Hensyn til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser

Det undersøges her hvilke interesser markedsføringslovens generalklausuler skal varetage.

Siden 1974-loven har markedsføringsloven skulle varetage hensyn til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Tidligere har man kunne finde hensynene i lovens motiver, men i 2005 blev de indført direkte i generalklausulens ordlyd.³⁴ Det er videreført i 2017-loven, hvor det fremgår af § 3, stk. 1, at god markedsføringsskik skal udvises under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.

Traditionelt er hensynene principielt sideordnede, og da det fremgår af bemærkningerne til § 3, stk. 1, at der ikke er sket materielle ændringer i retstilstanden ved 2017-loven, må det antages fortsat at gælde.³⁵ Myndigheder må således altid foretage en konkret afvejning af hensynene på baggrund af sagernes konkrete omstændigheder.³⁶ Visse handlinger kan da også ud fra et forbrugerperspektiv forekomme urimelige, selvom de set fra et forretningsmæssigt synspunkt synes hensigtsmæssige.³⁷ Oprettelsen af forbrugerombudsmandsinstitutionen kan dog tyde på, at lovgiver har ønsket en særlig hensyntagen til forbrugere. Efter MFL § 25, stk. 1, fører Forbrugerombudsmanden tilsyn med lovens overholdelse, navnlig ud fra hensynet til forbrugerne.³⁸ Forbrugerne spiller altså en særlig rolle i markedsføringsloven, på trods af at de tre hensyn principielt er sideordnede.

5.2 Generalklausulernes sammenspil med lovens specialbestemmelser

Generalklausulerne i markedsføringslovens § 3, stk. 1 og § 4 fungerer sideløbende med lovens specialbestemmelser. Sammenhængen mellem bestemmelserne undersøges derfor nærmere.

Generalklausulerne er en form for sikkerhedsnet, der rammer uønsket markedsadfærd som ikke er omfattet af specialbestemmelserne. §§ 3 og 4 fremtræder som almene principper, der skal styre markedsføringen, mens specialbestemmelserne er mere konkrete eksempler herpå.

Det medfører derfor også, at den erhvervsdrivende ikke nødvendigvis kan være sikker på, at han handler i overensstemmelse med § 3, stk. 1 og § 4, blot fordi han har sikret sig, at han overholder alle specialbestemmelserne. Tværtimod vil generalklausulerne ofte kunne anvendes, når en specialbestemmelse 'næsten' er overtrådt.³⁹

I U 1982.973 S var det eksempelvis ikke i strid med dagældende markedsføringslovs strafsanktionerede vildledningsforbud at give urigtige oplysninger til en skyldner i forbindelse med inddrivelse af et tilgodehavende. Forholdet ville dog formentlig have været i strid med

³³ Ibid., s. 55-56

³⁴ Ibid., s. 48

³⁵ Ibid., s. 49

³⁶ L 40/2016, s. 47, 1. spalte

³⁷ Bet. nr. 681/1974, s. 17

³⁸ S. Kristoffersen, s. 48

³⁹ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 74-75

den ikke-strafsanktionerede bestemmelse om ”god markedsføringsskik”, som dog ikke var påberåbt i sagen.⁴⁰

Hvis en bestemt reklameform på den anden side positivt er tilladt i en af lovens specialbestemmelser, kan den erhvervsdrivende gå ud fra, at generalklausulen ikke er overtrådt. Eksempelvis kan sammenlignende reklame ikke forbydes efter bestemmelsen om ”god markedsføringsskik”, hvis betingelserne i § 21, stk. 2 er opfyldt.⁴¹

5.3 Generalklausulernes løbende udvikling

Man har som nævnt valgt en markedsføringslov med brede og dynamiske generalklausuler, frem for en udtømmende opregning af markedsføringens rammer. Det undersøges nærmere hvad det dækker over.

Generalklausulernes dynamiske karakter medfører, at det endelige indhold af bestemmelserne aldrig kan fastlægges endeligt eller bestemt.⁴² Modellen har den fordel, at de retshåndhævende myndigheder kan foretage en løbende normdannelse og videreudvikling af retstilstanden i overensstemmelse med den til enhver tid gældende samfundsopfattelse af sund og rimelig erhvervsudøvelse.⁴³ Bestemmelserne er modtagelig for retsordenens stillingtagen til, hvad der på et konkret tidspunkt anses for acceptabelt i erhvervsforhold.⁴⁴ Der gives altså mulighed for, at den retlige bedømmelse afspejler den komplekse virkelighed, som mennesker handler i, hvor der kan opstå uventede situationer, som lovgiver ikke har forudset.⁴⁵ På trods af de elastiske bestemmelser, er Forbrugerombudsmanden i sit virke dog underlagt lovens forudsætninger og domstolenes fastlæggelse af gældende ret.⁴⁶ Ulempen ved generalklausulernes brede formuleringer er omvendt, at erhvervsdrivende ikke har mulighed for at holde sig orienteret om rammerne for ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik” ved blot at gøre sig bekendt med lovens ordlyd. Generalklausulernes vage og ubestemte karakter stiller de retshåndhævende myndigheder over for en opgave, der skiller sig ud fra den traditionelle lovforklaring og anvendelse af mere præcist udformede regler.⁴⁷ Der er dog taget højde for den vage formulering i lovens sanktionsbestemmelser, idet overtrædelse af generalklausulerne ikke er direkte strafsanktioneret. I stedet håndhæves bestemmelserne navnlig gennem forhandling, forbud og erstatning/vederlag.⁴⁸

5.3.1 Kønsdiskriminerende reklame

Et af de steder hvor markedsføringsloven har gennemgået en løbende udvikling, er området for kønsdiskriminerende reklame. Udviklingen på dette område er et godt eksempel på, hvordan indholdet af generalklausulen løbende har udviklet sig, på trods af at ordlyden mere eller mindre har været den samme. Når Forbrugerombudsmanden vurderer hvad der falder under bestemmelsen om ”god markedsføringsskik” gøres det ud fra, hvordan samfundet ser ud på det pågældende tidspunkt, og der

⁴⁰ Ibid., s. 75

⁴¹ P. Bo Madsen, s. 30

⁴² C. Heide-Jørgensen, s. 57

⁴³ L 40/2016, s. 47, 1. spalte

⁴⁴ C. Heide-Jørgensen, s. 57

⁴⁵ P. Bo Madsen, s. 24

⁴⁶ S. Kristoffersen, s. 47

⁴⁷ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 63-64

⁴⁸ P. Bo Madsen, s. 29-30

tages på den måde højde for samfundsudviklingen.⁴⁹ Området for kønsdiskriminerende reklame bruges derfor i denne afhandling til at illustrere generalklausulens løbende udvikling.

I de første år efter markedsføringslovens indførelse i 1974 handler spørgsmålet om kønsdiskriminerende markedsføring reelt kun om, hvordan kvinder anvendes i reklamer. Enhver afbildning af nøgenhed anses som værende i strid med ”god markedsføringsskik”, hvis ikke afbildningen har en naturlig sammenhæng med det, der reklameres for.

Forbrugerombudsmanden ændrer i sine retningslinjer om kønsdiskriminerende reklame fra 1993 denne tilgang til nøgenhed i markedsføring. Det medfører, at nøgenhed ikke længere i sig selv er i strid med ”god markedsføringsskik”, så længe kønnet ikke bliver brugt på en nedsættende måde. Fra tidligere kun at omhandle kvinder gælder forbuddet nu begge køn. Der er altså sket en ændring i indholdet af generalklausulen, selvom ordlyden er uændret.

Forbrugerombudsmandens seneste retningslinjer på området er fra 2012, og de erstatter retningslinjerne fra 1993. Retningslinjerne vedrører nu hvad der betegnes som ”kønsrelaterede” reklamer. Det omfatter alle tilfælde, hvor kønnet spiller en betydelig rolle.⁵⁰ En kønsrelateret reklame er ikke i sig selv forbudt, men den skal være udformet i overensstemmelse med ”god markedsføringsskik” således, at den ikke indeholder elementer af kønsdiskrimination eller er egnet til at fremme det. Ifølge retningslinjerne er en reklame kønsdiskriminerende, hvis kønnet fremstilles på en nedsættende måde, eksempelvis fordi kønnet er reduceret til et sexobjekt. Mode- og mediebildets udvikling har været medårsag til, at der i dag er et betydeligt spillerum for nøgenhed og erotik i kønsrelaterede reklamer. Det gælder også selvom nøgenhed eller erotik ikke har en naturlig sammenhæng med den vare eller tjenesteydelse der reklameres for. Det er eksempelvis ikke forbudt, hvis reklamen i sit indhold ikke er specielt opsigtsvækkende i forhold til det generelle mode- og mediebillede.⁵¹ Grænsen går dog, hvor brugen af køn og sex indeholder et nedsættende eller krænkende budskab.⁵²

En reklame kan dog også være kønsdiskriminerende, selvom nøgenhed og erotik ikke bruges som virkemidler. Det kan eksempelvis være, hvis reklamen giver en opfattelse af, at det ene køns rolle er socialt, økonomisk eller kulturelt underordnet det andet køn, eller at det ene køn er mindre kyndigt eller begavet. Også hvis reklamen på nedsættende måde giver opfattelsen af, at det ene køn har særlige negative personlighedstræk eller egenskaber, vil det være kønsdiskriminerende.⁵³

Omvendt er det som udgangspunkt tilladt at gengive almindelige kønsroller eller vise forholdet mellem kønnene, idet det næppe er meningen med generalklausulen at gribe ind over for angivelser, der blot genspejler den virkelighed, der udspiller sig i den almindelige dagligdag.⁵⁴ Som eksempel herpå, vil det ikke være ulovligt at reklamere for børnetøj ved at vise piger og drenge iklædt henholdsvis lyserødt og blå tøj.⁵⁵

Om en kønsrelateret reklame er i overensstemmelse med ”god markedsføringsskik” vil bero på en konkret vurdering, hvor der blandt andet tages hensyn til reklamens indhold og udformning. Derudover vil den kontekst reklamen indgår i have betydning, og der vil endvidere blive lagt vægt på, hvilke

⁴⁹ Forbrugerjura 2003, s. 17

⁵⁰ P. Bo Madsen, s. 216

⁵¹ S. Kristoffersen, s. 80

⁵² P. Bo Madsen, s. 218

⁵³ Retningslinjer om kønsrelateret reklame, 2012, s. 4-9

⁵⁴ P. Bo Madsen, s. 216-217

⁵⁵ Retningslinjer om kønsrelateret reklame, 2012, s. 9

virkemidler der anvendes, hvilken målgruppe den henvender sig til, samt dens tilgængelighed.⁵⁶ Eksempelvis kan brug af satire indgå i den samlede vurdering af, om ”god markedsføringsskik” er overtrådt. I nogle tilfælde signalerer det at udsagnet, billedet eller handlingen ikke er alvorligt ment, mens det i andre tilfælde har den modsatte effekt, eksempelvis hvis reklamen latterliggør kønnet.⁵⁷

5.3.1.1 Administrativ praksis vedrørende kønsdiskriminerende reklame

For at få et nærmere billede af udviklingen i reguleringen af kønsrelateret reklame undersøges praksis på området. Mængden af relevant retspraksis er yderst sparsom, men der foreligger et større antal administrative afgørelser, der kan være med til at illustrere, hvor grænsen går. Det undersøges derfor ud fra Forbrugerombudsmandens praksis, om der kan påvises en bestemt retning i udviklingen på området for kønsrelateret reklame.

En væsentlig udfordring i påvisningen af en bestemt retning i udviklingen er den store mængde potentielle sager, der aldrig bliver taget op til vurdering. Et forhold der eksempelvis er kønsdiskriminerende i 1990, vil muligvis slet ikke blive behandlet af Forbrugerombudsmanden i 2018, fordi det helt åbenbart er tilladt. Det kan derfor være svært at tage højde for denne sagstype.

Som nævnt ovenfor var enhver brug af nøgenhed tidligere i strid med ”god markedsføringsskik”, hvis der ikke var en naturlig sammenhæng til det der reklameredes for, mens der i dag gælder det modsatte udgangspunkt. Et illustrerende eksempel på dette sås i en forbrugerombudsmandssag fra 1991 (1991-4031/5-6). En annonce for computerudstyr indeholdt teksten ”Hvis du går efter den mest SX’ede er du på rette vej” under et billede af et par kvindeben, der lå på et skrivebord. Forbrugerombudsmanden fandt, at annoncen var kønsdiskriminerende, da den indeholdt kønsrelaterede elementer uden nogen relation til den annoncerede vare. Den reducerede endvidere kvinden til et sexobjekt.⁵⁸

I 2002 behandlede Forbrugerombudsmanden igen en sag, hvor nøgenhed og erotik anvendtes til markedsføring af et produkt uden relation hertil. Forbrugerombudsmanden afviste her at skride ind over for en reklame for et mælkeprodukt, hvor reklamens gennemgående figurer var tre letpåkledte kvinder. Der blev lagt vægt på, at mode- og medie billedet havde udviklet sig, og reklamen fandtes på den baggrund ikke opsigtsvækkende.⁵⁹

Forbrugerombudsmanden nåede et lignende resultat i 2004 (2004-11131/5-30), hvor det blev afvist at skride ind over for en reklame for et kikseprodukt. I reklamen stod en nøgen kvinde foran en grill med en pakke kiks. Reklamens tekst lød ”Nyhed! Kan spises uden noget på (...)”. Forbrugerombudsmanden lagde igen vægt på mode- og medie billedets udvikling og henviste til, at den nøgne kvinde ikke adskiller sig fra, hvad der dagligt vises i medierne og i modesammenhæng, hvor mere eller mindre afklædte mennesker er blikfang.

Samme år fandt Forbrugerombudsmanden, at en reklame for en alkoholrik var kønsdiskriminerende (2004-11131/5-32). Reklamen viste to nøgne kvinder i intim omfavelse, mens den ene kvinde holdt en flaske af produktet i hånden. Reklamen blev vist på reklamesøjler og busstoppesteder. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse havde reklamen et klart seksuelt indhold, der lå på grænsen til det pornografiske, og den var egnet til at provokere, støde og krænke mange mennesker. Der blev i sagen lagt vægt på to forhold, som var skærpende for bedømmelsen. For det første blev reklamen vist i det

⁵⁶ S. Kristoffersen, s. 77-79

⁵⁷ Retningslinjer om kønsrelateret reklame, 2012, s. 7

⁵⁸ Omtalt i Juridisk Årbog 1992, s. 29

⁵⁹ P. Bo Madsen, s. 217. Endvidere omtalt i Forbrugerjura 2003, s. 17

offentlige rum, hvor den kunne ses af alle befolkningsgrupper. For det andet var det markedsførte et alkoholprodukt, der kædede sex og alkohol sammen.

Som anført af Forbrugerombudsmanden er det i sager som denne nærliggende at tro, at reklameformen bevidst forsøger at provokere – og i visse tilfælde har til hensigt at fremkalde myndighedsindgreb – for at opnå ekstra og gratis markedsføring. Forbrugerombudsmanden kan i disse sager komme til at stå over for et uheldigt problem, idet lovbryderen får en mulig markedsføringsfordel ud fra betragtningen ”dårlig omtale er bedre end ingen omtale”, hvis der gribes ind. I den pågældende sag erklærede Forbrugerombudsmanden sig dog parat til at indbringe sagen for Sø- og Handelsretten, hvis kampagnen gentog sig.⁶⁰

Selvom mange kønsrelaterede sager vedrører reklamer med seksuelt indhold, findes der også eksempler uden nøgenhed og erotik. I en sag fra 2012 (2012/03319) modtog Forbrugerombudsmanden en klage over en reklameserie, som både blev vist i TV og i trykte medier. I reklamerne misforstod en kvinde en række fodboldudtryk, fordi hun tog dem bogstaveligt. Reklamerne var ledsaget af udtrykket ”Der er så meget kvinder ikke forstår”. Forbrugerombudsmanden vurderede på baggrund af en helhedsbedømmelse, at reklamerne ikke var egnede til at fremme kønsdiskrimination, og der forelå derfor ikke en overtrædelse af ”god markedsføringsetik”. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse indeholdt reklamerne et betydeligt element af humor og ironi. Det klichéagtige slogan, de skæve tekster og de stereotype billeder af kvinden signalerede, at reklamerne ikke var alvorligt ment.

Otte år tidligere fandt Forbrugerombudsmanden omvendt, at to annoncer havde overskredet grænsen for, hvad der kan accepteres som humor i kønsrelaterede reklamer (2004-11131/5-41). I bladet ”Svineproducenten” var der indrykket en annonce med et billede af en ældre kvinde. Annoncens tekst lød ”Træt af den gamle So?” og ”-nu er det tid til at skifte hende ud med en ny!”. I et andet nummer af samme blad var indrykket en annonce med overskriften ”Du kender hende godt...”. Herefter var afbilledet en kvindearm ikklædt en nedringet bluse med påskriften ”Super So”. Under billedet stod ”...Tænk hvis alle var som hende”.

Forbrugerombudsmanden fandt, at de to reklamer var alders- og kønsdiskriminerende. Det anførtes, at humor og ironi i reklamer som udgangspunkt er uproblematisk, men at de to reklamer langt havde overskredet grænsen for, hvad der kan accepteres som humor i reklamer.

Resultatet af de to sidstnævnte sager fra 2004 og 2012 kan umiddelbart tyde på, at der er sket en udvikling i hvad der kan tillades, når der anvendes humor. Man bør dog være opmærksom på det meget forskellige indhold i de to reklamer, hvor forholdet i 2004-sagen må siges at være betydeligt grovere. Den nyeste sag på området for kønsdiskriminerende reklame fra 2017 viser da også, at reklamer fortsat kan være kønsdiskriminerende, selvom der anvendes humoristiske virkemidler der indikerer, at reklamen ikke er alvorligt ment.

Forbrugerombudsmanden vurderede i sagen, at en annonce for en byggemesse var på kant med Forbrugerombudsmandens retningslinjer fra 2012. Annoncen viste en letpåkledt kvinde med håndværkerbælte, der stod med et skilt med overskriften ”Øl, fliser og fagmekanik”. Det må siges at være nærliggende at associere teksten med det faste udtryk ”Øl, fisse og hornmusik”. Umiddelbart under skiltet stod ”Der er noget for både husarnerne, tømrerne og murerne (...).”

Forbrugerombudsmanden mente, at reklamens overskrift sammenholdt med billede og tekst spillede på en antagelse om mænds fantasi om sex i arbejdsmæssig sammenhæng. Reklamen kunne opfattes

⁶⁰ P. Bo Madsen, s. 216

som om, at kvindelige håndværkere reduceredes til sexobjekter, og den kunne derfor virke nedværdigende eller krænkende for kvinder i håndværkerfaget. Denne opfattelse havde Forbrugerombudsmanden på trods af, at reklamen anvendte humoristiske virkemidler der kunne signalere, at den ikke var alvorligt ment. Det bør dog tages i betragtning, at en reklame der spiller på mænds eller kvinders fantasi om sex i arbejdsmæssig sammenhæng er nævnt i Forbrugerombudsmandens retningslinjer som eksempel på reklame, der efter omstændighederne kan være krænkende. Det skyldes, at en sådan reklame har en negativ indvirkning på den samfundsmæssige interesse, der er i at bekæmpe sexchikane på arbejdspladserne.⁶¹ Denne betragtning er også med til at illustrere, at der indgår mange elementer i Forbrugerombudsmandens overvejelser, der falder uden for indholdet af selve reklamen. Det kan derfor være vanskeligt at bruge den enkelte sag til at sige noget generelt om, hvor grænsen for kønsrelateret reklame går. Dertil kommer også, at grænsen rykkes over tid i takt med samfundsudviklingen. Sagerne er dog til sammen alle med til at danne et indtryk af, hvor grænsen på et givet tidspunkt går.

I en sag fra 2008 (2008/02166) forsøgte Forbrugerombudsmanden at danne et billede af, hvor stort spillerummet er. Sagen drejede sig om en reklame på en undertøjsproducents hjemmeside. En lettere afklædt nonne, sygeplejerske, stuepige og sekretær befandt sig alle i et sædvanligt arbejdsmiljø, hvor de hver snusede til et par herreunderbukser. Billederne gav modtageren det indtryk, at kvinderne lige havde haft sex med underbuksernes ejere. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse blev kvindeskønnet fremstillet på en nedsættende og ringeagtende måde. Der blev lagt vægt på, at reklamens fremstilling af de kvindedominerede professioner kunne være til skade for de repræsenterede faggrupper, samt vanskeliggøre kvindernes daglige arbejde med at nedbryde de kønsmæssige barrierer. Forbrugerombudsmanden anførte, at ”god skik” er et dynamisk begreb, der tager højde for, at grænsen for det anstødelige og provokerende kan flytte sig over tid. Sådan som mode- og medie billedet har udviklet sig, er der et betydeligt spillerum for reklamer, men grænsen går der, hvor brugen af køn og sex rummer et nedsættende eller krænkende budskab.⁶²

For at finde ud af hvor fremtidens grænse for kønsrelateret reklame går, må man altså have et kendskab til mode- og medie billedet og samtidig være opmærksom på de øvrige omstændigheder omkring reklamen. Det kan være vanskeligt, ikke mindst for den erhvervsdrivende.

6. Formålet med markedsføringslovens ændring i 2017

I dette afsnit ses der nærmere på den lovændring, som markedsføringsloven gennemgik i 2017.

Lovændringen skete på baggrund af, at den daværende regering i 2014 nedsatte et markedsføringslovsudvalg, som havde til formål at foretage et gennemgribende eftersyn af markedsføringsloven. Udvalget fik endvidere til opgave at præsentere et udkast til en forenklet og overskuelig markedsføringslov, som skulle leve op til EU-regulerings rammer.⁶³ Udvalget nedsattes altså knap 10 år efter den store revision af markedsføringsloven i 2005. I den mellemliggende periode var der sket en række ændringer i loven i forbindelse med gennemførelse af EU-regulering, blandt andet implementeringen af handelspraksisdirektivet. De mange løbende lovændringer fik kritik for ikke at være egentlig integreret med lovens øvrige bestemmelser med den følge, at flere regler overlappede hinanden, og at loven flere steder fremstod fragmenteret. Danmark modtog derudover to åbningsskrivelser fra Eu-

⁶¹ Retningslinjer om kønsrelateret reklame, 2012, s. 8

⁶² P. Bo Madsen, s. 218

⁶³ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 5

ropa-Kommissionen i 2014 og 2015 som vurderede, at implementeringen af direktivet ikke var korrekt. Behovet for en mere EU-konform markedsføringslov har vist sig flere gange. Det sås blandt andet i 2011, hvor 2005-lovens bestemmelser om rabatmærker og præmiekonkurrencer blev ophævet på baggrund af EU-domstolens afgørelser i C-261/07 (Total) og C-304/08 (Plus).⁶⁴

Endelig har den teknologiske udvikling givet virksomhederne nye markedsføringsmetoder, som både har skabt usikkerhed hos forbrugerne og virksomhederne om, hvor lovens grænse går.

Baggrunden for lovændringen var altså dels et ønske om forenkling og overskuelighed, og dels et ønske om at bringe loven i overensstemmelse med EU-reguleringen og teknologiens muligheder.⁶⁵

6.1 Sondringen mellem generalklausulerne

Opdelingen af den tidligere generalklausul i MFL § 1 til §§ 3 og 4 er den nok mest iøjefaldende ændring af loven. Baggrunden for opdelingen undersøges derfor nærmere.

Sondringen mellem forbrugernes økonomiske og ikke-økonomiske interesser er ikke ny i 2017-loven. Den tidligere markedsføringslov havde nemlig en lignende sondring, idet § 1, stk. 2 beskyttede forbrugerens økonomiske interesser, mens § 1, stk. 1 beskyttede øvrige interesser. Da direktivet om urimelig handelspraksis første gang forsøgtes implementeret i 2006, blev det besluttet at beholde den allerede gældende generalklausul i § 1, stk. 1. I stedet indførtes § 1, stk. 2, som skulle finde anvendelse på de forhold, der faldt inden for direktivets anvendelsesområde. Årsagen til at man efter direktivets implementering valgte sondringen i stedet for én samlet generalklausul, var et ønske om at sikre, at den allerede gældende god skik-bestemmelse kunne opretholdes fuldt ud på alle forhold, som ikke var omfattet af direktivet. Havde man omvendt valgt at integrere direktivet i den allerede eksisterende generalklausul, ville man risikere at påvirke den del af bestemmelsen der faldt uden for direktivet. Ved den i 2006 valgte løsning undgik man altså risikoen for en utilsigtet ændring af retstilstanden.⁶⁶ Derudover var der på det tidspunkt en almindelig udbredt opfattelse af, at handelspraksisdirektivet alene ville medføre mindre ændringer i dansk markedsføringsret.⁶⁷ Af forarbejderne til 2006-lovændringen fremgår det da også, at der ikke var tale om en egentlig ændring af vurderingen af, hvad der var ”god markedsføringsskik”, idet man vurderede, at den gældende general klausul allerede levede op til direktivets krav.⁶⁸ Tilmed var det en udbredt opfattelse, at der ikke var væsentlig forskel på § 1, stk. 1 og 2.⁶⁹

Forud for 2017-ændringen foreslår markedsføringslovsudvalget at videreføre sondringen mellem forbrugerens økonomiske interesser og forbrugerens øvrige interesser, idet udvalget finder det uhenigtsmæssigt at indføre direktivets krav i art. 5, stk. 2, litra b om væsentligt forvridning af modtagerens økonomiske adfærd på områder, som falder uden for direktivet. Også i andre lande, herunder Norge, Sverige og Nederlandene, har man valgt særskilte god skik-bestemmelser til forhold, der falder uden for direktivet.

På trods af videreførelsen af sondringen, finder udvalget, at der bør foretages en formel ændring. Bestemmelserne der regulerer forhold inden for og uden for direktivets område bør skilles ad, så de

⁶⁴ C. Heide-Jørgensen, s. 46

⁶⁵ L 40/2016, s. 19, 1. spalte

⁶⁶ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 202

⁶⁷ C. Heide-Jørgensen, s. 44

⁶⁸ L 2/2006, bemærkninger til § 1, stk. 1, nr. 2

⁶⁹ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 66

ikke længere befinder sig i samme kapitel. Det sker for at skabe større klarhed over retstilstanden angående, hvad der falder inden for direktivets anvendelsesområde, og hvad der falder uden for.⁷⁰

Et eksempel på forsøget på at opnå større klarhed over retstilstanden er MFL § 4 om ”god erhvervsskik”. Begrebet svarer til direktivets begreb, ”erhvervsmæssig diligenspligt”, som skal fortolkes i overensstemmelse med EU-domstolens praksis vedrørende direktivet. Det danske begreb i § 3 om ”god markedsføringsskik” er derimod ikke underlagt samme fortolkning, og de to begreber kan således udvikle sig forskelligt. Ved at skelne mellem begreberne vil det ifølge udvalget blive fremhævet, at der er tale om to forskellige vurderinger.⁷¹

Udvalget har således gjort sig overvejelser om en række formelle ændringer ved markedsføringslovens god skik-bestemmelser som blandt andet har til formål at sikre en klarere sondring mellem forhold inden for og uden for direktivets område. Der er imidlertid ikke tilsigtet materielle ændringer ved 2017-lovens strukturændring af god skik-bestemmelserne.

7. Anvendelse af 2017-lovens generalklausuler

I de følgende afsnit klarlægges konsekvenserne ved opdelingen af den tidligere generalklausul i to bestemmelser om ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik”. Herunder bliver den til tider uklare grænse mellem bestemmelserne undersøgt nærmere. For at belyse retstilstanden inddrages en række afgørelser, der fungerer som eksempler på forhold, der enten skal behandles efter § 3, stk. 1 eller § 4. Der er blot tale om et lille udpluk af en stor mængde retspraksis vedrørende lovens generalklausuler.

Nogle af afgørelserne er udvalgt som eksempler på anvendelse bestemmelserne om ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik”. Andre er udvalgt, fordi de viser, at sondringen ikke altid er helt klar. Markedsføringslovsudvalget har i sin rapport gengivet en række eksempler på afgørelser, der efter udvalgets opfattelse vil have præjudikatværdi for god skik-bestemmelserne i fremtiden.⁷² En del af disse afgørelser er ligeledes inddraget.

Fælles for de inddragede afgørelser er, at de alle er fra før 2017-loven, og det undersøges derfor indledningsvist, om der overhovedet kan støttes ret på tidligere retspraksis. Der findes enkelte afgørelser, hvor generalklausulerne anvendes fra tiden efter 2017-lovens ikrafttræden. Ingen af disse vedrører dog direkte beskyttelse af forbrugernes interesser, hvorfor de ikke er inddraget i denne afhandling.

7.1 Kan man støtte ret på tidligere retspraksis?

Siden markedsføringslovens indførelse i 1974 er der truffet mange afgørelser inden for generalklausulernes område, og det er derfor afgørende at finde ud af, om der fortsat kan støttes ret på dette efter 2017-lovændringen.

Ifølge markedsføringslovsudvalget kan den praksis der knytter sig til ”god markedsføringsskik” være retningsgivende for de reviderede god skik-bestemmelser i §§ 3 og 4. Dog skal dansk retspraksis

⁷⁰ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 203

⁷¹ Ibid., s. 204

⁷² Ibid., s. 208-210

læses og fortolkes i lyset af retspraksis fra EU-domstolen, når der er tale om forhold inden for handelspraksisdirektivets område.⁷³ Det bliver derfor relevant at identificere om forholdet i den enkelte dom, hvis den havde været til afgørelse efter 2017-loven, ville skulle afgøres efter §§ 3 eller 4, og altså om forholdet falder inden for direktivets anvendelsesområde.

Markedsføringsloven fra før implementeringen af handelspraksisdirektivet i 2006 skelner ikke mellem forbrugerens økonomiske og ikke-økonomiske interesser i generalklausulen. Det kan derfor ikke læses direkte i en afgørelse, om forholdet ville have været omfattet af §§ 3 eller 4, hvis sagen havde været til prøvelse efter 2017-loven. Det er derfor umiddelbart mest interessant at undersøge afgørelser fra før implementeringen.

På trods af at loven begynder at skelne mellem forbrugerens ikke-økonomiske og økonomiske interesser efter implementeringen af direktivet i 2006, er sondringen ikke lige så klar som den nugældende lov. Det skyldes, at begge forhold indtil lovændringen i 2017 var omfattet af dagældende lovs § 1, henholdsvis § 1, stk. 1 og stk. 2. Indtil 2017-loven har man derfor ofte blot set bestemmelsen om ”god markedsføringsskik” påberåbt som ”§ 1” uden præcisering af, om det menes § 1, stk. 1 (nugældende § 3) eller § 1, stk. 2 (nugældende § 4). Derfor er det i vidt omfang også relevant at undersøge afgørelser fra tiden mellem direktivets implementering og 2017-loven.

2017-loven har altså nødvendiggjort, at man som anvender af loven kender til forskellen mellem §§ 3 og 4 (og dermed direktivets anvendelsesområde), idet man ikke længere blot kan påberåbe sig lovens generalklausul i § 1. Dette er i overensstemmelse med lovgivers ønske om at skabe større klarhed over om et forhold falder inden for direktivets anvendelsesområde, som netop var formålet med at dele den tidligere § 1 op i to særskilte bestemmelser.⁷⁴

7.2 Økonomiske og ikke-økonomiske interesser

Sondringen mellem forbrugernes økonomiske og ikke-økonomiske interesser er afgørende ved anvendelsen af § 3 og § 4. Sondringen analyseres derfor i det følgende.

7.2.1 § 3 om ”god markedsføringsskik”

Strukturen i lovens bestemmelse om ”god markedsføringsskik” bliver ændret i 2017. Den nuværende lovs § 3, stk. 1, er en direkte videreførelse af den tidligere lovs § 1, stk. 1, og vedrører forhold, der ikke påvirker forbrugerens økonomiske interesser. Det fremgår af bemærkningerne til loven, at bestemmelsen ikke medfører materielle ændringer i retstilstanden fra 2005-loven.⁷⁵

Bestemmelsen fastslår, at erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, og den er ikke udtryk for en gennemførelse af EU-regler.

I forholdet mellem forbrugere og erhvervsdrivende finder bestemmelsen ikke anvendelse, hvis forholdet udelukkende omhandler forbrugerens økonomiske interesser, jf. MFL § 3, stk. 3. Således er § 3, stk. 1 i forbrugerforhold reserveret til markedsføring, der strider mod andre hensyn, eksempelvis vedrørende smag og anstændighed, sikkerhed, sundhed, miljø eller lignende, mens forbrugerens økonomiske interesser beskyttes af § 4. Smag og anstændighed kan eksempelvis omfatte markedsføring, der anses for at krænke almene samfundsinteresser, mens sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter

⁷³ Ibid., s. 208

⁷⁴ L 40/2016, s. 22, 2. spalte

⁷⁵ Ibid., s. 46, 2. spalte

blandt andet omfatter markedsføring vedrørende alkohol, tobak og lægemidler. § 3, stk. 1 beskytter endvidere forbrugere mod markedsføring, der er påtrængende, udnyttende eller generende, samt markedsføring der krænker forbrugerens personlige integritet eller privatlivets fred. Også markedsføring der er køns- eller racediskriminerende, tilskynder til farlig adfærd eller spiller på frygt, sygdom eller ulykke, falder under bestemmelsen om ”god markedsføringsskik”.⁷⁶

Forbrugerombudsmanden har i en sag af 23. maj 2018 nedlagt foreløbigt forbud efter MFL § 36, stk. 1 mod en virksomheds salg af opgave- og eksamensbesvarelser til gymnasieelever. Ifølge Forbrugerombudsmanden krænker salget almene samfundsmæssige interesser, og det er derfor i strid med § 3, stk. 1 om ”god markedsføringsskik”. Sagen er altså et eksempel på markedsføring, der strider imod hensyn til smag og anstændighed. Fra retspraksis kan blandt andet nævnes nedenstående eksempler.

U 1983.338 H er et eksempel på en afgørelse, der vedrører sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter. Afgørelsen blev truffet lang tid før, at handelspraksisdirektivet trådte i kraft, og retten skulle derfor altså ikke skelne mellem forbrugerens økonomiske og ikke-økonomiske interesser.

I sagen skulle Højesteret blandt andet tage stilling til, om det var i strid med ”god markedsføringsskik” og vildledningsforbuddet⁷⁷, at en restauration solgte to genstande øl og spiritus for én genstands pris. Sagsøger gjorde blandt andet gældende, at annonceringen med ”DOBBELT OP” tilsidesatte samfundets interesse i at begrænse alkoholindtag, idet den tilskynder til øget alkoholforbrug. Restaurationsejeren mente dog, at sagsøgers påstand reelt var begrundet i konkurrencehensyn i højere grad end samfundshensyn. Retten slog fast, at samfundshensyn kan indgå i vurderingen af om ”god markedsføringsskik” er overtrådt, men fandt ikke, at restaurationens handlemåde i den konkrete sag var i strid med generalklausulen. Højesteret lagde vægt på, at salgsformen ikke var egnet til at modvirke samfundets generelle alkoholpolitiske målsætning på en måde, der var i strid med ”god markedsføringsskik”.

Sagen vedrører altså samfundshensyn, herunder hensynet til befolkningens sundhed, og ikke forbrugerens økonomiske interesser. I overensstemmelse hermed mener markedsføringslovsudvalget derfor også, at en tilsvarende sag i fremtiden skal bedømmes efter MFL § 3, stk. 1.⁷⁸

En anden handelspraksis, som udvalget mener skal bedømmes efter § 3, stk. 1 i fremtiden, er den som forelå i U 1992.665 S. Palmesøndag 1991 indrykkede en skotøjsfabrikant en helsidesannonce i et dagblad, hvori den romersk-katolske pave var afbilledet iført et par af fabrikantens kondisko, mens han udførte et ritual. Billedet var ledsaget af teksten ”Tro flytter bjerge, Sådan er det også i tennis. Næsten”. Retten fandt, at annoncen var egnet til at krænke dele af befolkningen, men den var ikke utilbørlig over for andre erhvervsdrivende eller forbrugere som sådanne. Derfor frifandtes fabrikanten.

Også her falder beskyttelsesinteressen uden for forbrugernes økonomiske interesser, idet forholdet drejer sig om forebyggelse af religionsdiskrimination. Derfor skal en lignende sag i fremtiden behandles efter bestemmelsen om ”god markedsføringsskik”.⁷⁹

I sagerne om ”DOBBELT OP” og ”pavens sko” volder valget af generalklausul ikke store problemer. Markedsføringslovsudvalgets valg kan dog give anledning til undren vedrørende U 1976.810 S.

Sagen i U 1976.810 S drejede sig om en inkassovirksomhed, der på sit brevpapir anvendte ordene ”Vi får pengene på den ene eller anden måde”. På virksomhedens firmavogn som

⁷⁶ Ibid., s. 46, 2. spalte-47, 1. spalte

⁷⁷ Vildledningsdelen er nærmere behandlet under afsnit 7.2.2

⁷⁸ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 208

⁷⁹ Ibid., s. 208

besøgte debitorerne var anført ”Her kommer incassovognen – er den på vej til Dem?”. Fler-tallet af dommerne anlagde en bred fortolkning af markedsføringsbegrebet og fandt, at forholdet var omfattet af markedsføringsloven. De fandt endvidere, at den erhvervsdrivendes praksis var i strid med ”god markedsføringsskik”, dels fordi der blev truet med foranstaltninger i strid med retsplejeloven, og dels fordi de anvendte metoder var unødigt krænkende over for debitorerne. Retten lagde vægt på, at debitorerne måtte opfatte brugen af inkassovognen som indeholdende en risiko for at blive skandaliseret over for naboer m.v. Afgørelsen synes således at være begrundet i hensyn til smag og anstændighed, idet virksomhedens praksis spiller på debitorernes frygt. Alligevel er dommen anført under udvalgets oprensning af handelspraksis, der i fremtiden skal bedømmes efter § 4 om ”god erhvervsskik”.⁸⁰

Hvis markedsføring både vedrører forbrugerens økonomiske og eksempelvis sundhedsmæssige interesser, finder de to generalklausuler sideløbende anvendelse, jf. MFL § 3, stk. 3. Det samme gælder, hvis forholdet ud over at vedrøre af forbrugerens økonomiske interesser, er reguleret af aftaleretten, herunder eksempelvis spørgsmål om kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning.⁸¹

7.2.2 § 4 om ”god erhvervsskik”

Markedsføring der vedrører forbrugerens økonomiske interesser er som nævnt omfattet af MFL § 4. Efter bestemmelsens ordlyd skal erhvervsdrivende i sin handelspraksis over for forbrugere udvise ”god erhvervsskik”. Begrebet ”god erhvervsskik” er introduceret i 2017-loven, men er på trods af den ændrede ordlyd blot en videreførelse af den tidligere lovs § 1, stk. 2.

2005-lovens § 1, stk. 2 bestemmer, at markedsføring, der angår forbrugerens økonomiske interesser, ikke må være egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd. 2005-lovens ordlyd lægger sig tæt op ad handelspraksisdirektivets art. 5 som forbyder urimelig handelspraksis, hvis den 1) er i strid med kravet om ”erhvervsmæssig dilligenspligt” og 2) væsentligt forvrider eller kan forventes at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren.⁸²

Den første af direktivets betingelser er nu implementeret i § 2, nr. 9, hvor ”god erhvervsskik” defineres som en standard for de særlige færdigheder og den omhu, som erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugere og som står i rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt. Af forarbejderne til § 2, nr. 9 fremgår det, at ”god erhvervsskik” ikke er et fast begreb, men en dynamisk standard, der kan variere fra branche til branche.⁸³

Det fremgår af bestemmelsen, at begrebet dækker over det samme som begrebet ”erhvervsmæssig dilligenspligt” i direktivet om urimelig handelspraksis’ artikel 2, litra h, der har en næsten enslydende ordlyd.

Årsagen til at direktivets begreb ikke overføres direkte er, at der ifølge markedsføringslovsudvalget er tale om et i dansk ret ukendt begreb, som vil gøre lovteksten unødigt kompliceret for erhvervsdrivende og forbrugere. I stedet for har man således valgt begrebet ”god erhvervsskik”, der ifølge udvalget indikerer, at der er tale om en retlig standard som andre ”god skik-bestemmelser”.⁸⁴ At begrebet ”god erhvervsskik” svarer til ”erhvervsmæssig dilligenspligt” stemmer overens med, at MFL § 4 netop er udtryk for en gennemførelse af direktivets artikel 3, stk. 1 og artikel 5, stk. 1-3.

⁸⁰ Ibid., s. 210

⁸¹ L 40/2016, s. 47, 1. spalte

⁸² C. Heide-Jørgensen, s. 59

⁸³ L 40/2016, s. 44, 1.-2. spalte

⁸⁴ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 204

Den anden af direktivets betingelser om væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd er implementeret i 2017-lovens § 8. Herefter er det en betingelse for, at der er handlet i strid med §§ 4-7, at den pågældende handelspraksis skal være egnet til væsentligt at forvride eller forventes at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren. Væsentlig forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd defineres i § 2, nr. 6 som anvendelse af en handelspraksis, der mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som vedkommende ellers ikke ville have truffet. Definitionsbestemmelsen svarer til direktivets artikel 2, litra e. Det der skal vurderes er sandsynligheden af den virkning, som den pågældende praksis har for gennemsnitsforbrugeren transaktionsbeslutning. I forarbejderne nævnes som eksempel, at en virksomheds lovning på 10 timers gratis taletid ved køb af en telefon til 4.000 kr. opfylder betingelsen, fordi det forventes at kunne påvirke forbrugeren transaktionsbeslutning. Det er derimod uden betydning, om forbrugeren rent faktisk har truffet en beslutning, som han ikke ellers ville have truffet. Derfor er det således ikke nødvendigt at føre bevis for, at en reklame eksempelvis har fået forbrugere til at købe et produkt.⁸⁵

Begrebet ”transaktionsbeslutning” er endvidere defineret i direktivets artikel 2, litra k, som er gennemført i 2017-lovens § 2, nr. 5. Herved forstås en forbrugers beslutning om at købe, beholde, afhænde eller udøve en aftalemæssig rettighed i forbindelse med et produkt, samt omstændighederne herom.⁸⁶

Kommissionens vejledning af 2016 om fortolkningen af handelspraksisdirektivet i SWD (2016) 163 final indeholder en række eksempler på forhold, der kan karakteriseres som transaktionsbeslutninger. Begrebet omfatter både beslutninger før og efter et køb og rækker således langt videre end alene beslutningen om at købe et produkt eller ej. Som et eksempel på en førkøbsbeslutning nævner vejledningen blandt andet forbrugeren beslutning om at tage til et udsalg på baggrund af den erhvervsdrivendes markedsføring. Endvidere nævnes beslutningen om at klikke ind på en hjemmeside på baggrund af den erhvervsdrivendes markedsføring. Som efterkøbsbeslutninger nævnes blandt andet beslutningen om at skifte til en anden udbyder af en løbende ydelse.⁸⁷

En ”transaktionsbeslutning” er dermed et ganske vidt begreb, der potentielt dækker over enhver beslutning med relation til omsætningen på et marked.⁸⁸

En handelspraksis kan altså siges væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd, hvis den mærkbart indskrænker hans evne til at træffe en informeret beslutning, og han derved træffer en sådan transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.

Ifølge Kommissionens vejledning er artikel 2, litra e (svarende til markedsføringslovens § 2, nr. 6), ikke begrænset til at omfatte forhold, hvor forbrugers økonomiske adfærd faktisk er påvirket, men bestemmelsen omfatter også forhold, hvor markedsføringen formentlig påvirker forbrugeren økonomiske adfærd.⁸⁹

Angivelsen af hvad der kan være omfattet af bestemmelsen er derfor ganske bred, og det giver derfor bedre mening at nævne, hvad der ikke er omfattet. For det første vil rene B2B-forhold ikke være omfattet, eftersom det ikke vedrører forbrugeren adfærd. Retspraksis fra EU-domstolen viser dog,

⁸⁵ L 40/2016, s. 57, 2. spalte

⁸⁶ C. Heide-Jørgensen, s. 59-60

⁸⁷ Kommissionens vejledning, s. 33-34

⁸⁸ C. Heide-Jørgensen, s. 60

⁸⁹ Kommissionens vejledning, s. 36

at der ikke skal meget til, før det antages, at et blandet B2B- og B2C-forhold falder inden for direktivets anvendelsesområde. For det andet er forhold vedrørende smag og anstændighed ikke omfattet af bestemmelsen, idet de ikke vedrører forbrugerens økonomiske interesser.⁹⁰

Et eksempel på en afgørelse, der i fremtiden vil skulle bedømmes efter § 4 om ”og erhvervsskik” er U 1998.83 H.

I U 1998.83 H tilbød et energiselskab gaver som kaffemaskiner og boremaskiner, hvis huskerejere takkede ja til at få besøg af en naturgaskonsulent til et uforpligtende møde om naturgas-tilslutning. Retten fandt, at fremgangsmåden var egnet til at modvirke beskyttelseshensynene bag forbuddet mod dørsalg. Forholdet var dog ikke i strid med ”god markedsføringsskik”, da 1) gaven var af underordnet betydning for forbrugerens beslutning om naturgas-tilslutning, 2) forbrugerne havde 14 dages fortrydelsesret, 3) besøget var et naturligt led i selskabets markedsføring, og 4) forbrugerne efterfølgende skulle indgå aftale med en VVS-installatør, hvis de takkede ja.

I denne sag vedrører beskyttelsesinteressen primært forbrugerens økonomiske interesse, og en lignende sag skal derfor fremover bedømmes efter § 4 om ”god erhvervsskik”.⁹¹

I forarbejderne til 2017-loven er angivet nogle forhold, der som udgangspunkt altid vil udgøre en overtrædelse af § 4 om ”god erhvervsskik”.

For det første nævnes, at en erhvervsdrivendes overtrædelse af den civilretlige forbrugerbeskyttelseslovgivning som udgangspunkt ligeledes vil være en overtrædelse af bestemmelsen. Dermed gives Forbrugerombudsmanden mulighed for at gribe ind over for sådanne overtrædelser.

For det andet vil en overtrædelse af bestemmelserne i §§ 5-7 om vildledende og aggressiv markedsføring ligeledes udgøre en overtrædelse af § 4. Det følger direkte af direktivets artikel 5, stk. 4, og er endvidere slået fast af EU-Domstolen i sagen C-4/435/11 (CHS Tour Services GmbH mod Team4 Travel GmbH). Her slog EU-domstolen fast, at det ikke er nødvendigt at undersøge om en handelspraksis er i strid med kravet om erhvervsmæssig diligenpligt (”god erhvervsskik”), for at den er i strid med artikel 5, stk. 1, når det allerede er slået fast, at den pågældende handelspraksis er vildledende efter artikel 6, stk. 1.⁹²

Markedsføringslovsudvalget har i sin rapport vurderet, at en eventuel fremtidig sag svarende til U 2013.2396 S skal behandles efter MFL § 4 om ”god erhvervsskik” og ikke § 3 om ”god markedsføringsskik”. Der er ingen begrundelse for udvalgets valg af generalklausul, men § 4 er formentlig valgt fordi, at forholdet i sagen også fandtes vildledende. Sagen er således et eksempel på, at et forhold er omfattet af §§ 5-7, men som beskrevet i det følgende, illustrerer sagen også, at sondringen mellem §§ 3 og 4 ikke altid er helt skarp.

U 2013.2396 S drejede sig om to artikler i et nyhedsbrev af moderselskabet til Rockwool International A/S, der producerede stenuldsisolering. Artiklerne omtalte på en dramatisk måde faren ved at anvende skumplastisolering. Faren relaterede sig til materialets brandbarhed. Der blev blandt andet vist et billede af et hus i flammer med oplysning om, at der var brugt skumplastisolering i huset, samt et billede af brandmænd omgivet af flammer. En faktaboks havde endvidere overskriften ”Eksperter advarer mod skumisolering”. Selvom nyhedsbrevet primært blev udsendt til aktionærer og medarbejdere, slog retten indledningsvist fast,

⁹⁰ C. Heide-Jørgensen, s. 60

⁹¹ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 209

⁹² L 40/2016, s. 49, 1. spalte

at artiklerne befandt sig inden for markedsføringslovens anvendelsesområde, idet nyhedsbrevet havde til formål at påvirke afsætningen af Rockwools isoleringsprodukter. Artiklerne blev dog også gjort offentligt tilgængeligt på virksomhedens hjemmeside, samt uddelt til cirka 600 tilmeldte abonnenter.

Oplysningerne i artiklerne var i det væsentligste ikke faktisk forkerte, idet der under sagen var enighed om, at skumplast kunne udgøre en væsentlig større brandfare end Rockwools stenuldsisolering. Det var imidlertid fuldt lovligt at anvende skumplastsisolering som endda i visse situationer var bedre egnet som isoleringsmateriale end stenuld. Retten fandt på denne baggrund, at det dramatiske ord- og billedvalg gav læseren et for unuanceret billede af mulighederne for at anvende skumplastsisolering. Endvidere fandt retten, at indholdet af artiklerne var unødigt skræmmende og henviste til de dramatiske ord: ”Skumisolering udvikler en meget kvælende røg, og når først der går ild i materialet, brænder huset fuldstændig ned”. Artiklerne var både i strid med bestemmelsen om ”god markedsføringsskik”, vildledningsforbuddet og reglerne om sammenlignende reklame.

Markedsføringslovsudvalget mener som nævnt, at en mulig fremtidig sag svarende til denne skal behandles efter § 4 om ”god erhvervsskik”, uden valget dog er nærmere begrundet.⁹³ Begrundelsen for udvalgets opfattelse skal formentlig findes i, at artiklerne tillige var i strid med vildledningsforbuddet, som i dag findes i lovens § 5, og dermed automatisk også var omfattet af den nuværende § 4. Selvom valget af § 4 med denne begrundelse giver god mening, synes det mindst lige så nærliggende at vælge § 3 om ”god markedsføringsskik”. Det anføres af sagsøger i sagen, at udsagnene i artiklerne spiller overdrevet og ubegrundet på frygt og fare ved skumplastsisolering, og det lægges af retten til grund, at tekstindholdet er unødigt skræmmende. Det er derfor oplagt at behandle sagen efter § 3, med henvisning til, at artiklerne spiller på frygt og ulykke, der i forarbejderne til 2017-loven netop er angivet som eksempler på forhold vedrørende smag og anstændighed, der skal behandles efter § 3.⁹⁴ Det følger endvidere direkte af direktivets betragtning 7, 3. pkt., at direktivet ikke vedrører hensyn til smag og anstændighed.

Følger man udvalgets formodede begrundelse i denne afgørelse, kan man argumentere for, at den føromtalt afgørelse om ”dobbelt op” på øl og spiritus (U 1983.338 H) ligeledes skal behandles efter § 4. Her blev det af sagsøger gjort gældende, at salgsformen var i strid med vildledningsforbuddet i den daværende markedsføringslovs § 2, stk. 1. Det skyldtes, at tilbuddet om ”dobbelt op” på en vildledende måde gav forbrugeren indtryk af en større fordel end halv pris, selvom det reelt var udtryk for en mindre fordel, idet man ikke kunne købe én genstand til halv pris. Forskellen på afgørelserne er dog, at sagsøger i denne sag ikke får medhold i, at salgsformen var vildledende.

Når udvalget kommer frem til, at et lignende forhold i en mulig fremtidig sag er omfattet af § 4, fordi det er i strid med vildledningsforbuddet i § 5, er det dog formentlig ikke udtryk for, at udvalget tager fejl. Det illustrerer imidlertid, at markedsføringsloven ikke er så enkel, at man blot skal kunne skelne mellem forbrugers økonomiske og ikke-økonomiske interesser, når det kommer til sondringen mellem generalklausulerne i § 3 og 4. Når en producent i artikler, der primært er rettet mod virksomhedens aktionærer og medarbejdere, bruger unødigt dramatiske, men dog korrekte ord og billeder, synes det noget søgt at påstå, at det påvirker forbrugernes økonomiske interesser. Man kan selvfølgelig argumentere for, at artiklernes dramatiske ord miskrediterer konkurrerende virksomheders isoleringsprodukter, og derved påvirker evnen til at træffe en informeret beslutning hos forbrugere, som måtte læse artiklen.

⁹³ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 56 og 210

⁹⁴ L 40/2016, s. 46, 2. spalte-47, 1. spalte

Det er dog mere nærliggende, at artiklerne er i strid med § 3 om ”god markedsføringssskik”, idet de vedrører hensyn til smag og anstændighed.

7.2.3 Handelspraksis

Ud over ”god erhvervsskik” præsenterer MFL § 4 også et andet nyt begreb i 2017-loven, nemlig ”handelspraksis”. De erhvervsdrivende skal som nævnt udvise ”god erhvervsskik” over for forbrugere i sin handelspraksis, så det er altså relevant at undersøge, hvad ordet dækker over. Begrebet er i § 2, nr. 4 defineret som en handling, udeladelse, adfærd, fremstilling eller kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne. Definitionen svarer til handelspraksisdirektivets artikel 2, litra d, hvor ”virksomheders handelspraksis over for forbrugere” har tilsvarende brede definition.

I definitionen af handelspraksis, nævnes som eksempel på en handelspraksis ”kommerciel kommunikation”. Begrebet er hverken defineret i loven eller direktivet, men der findes en definition i anden EU-regulering, blandt andet i e-handelsdirektivet som er inkorporeret i e-handelsloven. I e-handelsdirektivet artikel 2, litra f, defineres begrebet som ”alle former for kommunikation bestemt til direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenester til etablering af et image for en virksomhed, en organisation eller en person, der udøver handels-, industri-, eller håndværksvirksomhed eller et lovreguleret erhverv”. Der er således tale om et meget vidt begreb, der blandt andet rummer ”reklame”.

Et andet begreb, der er nævnt i § 2, nr. 4 om ”handelspraksis”, er som nævnt reklame-begrebet. Heller ikke dette begreb er defineret i hverken handelspraksisdirektivet eller markedsføringsloven. Det tætteste EU-retten kommer på en definition af ”reklame”, er vildledningsdirektivets artikel 2, hvor det defineres som ”enhver form for tilkendegivelse i forbindelse med udøvelse af virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøvelse af et liberalt erhverv, som har til formål at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser”. Begrebet skal altså forstås meget bredt, idet det omfatter alle former afsætningsforanstaltninger for både varer og tjenesteydelser.⁹⁵

Begreberne ”kommerciel kommunikation” og ”reklame” er sammen med de øvrige eksempler i definitionen i § 2, nr. 4 med til at gøre ”handelspraksis”-begrebet ganske vidtrækkende.

Begrebet bruges ikke kun i § 4, men også flere andre steder i loven, herunder eksempelvis § 5 om vildledende handlinger og § 7 om aggressiv handelspraksis. Tidligere markedsføringslove har brugt ordet ”markedsføring” som nu er skiftet ud med ”handelspraksis”. Eksempelvis forbyder 2005-lovens § 3, stk. 2 markedsføring, som i sit indhold, sin form eller den anvendte fremgangsmåde er aggressiv, mens 2017-lovens § 7 forbyder, at en erhvervsdrivende i sin handelspraksis benytter chikane mv. Ud over at formuleringen af bestemmelsen er ændret, har man altså også valgt at udskifte ordet ”markedsføring” med ”handelspraksis”. Det er derfor relevant at undersøge lovgivers intention med udskiftningen, og om der er sket en ændring i retstilstanden. Ifølge bemærkningerne til 2017-lovens § 3, hvor begrebet ”handelspraksis” også anvendes, er der alene tale om en sproglig tilretning, da begrebet ”markedsføring” i 2005-loven anses for at dække over det samme som begrebet ”handelspraksis”.⁹⁶ Alligevel giver den sproglige ændring anledning til flere spørgsmål.

For det første kan ordet ”handelspraksis” rent sprogligt give indtryk af, at handlinger kun er omfattet, hvis den erhvervsdrivende har foretaget handlingen flere gange. Kan man eksempelvis kalde det for

⁹⁵ C. Heide-Jørgensen, s. 279-280

⁹⁶ L 40/2016, s. 46, 2. spalte

en ”praksis”, hvis en virksomhed én gang over for én forbruger kommer med urigtige eller vildledende oplysninger om en vares pris? Sprogligt kan begrebet endvidere give indtryk af, at en handling kun er omfattet, hvis den erhvervsdrivendes adfærd er udtryk for en bevidst handling. Kan man kalde det for en ”praksis”, hvis en virksomhed ved en utilsigtet fejl, kommer til at give en forbruger urigtige prisoplysninger?

Ser man på retspraksis fra EU-domstolen, kan det konstateres, at begge spørgsmål må besvares bekræftende. I EU-domstolens afgørelse, C-388/13, *Hatóság mod UPC Magyarorszá*g, fortolkes anvendelsesområdet for direktivet om urimelig handelspraksis således, at der kan være tale om vildledende handelspraksis, selvom adfærden alene sker én gang over for én enkelt forbruger. Ligeledes er det omfattet, på trods af at adfærden er udtryk for en utilsigtet fejl.

I *Hatóság mod UPC Magyarorszá*g ønskede en ungarsk forbruger at opsig sit tv-abonnement fra den sidste af de dage, som han allerede havde betalt for. Han kontaktede derfor leverandøren, for at få oplyst datoen. Ved en fejl oplyste leverandøren en forkert dato, hvilket medførte at forbrugeren blev mødt med et betalingskrav. EU-domstolen fandt, at der var tale om en handelspraksis, selvom oplysningen skyldtes på en utilsigtet fejl. Domstolen bemærkede, at det var uden betydning, at fejlen kun var sket én gang over for én forbruger.

Det afgørende er altså ikke, om handlingen for den enkelte virksomhed er udtryk for en praksis, men om adfærden stemmer overens med, hvad retsordenen generelt vil anerkende som god praksis.⁹⁷ Dommen er også eksempel på, at begrebet ”handelspraksis” også har en bred tidsmæssig udstrækning. Ud over at omfatte forholdene på markedsførings-, salgs- og leveringstidspunktet, omfatter begrebet også handelspraksis i tiden efter salget. Det kan eksempelvis være inkassoaktiviteter eller, som i dommen, eftersalgsservice.⁹⁸ Det følger da også direkte af direktivets artikel 3, stk. 1, at direktivet finder anvendelse på handelspraksis, der foretages før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt.

Afgørelsen vedrører fortolkning af begrebet ”handelspraksis” i direktivet, men den er alligevel retningsgivende for fortolkningen af begrebet i markedsføringsloven, da der som ovenfor nævnt er tale om et totalharmoniseringsdirektiv.⁹⁹

Et andet spørgsmål om begrebets rækkevidde, knytter sig til definitionen i MFL § 2, nr. 4. Heraf fremgår, at handlingen skal være udført af den erhvervsdrivende med ”direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne”. Vedrørende den tilsvarende del af definitionen i direktivet om urimelig handelspraksis, har det i litteraturen været anført, at begrebet formentlig ikke omfatter markedsføring, som ikke angår en bestemt vare eller tjenesteydelse.¹⁰⁰ Jan Trzaskowski antager dog modsat, at også denne type markedsføring er omfattet af direktivets handelspraksis-begreb. Det skyldes, at det henset til direktivets brede anvendelsesområde formentlig ikke har været tiltænkt at undtage disse situationer.¹⁰¹

En del af virksomhedernes markedsføring knytter sig ikke til et bestemt produkt, men blot til virksomheden i bredere forstand, og det undersøges derfor, om denne markedsføringstype er omfattet af handelspraksisdirektivet og markedsføringsloven.

⁹⁷ Supplement til P. Bo Madsen: *Markedsret Del 2*, 6. udg., s. 1 (ikke offentliggjort)

⁹⁸ L 40/2016, s. 43, 1.-2. spalte

⁹⁹ Se pkt. 4.4

¹⁰⁰ E. Borchert og F. Bøggild, s. 308

¹⁰¹ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 31

Hvis det ikke er tilfældet, vil det eksempelvis medføre, at MFL § 4 om ”god erhvervsskik” ikke omfatter imagemarkedsføring og virksomhedsbranding. Over for markedsføringslovsudvalget har Forbrugerombudsmanden oplyst, at det ikke er åbenbart, at en snævrere fortolkning af reklamebegrebet har været hensigten. Udvalget finder heller ikke forskelsbehandlingen mellem imagemarkedsføring og produktmarkedsføring hensigtsmæssig, da den virkning de har på forbrugeren, ofte vil være den samme. Det beror på den enkelte virksomheds forhold, når der skal vælges markedsføringstype, og det vil derfor efter udvalgets opfattelse skabe en skævvridning mellem virksomhederne, hvis der sondres mellem image- og produktmarkedsføring.¹⁰²

Ser man til andre lande, er det forskelligt om imagemarkedsføring er omfattet af det enkelte lands handelspraksis-begreb. Imagemarkedsføring kan være omfattet af handelspraksis-begrebet i tysk, nederlandsk, engelsk og formentlig også svensk ret. Norge har derimod oplyst til udvalget, at image-markedsføring ikke anses for at være omfattet af begrebet.¹⁰³

På udvalgets anbefaling er det i bemærkningerne til 2017-loven præciseret, at imagemarkedsføring og virksomhedsbranding efter omstændighederne kan have en sådan karakter, at der er tale om en handelspraksis i det konkrete tilfælde. Udvalgets anbefaling indeholder ikke nærmere om, hvilke omstændigheder der kan føre til, at et forhold er omfattet af begrebet. I lovforslaget er der som eksempler nævnt, at det vil være omfattet af handelspraksis-begrebet, hvis en erhvervsdrivende i en annonce oplyser, at denne bygger skoler i et tredje verdensland eller støtter det lokale sportsmiljø. Det skyldes, at et godt omdømme kan give virksomheden en konkurrencemæssig fordel, idet den typisk vil fremstå som pålidelig, troværdig og ansvarlig.¹⁰⁴

Ifølge Trzaskowski er det afgørende hvorvidt der er tale om en kommerciel handling omfattet af en erhvervsdrivendes forretningsstrategi, som direkte tilsigter promovning og afsætning af varer eller tjenesteydelser. Det vil som udgangspunkt også omfatte virksomhedsbranding.¹⁰⁵

7.2.4 Sondringen i handelspraksisdirektivet

Som ovenfor nævnt, skal baggrunden for sondringen mellem forbrugers økonomiske og ikke-økonomiske interesser findes i handelspraksisdirektivet. Direktivet omfatter ikke nationale bestemmelser, der har til formål at beskytte interesser af ikke-økonomisk karakter, men sondringen er ikke alle tilfælde helt klar.

Af direktivets betragtning 7 fremgår således, at direktivet ikke vedrører spørgsmål om smag og anstændighed, og der nævnes som eksempel, at medlemsstaterne fortsat bør kunne forbyde ”kunderhvervning på gaden” som kan være uønsket af kulturelle årsager. Ifølge Trzaskowski er der dog tale om et uheldigt eksempel, fordi kunderhvervning på gaden ud over at være uønsket af kulturelle grunde også kan siges at angå forbrugers økonomiske interesser. Samtidig reguleres personlige besøg på forbrugers bopæl af direktivets bilag 1, punkt 25, som derfor må vedrøre forbrugers økonomiske interesser.

Eksemplet er med til at understrege, at handelspraksisdirektivets anvendelsesområde, og dermed sondringen mellem markedsføringslovens §§ 3 og 4, ikke altid er helt klar, idet et forhold kan vedrøre både økonomiske og ikke-økonomiske interesser.

¹⁰² Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 196-197

¹⁰³ Ibid., s. 197

¹⁰⁴ L 40/2016, s. 43, 2. spalte

¹⁰⁵ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 31

Trzaskowski opstiller et illustrerende eksempel, som omhandler den udbredte praksis, at indretningen i lufthavne gør det nødvendigt for passagerne at gå igennem en "tax free"-shop efter sikkerhedskontrollen for at komme ombord på flyet. Forholdet er omfattet af handelspraksisdirektivet, fordi indretningen er en del af den erhvervsdrivendes forretningsstrategi og direkte tilsigter promovning og øget salg af butikens produkter. I eksemplet ønsker en medlemsstat at forbyde denne form for indretning. Medlemsstaten kan argumentere for, at et forbud mod indretningen ikke er begrundet i passagerernes økonomiske interesser, men derimod i hensyn til smag og anstændighed. Det kan begrundes med, at man eksempelvis ikke ønsker at tvinge alkoholikere eller småbørnsforældre gennem butikker med store udbud af alkohol og slik.¹⁰⁶ Følger man medlemsstatens argumentation, falder forholdet uden for direktivets anvendelsesområde, og det er således op til medlemsstaten selv at bestemme i hvor høj grad den ønsker regulering.

Eksemplet illustrer, at man i mange situationer både vil kunne argumentere for, at en handelspraksis vedrører forbrugerens økonomiske interesser, og at den ikke gør, afhængig af om man ønsker, at forholdet er omfattet af direktivet. Ifølge markedsføringslovsudvalget er det imidlertid det primære beskyttelseshensyn afgørende for om et forhold falder inden for direktivets anvendelsesområde eller ej. Hvis beskyttelseshensynet primært er forbrugerens økonomiske interesser, skal forholdet behandles efter § 4.¹⁰⁷ Efter § 3, stk. 3, er det dog muligt at anvende § 3 ved siden af § 4. Trzaskowski mener, at de formål der angives i et lovforslag kan tillægges en vis vægt ved undersøgelsen af beskyttelseshensynet, men det afgørende må være reglens reelle formål og eventuelt dens virkning.¹⁰⁸

7.2.5 Hvorfor er sondringen mellem økonomiske og ikke-økonomiske interesser vigtig?

Som oven for nævnt, er det afgørende for afgrænsningen af handelspraksisdirektivets anvendelsesområde, samt sondringen mellem MFL §§ 3 og 4, om et forhold vedrører forbrugerens økonomiske interesser. Mens forhold vedrørende forbrugerens økonomiske interesser skal bedømmes efter direktivet og § 4, skal øvrige forhold bedømmes efter § 3.

En af forskellene på de to bestemmelser er, at alene anvendelse § 4 er betinget af, at kravet i § 8, stk. 1 er opfyldt, hvorefter den pågældende handelspraksis væsentligt skal forvride eller forventes væsentligt at kunne forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren eller, hvis den pågældende handelspraksis er rettet mod en særlig gruppe forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe. Som oven for nævnt, kræves det for § 4's anvendelse allerede, at der er tale om en handelspraksis, som relaterer sig til forbrugerens økonomiske interesser, og kravet om kommerciel effekt i § 8, stk. 1, må derfor naturligt være opfyldt. § 8 stk. 1 har derfor formentlig ingen selvstændig betydning i relation til § 4. Havde man derimod valgt at indføre det samme krav om kommerciel effekt i § 3, ville det have medført væsentlige ændringer i den hidtidige retstilstand.¹⁰⁹ At § 8, stk. 1 ikke finder anvendelse i relation til § 3 om "god markedsføringsskik", er altså en i princippet vigtig forskel mellem bestemmelserne, der dog ikke har den store indvirkning på den praktiske anvendelse af bestemmelserne.

Den væsentlige forskel mellem §§ 3 og 4 skal heller ikke findes i håndhævelsen af bestemmelserne, idet de håndhævelsesmæssigt behandles ens. Se nærmere herom under afsnit 7.4.

¹⁰⁶ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 34

¹⁰⁷ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 205

¹⁰⁸ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 34

¹⁰⁹ Ibid., s. 67-68

Sondringen mellem §§ 3 og 4 kan være afgørende, når det kommer til fortolkning af retspraksis fra tiden før handelspraksisdirektivet. Det skyldes, at dansk retspraksis læses og fortolkes i lyset af retspraksis fra EU-domstolen, når der er tale om forhold inden for handelspraksisdirektivets, og dermed § 4's område. Det gælder ikke for forhold, der skal bedømmes efter § 3.¹¹⁰

7.3 Sondringen på det aftaleretlige område

Ud over at kunne sondre mellem forbrugernes økonomiske og ikke-økonomiske interesser, må lovens anvender også kunne foretage en sondring på det aftaleretlige område. Denne sondring undersøges i det følgende.

Det antages i 2006-loven at den markedsføringsretlige kontrol med urimelige aftalevilkår er omfattet af daværende lovs § 1, stk. 1 (nuværende § 3, stk. 1). 2017-lovens forarbejder bygger på samme fortolkning af handelspraksisdirektivet, og § 3, stk. 1 gælder derfor, hvis et forhold omhandler aftaleretten, herunder kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning. Det kan eksempelvis være urimelige aftalevilkår, hvor den erhvervsdrivende forrykker balancen i forholdet til forbrugeren. Området falder uden for § 4 om "god erhvervsskik", idet handelspraksisdirektivets artikel 3, stk. 2, udtrykkeligt undtager aftaleretten fra direktivets anvendelsesområde.¹¹¹

Det kan imidlertid være vanskeligt at finde frem til den præcise afgrænsning af aftalerettens område. Møgelvang-Hansen eksemplificerer afgrænsningen mellem § 3, stk. 1 og § 4 i relation til kontraktretlige spørgsmål på følgende måde. Hvis en sælger blankt afviser en forbrugerkøbers mangelsreklamation i strid med den beskyttelsespræceptive bestemmelse i købelovens § 83, må forholdet antages at være omfattet af handelspraksisdirektivet, og dermed i strid med § 4 om "god erhvervsskik" sammenholdt med § 8. Det skyldes, at der er tale om handelspraksis, der er i strid med den forbrugerbeskyttende lovgivning og som ikke er reguleret af aftaleretten.¹¹² En erhvervsdrivendes overtrædelse af den civilretlige forbrugerbeskyttelseslovgivning på det direktivdikterede område vil, ifølge forarbejderne til 2017-loven, som udgangspunkt altid være i strid med "god erhvervsskik".¹¹³ Hvis sælger ud over at udøve denne praksis tilmed har nedfældet den i aftalevilkårene, vil det fortsat være omfattet af direktivet, og dermed § 4. Det er altså ikke afgørende om sælger skriftligt har nedfældet et standardvilkår, som strider mod købelovens beskyttelsespræceptive bestemmelser. I overensstemmelse hermed fandt EU-domstolen i sagen C-453/10 (Pereničová og Perenič), at en urigtig oplysning i en kreditaftale var omfattet af handelspraksisdirektivet. Ud over at være i strid med "god erhvervsskik", vil håndhævelsen i eksemplet ovenfor ligeledes være ugyldigt efter købelovens § 83. Hvis man i stedet for at se på selve håndhævelsen af vilkåret kigger på kontraktvilkåret som sådan, bevæger man sig imidlertid uden for § 4. Hvis der skrives ind over for den erhvervsdrivendes indførelse af den ovennævnte bestemmelse i en standardkontrakt, vil forholdet således skulle bedømmes efter § 3, stk. 1.¹¹⁴ I forarbejderne til 2017-loven nævnes som eksempel, at inkassovirksomheders anvendelse af standardvilkår i strid med renteloven, og standardvilkår med bindingsperioder, der er i strid med forbrugerftalelovens regler, vil være omfattet af § 3, stk. 1 om "god markedsførings-skik".¹¹⁵

Sammenfattende kan det ifølge Møgelvang-Hansen siges, at indskriden over for sælgers håndhævelse

¹¹⁰ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 208

¹¹¹ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 35, 68

¹¹² Ibid., s. 483-484

¹¹³ L 40/2016, s. 49, 1. spalte

¹¹⁴ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 484-485

¹¹⁵ L 40/2016, s. 47, 1. spalte

af det ovennævnte vilkår må støttes på § 4, jf. § 8. Det gælder også hvis vilkåret fremgår af en skriftlig kontrakt mellem parterne. Indskriden mod aftalevilkåret som sådant med henblik på fjernelse af et ugyldigt vilkår må derimod ske efter § 3, stk. 1, da spørgsmålet herom reguleres af aftaleretten.¹¹⁶ Sondringen går altså på, om der skrives ind over for kontraktvilkåret som sådant, eller om der skrives ind over for håndhævelsen heraf.

Sondringen kan illustreres med følgende afgørelser. I U 2005.2250 S havde en virksomhed udsendt fakturaer for benyttelse af sextjenester på internettet, alene baseret på telefoners vis nummer-funktion. Der var ikke indgået aftale med de pågældende telefonabonnenter om brug af de fakturerede tjenesteydelser, og vis nummer-funktionen gav ikke mulighed for at sikre identiteten af og alderen på brugerne af tjenesteydelserne. Retten fandt, at det var i strid med ”god markedsføringssskik”, idet virksomheden ikke havde et retligt grundlag for at opkræve beløb hos abonnenter, som ikke selv havde brugt tjenesterne. Ifølge udvalget skal en tilsvarende sag fremover bedømmes efter § 4.

I U 2013.1181 S havde et parkeringsselskab opkrævet rykkergebyr allerede ved første rykker efter, at selskabet havde pålagt en parkeringsafgift uden at kunne godtgøre, at betalingspåkravet var kommet frem. Retten fandt, at det var uberettiget og i strid med ”god markedsføringssskik”, at selskabet opkrævede rykkergebyr allerede ved første rykker, medmindre det kunne godtgøres, at betalingspåkravet var kommet frem. Højesteret havde få år tidligere fastslået, at et betalingspåkrav ikke anses for at være kommet frem, fordi det placeres i bilens forrude. Derfor kunne det ikke godtgøres, og selskabet havde pligt til at tilbagebetale uberettiget opkrævede gebyrer.

Selvom sagen var til pådømmelse efter implementeringen af handelspraksisdirektivet, er det ikke specificeret om Forbrugerombudsmanden påberåbte sig § 1, stk. 1 (nuværende § 3) eller § 1, stk. 2 (nuværende § 4). En sag som denne, skal ifølge udvalget bedømmes efter § 4, idet forholdet vedrører forbrugerens økonomiske interesser.¹¹⁷

Fælles for de to afgørelser U 2005.2250 S og U 2013.1181 S er, at de begge umiddelbart synes at angå forhold vedrørende aftaleretten. Det er derfor nærliggende at overveje, om forholdene ikke er undtaget fra handelspraksisdirektivet og dermed § 4. I afgørelserne er det imidlertid håndhævelsen af en handelspraksis, der er til bedømmelse. Som nævnt ovenfor er det afgørende for valget mellem §§ 3 og 4, om der er tale om en urimelig håndhævelse eller om et kontraktvilkår i sig selv er urimeligt.¹¹⁸ Et eksempel på det modsatte findes i U 1998.204 H.

I sagen op til U 1998.204 H mente Forbrugerombudsmanden, at et antal pengeinstitutters valideringsregler var i strid med ”god markedsføringssskik”. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse var valideringsreglerne påtvungne, ensidige og til ugunst for kunden, som klart var den underlegne part i aftaleforholdet. Der blev nedsat en arbejdsgruppe med henblik på at blive enige om ændring af pengeinstitutternes valideringsregler, men Forbrugerombudsmanden indbragte spørgsmålet for domstolene, idet der ikke kunne opnås enighed. Højesteret fandt, at der var tale om ensidigt fastsatte standardvilkår med vanskeligt tilgængelige detaljer, der i flere situationer førte til mindre rimelige resultater. Imidlertid fandtes det, at et forbud mod valideringsmæssig forskelsbehandling af ind- og udbetalinger ville få betydning for hele pengeinstitutsektoren. Der var derfor tale om en generel problemstilling, som ikke var egnet til at blive reguleret ved forbudsnedlæggelse efter markedsføringsloven, men i stedet måtte løses ved lovændring. Med den begrundelse stadfæstede Højesteret Sø- og Handelsrettens frifindelse af den sagsøgte bank.

¹¹⁶ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 485

¹¹⁷ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 209-210

¹¹⁸ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 484-485

Da sagen drejede sig om aftaleretten, herunder kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning og ikke om forbrugers økonomiske interesser, vil denne type handelspraksis, ifølge markedsføringslovsudvalget, fremover skulle bedømmes efter § 3 om ”god markedsførings-skik”.¹¹⁹ Det synes påfaldende, at udvalget anfører, at sagen ikke drejer sig om forbrugers økonomiske interesser, mens Højesteret i sine bemærkninger udtaler, at valideringsreglerne har (dog beskedne) omkostningsmæssige konsekvenser i privatkundeforhold. Udvalget giver ikke nærmere begrundelse for valget af generalklausul, men valget skyldes formentlig, at afgørelsen (i modsætning til ovennævnte U 2005.2250 S og U 2013.1181 S) vedrører selve kontraktvilkåret og ikke håndhævelsen heraf.

Samme begrundelse kan dog næppe anvendes til at forklare udvalgets valg af generalklausul i en mulig fremtidig sag svarende til U 1995.799 Ø. I sagen blev ægtefællerne H og M inviteret til en ”informationsaften” vedrørende time-share lejligheder. Til arrangementet lod H og M sig rive med af en festlig stemning og endte med at underskrive en købsaftale. Sælgeren vidste dog, at ægtefællernes økonomi ikke tillod købet. Dagen efter forsøgte H og M at tilbagekalde underskriften, men dette blev afvist af sælgeren. Efter en samlet vurdering af aftaleindgåelsens omstændigheder, fandt retten, at det var i strid med redelig handlemåde at gøre købsaftalen gældende, hvorfor den blev tilsidesat efter aftalelovens § 36. Der blev lagt vægt på de anvendte salgsmetoder, herunder blandt andet at der blev indkaldt til et salgsmøde, som blev betegnet som en informationsaften.

En tilsvarende sag skal ifølge udvalget fremover behandles efter markedsføringslovens § 3 om ”god markedsføringsskik”, da forholdet drejer sig om aftaleretten.¹²⁰

Som nævnt berører handelspraksisdirektivet ikke aftaleretten, herunder forhold vedrørende kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning.¹²¹ Eventuelle kontraktretlige konsekvenser er derimod i EU-retten reguleret af direktiv om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. Undtagelsen i handelspraksisdirektivet medfører, at direktivet ikke fastlægger de aftaleretlige konsekvenser af, at der eksempelvis anvendes urimelig handelspraksis i forbindelse med indgåelse af en kontrakt. Hvis der er tale om urimelig handelspraksis i handelspraksisdirektivets forstand, kan det dog indgå i bedømmelsen af, om et kontraktvilkår er urimelig efter direktivet om urimelige kontraktvilkår.

Det er ikke afklaret, om brugen af urimelige aftalevilkår i sig selv kan udgøre en urimelig handelspraksis.¹²² I Kommissionens vejledning af 2016 om fortolkningen af handelspraksisdirektivet omtales den britiske sag, OFT mod Ashbourne Management Services, hvor det fandtes i strid med handelspraksisdirektivet at medtage et urimeligt kontraktvilkår i en aftale. Det var endvidere urimeligt at forsøge at kræve betaling i overensstemmelse med vilkåret.¹²³

7.4 Sanktioner for overtrædelse af generalklausulerne

For at finde ud af om der er en håndhævelsesmæssig forskel på lovens generalklausuler i § 3, stk. 1 og § 4, er det nødvendigt at kende til markedsføringslovens håndhævelsesystem. Det undersøges altså hvad konsekvenserne kan være for overtrædelse af henholdsvis § 3, stk. 1 og § 4.

¹¹⁹ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 209

¹²⁰ Ibid., s. 208-209

¹²¹ P. Møgelvang-Hansen m.fl., s. 35

¹²² Ibid., s. 35-36

¹²³ Kommissionens vejledning om fortolkning af handelspraksisdirektivet

Fælles for bestemmelserne er, at ingen af dem er direkte strafsanktionerede, jf. MFL § 37, stk. 3 modsætningsvist. Det skyldes primært, at bestemmelsernes grænser er noget flydende, og det er dermed ofte vanskeligt præcist at angive, hvornår en handling er retsstridig i praksis. Derudover er der sanktionsformer, der ofte giver bedre beskyttelse i sager om overtrædelse af generalklausulerne, nemlig forbud og påbud. Markedsforstyrrelser kan være uoprettelige, og det kan derfor være meget vigtigt at få standset en retsstridig adfærd så hurtigt som muligt.¹²⁴ Forbrugerombudsmanden har efter § 32, stk. 1, 2. pkt. kompetence til at nedlægge forbudssag, og hvis der er øjensynlig fare for, at formålet med et påbud forspildes, kan Forbrugerombudsmanden nedlægge foreløbigt forbud, jf. § 36, stk. 1, 1. pkt. Endeligt kan Forbrugerombudsmanden meddele påbud efter reglerne i § 32, stk. 2-5.

Selvom overtrædelse af §§ 3 og 4 som nævnt ikke er direkte strafsanktionerede, kan straf komme på tale, hvis et forbud eller påbud overtrædes. Straf for overtrædelse af generalklausulerne, er således betinget af, at den erhvervsdrivende overtræder et af retten nedlagt forbud eller påbud, eller et af Forbrugerombudsmanden nedlagt påbud, jf. § 37, stk. 1.

Endelig kan overtrædelse af generalklausulerne medføre et erstatningsansvar. Det følger således af § 24, stk. 2, at handlinger i strid med loven er erstatningspådragende i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Der er altså ingen sanktionsmæssige forskelle mellem § 3, stk. 1 og § 4, hverken i relation til forbud og påbud, straf eller erstatning.

8. Lever 2017-loven op til sine mål?

Som tidligere omtalt, har lovgiver med 2017-lovens ændring haft et mål om en mere forenklet og overskuelig lov, som samtidig er i overensstemmelse med EU-reguleringen. Den endelige lov er udtryk for markedsføringslovsudvalgets bestræbelser på at opnå en direktivkonform lov, som samtidig skal kunne forstås i dansk kontekst. Det undersøges i det følgende, om loven lever op til lovgivers mål.

8.1 Målet om forenkling

For at sikre lovens EU-konformitet og forhindre fortolkningsusikkerhed, har udvalget i lovudkastet valgt en tekstnær implementering.¹²⁵ Udvalget har imidlertid ikke foreslået en direkte overførsel af handelspraksisdirektivets ordlyd til de danske bestemmelser, hvilket eksempelvis kan ses i direktivets artikel 5, stk. 2. Herefter er en handelspraksis urimelig, hvis den ”er i modstrid med kravet om erhvervmæssig dilignspligt og væsentlig forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.”

Et flertal af udvalget foreslår bestemmelsen implementeret i markedsføringslovens § 4, stk. 2 med en noget enklere ordlyd. For at der efter denne bestemmelse er handlet i strid med ”god erhvervsskik”, skal den pågældende handelspraksis ”forvrider eller kunne forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren, eller hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.” Baggrunden for den

¹²⁴ C. Heide-Jørgensen, s. 73-74

¹²⁵ L 40/2016, 2. spalte

ændrede ordlyd er, at direktivets bestemmelser er lange og tunge, hvorfor udvalget anbefaler en forenkling, hvor det er muligt uden at ændre betydningen.¹²⁶ I den endelige lovtekst indføres kravet om væsentlig forvridding af den økonomiske adfærd i § 8 som en generel betingelse for overtrædelse af §§ 4-7.

Den tekstnære implementering medfører samtidig, at loven indeholder flere EU-retlige begreber og definitioner, som er fremmede i forhold til dansk, markedsføringsretlig sprogbrug. Også systematikken i markedsføringsloven er ved 2017-ændringen lavet om for at følge EU-reguleringen.¹²⁷

Man kan spørge sig selv, om det overhovedet er muligt at skabe en mere EU-konform lov, som samtidig er forenklet og mere overskuelig. Traditionelt har begrebsapparatet inden for markedsføringsretten i vidt omfang været hentet fra dagligdags sproget. Begreber som "illoyal konkurrence" og "god skik" kræver ikke nærmere sproglige udredninger. Den juridiske opgave bliver med udtryk som disse derimod 'blot' at fastlægge grænserne. Denne tendens til at hente begreber fra dagligdags sproget er ifølge Caroline Heide-Jørgensen dog kraftigt på vej væk i takt med den øgede EU-harmonisering på området. Begreber som "handelspraksis", "transaktionsbeslutning" og "erhvervsmæssig diligenspligt" er ikke begreber, der uden videre korresponderer med almindelig sprogbrug, men udtryk for skabelse af fælleseuropæiske begreber, der naturligt følger med europæiseringen af markedsføringsretten.¹²⁸

I høringsrunden i forbindelse med udarbejdelsen af 2017-loven, har den tekstnære implementering også mødt modstand. Forbrugerombudsmanden udtrykker i sit høringssvar vedrørende lovforslaget, at en unødigt tekstnær implementering af handelspraksisdirektivet vil ske på bekostning af markedsføringslovens velkendte og indarbejdede sprogbrug. Selvom det findes hensigtsmæssigt, at 2017-loven i højere grad end den tidligere lov kommer til at afspejle strukturen i direktivet, mener Forbrugerombudsmanden, at lovgiver på nogle punkter har valgt en unødigt tekstnær implementering af direktivet. Når markedsføringslovens velkendte begreber bliver byttet ud med direktivets sprogbrug, medfører det, at centrale bestemmelser i loven bliver vanskeligere at forstå og efterleve for de erhvervsdrivende, som loven retter sig mod. Som eksempel nævner Forbrugerombudsmanden formuleringen i 2017-lovens § 8, hvorefter det er en betingelse for, at der er handlet i strid med §§ 4-7, at den pågældende handelspraksis "væsentligt forvrider eller vil kunne forventes væsentligt at forvride" den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Formuleringen svarer til definitionen i direktivets artikel 2, litra e. Den tidligere lovs § 3, stk. 1 om vildledende markedsføring, anvendte derimod formuleringen "egnet til mærkbart at forvride" forbrugeren økonomiske adfærd.

Ordet "væsentligt" i den nuværende lovs § 8, stammer som nævnt fra handelspraksisdirektivet. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse er den danske oversættelse af direktivet imidlertid uheldig og misvisende, da den hverken er i overensstemmelse med direktivets intention eller ordlyd på originalsproget. At forbrugernes transaktionsbeslutning påvirkes "væsentligt", peger på en kvalificering af påvirkningens omfang, men det er ikke det afgørende efter de engelske og franske udgaver af direktivet. Herefter er det tilstrækkeligt, at den pågældende handelspraksis kan forventes at påvirke forbrugeren transaktionsbeslutning. I tråd hermed fremgår det da også af definitionen af "væsentlig forvridding af forbrugeren økonomiske adfærd" i § 2, nr. 6, at det fortsat er afgørende om en handelspraksis "mærkbart" indskrænker forbrugeren beslutningsevne. Derfor afspejler ordlyden af 2017-lovens § 8 således ikke det reelle indhold af bestemmelsen eller retstilstanden efter direktivet.¹²⁹

¹²⁶ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 206

¹²⁷ Ibid., s. 6-7

¹²⁸ C. Heide-Jørgensen, s. 35

¹²⁹ Høringssvar, L 40/2016, s. 77

En forskel mellem bestemmelsens ordlyd og indhold synes ikke umiddelbart at være i tråd med lovgivers ambition om en mere forenklet og overskuelig lov.

Ud over Forbrugerombudsmanden mener Forbrugerrådet TÆNK ligeledes, at ordet ”væsentlig” er uheldig og misvisende. Her beskrives brug af formuleringen som særdeles uhensigtsmæssig og unødigt besværlig for den, der skal anvende bestemmelsen. Det skyldes, at ordet ”væsentlig” i bestemmelsen ikke stemmer overens med ordets almindelige betydning.¹³⁰

Der er således både en forskel mellem ordet ”væsentlig” i bestemmelsen og ordets almindelige betydning, samt en forskel mellem bestemmelsens indhold og ordlyd.

I det følgende gives et teoretisk eksempel på hvilke overvejelser man må gøre sig, hvis man vil undersøge om en given handelspraksis er i strid med, hvad der tidligere blot var MFL § 1 om ”god markedsføringskik”.

Indledningsvist er man nødt til at undersøge om forholdet er omfattet af 2017-lovens § 3 om ”god markedsføringskik” eller § 4 om ”god erhvervsskik”. ”God markedsføringskik” er ikke defineret i loven, men vedrørende indholdet af ”god erhvervsskik” kan man hente hjælp i definitionsbestemmelsen i § 2, nr. 9. Hvis man vurderer, at forholdet vedrører forbrugers økonomiske interesser, og dermed er omfattet af § 4, må man dog være opmærksom på betingelsen om ”væsentlig forvriddning af gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd” i § 8, stk. 1. Herefter kan man endelig gå til definitionen i § 2, nr. 6 og finde ud af, at der med ordet ”væsentlig” i § 8, stk. 1 ikke menes en kvalificering af ordets omfang. Som anvender af loven må man altså på en juridisk omvej for at finde frem til, at et forhold er i strid med § 4 om ”god erhvervsskik”.

På trods af ambitionen om at forenkle og overskueliggøre markedsføringsloven, kan det altså konstateres, at der fortsat vil opstå en række krydshenvisninger i loven. Denne uklarhed og begrebsforvirring er efter Forbrugerombudsmandens og Forbrugerrådet TÆNK’s opfattelse uhensigtsmæssig og unødvendig, og begge parter anbefaler derfor på dette punkt at bevare den tidligere lovs ordlyd.¹³¹

I et efterfølgende høringsnotat kommenteres bekymringerne fra Forbrugerombudsmanden og Forbrugerrådet TÆNK, mens det indstilles, at der ikke skal foretages ændringer i lovforslaget på baggrund af bemærkningerne. Regeringen mener, at den tekstnære implementering af direktivet er med til at sikre lovens EU-konformitet. Der lægges vægt på, at markedsføringslovsudvalget har fundet formuleringen ”væsentligt forvrider eller kunne forventes væsentligt at forvride” mere direktivkonform end ”egnet til mærkbart at forvride”. Ifølge regeringen er lovforslaget EU-konformt samtidig med, at det kan forstås i en dansk kontekst, selvom der bruges EU-retlige begreber og definitioner, som er fremmede i dansk markedsføringsretlig sprogbrug. Den tekstnære implementering er derudover med til at sikre, at danske virksomheder har samme vilkår som sine udenlandske konkurrenter, og den formindsker samtidig usikkerhed omkring fortolkningen af den danske lov i lyset af EU-reglerne.¹³² I høringsnotatet lægges der altså vægt på det flertal i Markedsføringslovsudvalget, der anbefaler at formulere kriteriet som ”væsentligt forvrider den økonomiske adfærd...”. Udvalgets flertal mener, at anvendelse af ordet ”mærkbart” i stedet for ”væsentligt” kan give anledning til fortolkningstvivl, men ordvalget begrundes ikke nærmere.¹³³

Hvis man ser bort fra formuleringernes EU-konformitet og udelukkende ser på, hvilken af bestemmelserne der er bedst i tråd med ambitionen om en forenklet lov, giver valget af ”væsentlig” anledning

¹³⁰ Ibid., s. 83

¹³¹ Ibid., s. 78 og 83

¹³² Høringsnotat, L 40/2016, s. 5-7

¹³³ Markedsføringslovsudvalget, juli 2016, s. 229-230

til undren. Årsagen til at man ved implementeringen af handelspraksisdirektivet i 2006 valgte ”mærkbart” var ifølge forarbejderne til implementeringsloven, at dette ord bedre end ”væsentlig” understreger, at der ikke er tale om en kvalificering af, hvor stor en påvirkning skal være. Man valgte altså ”mærkbart”, på trods af at den danske oversættelse af direktivet anvender ”væsentlig”.¹³⁴ Disse overvejelser må fortsat gøre sig gældende i dag.

Valget af ordet ”væsentlig” i 2017-loven er endvidere begrundet med, at ordet repræsenterer en mere tekstnær implementering af handelspraksisdirektivet.¹³⁵ Det er da også korrekt i den forstand, at direktivet også bruger ”væsentlig”, men som påpeget af Forbrugerombudsmanden og Forbrugerrådet TÆNK, beror den danske oversættelse af direktivets ordvalg på en fejløversættelse. Ser man på den engelske udgave bruges formuleringen ”materially distorts”, mens den franske bruger ”almère de manière de substantielle”. ”Væsentlig” repræsenterer altså kun en mere tekstnær implementering i forhold til den danske oversættelse af direktivet.

Også på andre områder har 2017-loven medført tekniske ændringer, som er blevet mødt med modstand. Et af de områder hvor lovændringen medfører praktiske forandringer, selvom der ikke er tilset materielle ændringer, er opdelingen af generalklausulen i to adskilte bestemmelser. For den der anvender loven, er det som nævnt ikke længere muligt blot at henvise til ”§ 1 om god markedsføringsskik”, idet man nu må overveje om det pågældende forhold er omfattet af §§ 3 eller 4. Valget om at opdele generalklausulen har mødt modstand i høringssvar fra Dansk Ejendomsmæglerforening og HORESTA. Dansk Ejendomsmæglerforening mener, at opdelingen er uhensigtsmæssig, da den skaber forvirring om bestemmelsernes samspil og rækkevidde. Især 2017-lovens § 3, stk. 3 er efter foreningens opfattelse uklar, idet erhvervsdrivendes markedsføringsmæssige tiltag næsten altid vil påvirke forbrugerens økonomiske interesser.¹³⁶ HORESTA mener ligeledes, at opdelingen vil volde vanskeligheder i sontringen mellem begreberne. Definitionen af ”god erhvervsskik” i § 2, nr. 9 yder ikke meget hjælp til forståelsen, og der savnes tilmed en definition af ”god markedsføringsskik”. Efter HORESTAs opfattelse fører lovændringen på en række områder til, at lovteksten bliver mindre klar og forståelig end den tidligere lov.¹³⁷

Som modsvar hertil, fremgår det af høringsnotatet vedrørende loven, at baggrunden for at have to generalklausuler i stedet for at lade direktivets generalklausul gælde for al markedsføring er, at man ønsker sikkerhed for, at begrebet ”god markedsføringsskik” kan opretholdes fuldt ud på alle forhold, som ikke er omfattet af direktivet. Hvis man havde valgt kun at beholde én generalklausul som levede op til direktivet, ville det således medføre ændringer i retstilstanden for det danske begreb om ”god markedsføringsskik”. Det skyldes, at bestemmelsen ville være indholdsløs i sager, hvor markedsføringen eksempelvis strider mod hensynet til smag og anstændighed på grund af direktivets krav i artikel 5, stk. 2, litra b om, at en handelspraksis skal være egnet til ”væsentligt at forvride modtagerens økonomiske adfærd”.

Opdelingen af generalklausulerne er altså primært begrundet i et ønske om at bevare retstilstanden, men der er heller ikke enighed om Dansk Ejendomsmæglerforening og HORESTAs bekymringer vedrørende, at opdelingen skaber forvirring om bestemmelsernes samspil og rækkevidde. Hertil vurderer regeringen, at opdelingen skaber større klarhed over retstilstanden i forhold til, hvad der falder inden for og uden for direktivets anvendelsesområde, og dermed hvilke krav erhvervsdrivende skal

¹³⁴ L 2/2006, s. 19, vedr. bemærkningerne til § 1, nr. 2

¹³⁵ Høringsnotat, L 40/2016, s. 6

¹³⁶ Høringsssvar, L 40/2016, s. 17

¹³⁷ Ibid., s. 95

leve op til i deres markedsføring.¹³⁸ Ikke kun regeringen mener, at opdelingen er med til at skabe klarhed. Også SØ- og Handelsretten har i sit høringssvar bemærket, at opdelingen af generalklausulen letter overblikket, idet direktivreglerne får sin egen bestemmelse i § 4.¹³⁹

Samlet set er det naturligvis hensigtsmæssigt, at man fra lovgivers side har et ønske om en enkel og overskuelig markedsføringslov. Der er tale om en lov, som alle udøvere af erhvervsvirksomhed bør være sat ordentligt ind i, både af hensyn til forbrugere, andre erhvervsdrivende og samfundet i øvrigt. Samtidig er det en lov, der ikke udgør en komplet facitliste over hvad der er tilladt og forbudt, navnlig ikke vedrørende generalklausulerne i §§ 3 og 4. Dermed er det også særlig vigtigt, at loven er forholdsvis overskuelig for de erhvervsdrivende. På den baggrund er det også mere ærgerligt, når lovgiver på nogle områder vælger en så tekstnær implementering af handelspraksisdirektivet, at loven i sidste ende bliver mere kompleks og uoverskuelig.

8.2 Målet om EU-konformitet

Det primære formål med ændringens af markedsføringsloven i 2017 må siges at være ønsket om at sikre EU-konformitet. Det undersøges derfor i det følgende, om implementeringen lever op til de EU-retlige krav.

Generelt gælder efter TEUF art. 288, stk. 3, at direktiver alene er bindende for medlemsstaterne med hensyn til de tilsigtede mål, mens de nationale myndigheder bestemmer form og midler for gennemførelsen. Dermed kan det indledningsvist slås fast, at loven ikke er implementeret forkert, blot fordi dens ordlyd varierer fra direktivets. EU-domstolen har i sin retspraksis opstillet en række grundlæggende betingelser for medlemsstaternes implementering af direktiver, der blandt andet går ud på, at retsstillingen i national ret skal være klar og utvetydig, og at reglerne skal være bindende og kunne håndhæves. Man kan selvfølgelig diskutere, om implementeringen lever op til klarhedskravet, men det er alene en betingelse, at retstilstanden efter den danske implementering ikke er mere uklar en direktivet.¹⁴⁰ Derfor er betingelsen opfyldt. Ingen af de øvrige krav fra EU-domstolen giver her anledning til problemer, hvorfor implementeringen må siges at leve op til de generelle betingelser.

Danmarks implementering af direktivet har også konkret mødt modstand. Som nævnt under afsnit 6 har Danmark i 2014 modtaget en åbningsskrivelse fra Europa-Kommissionen, hvor der gøres opmærksom på, at Danmark efter Kommissionens opfattelse ikke har implementeret handelspraksisdirektivet korrekt på en række punkter.¹⁴¹ Det er derfor relevant at undersøge, om handelspraksisdirektivet efter 2017-lovændringen er implementeret korrekt.

Kommissionen anfører i skrivelsen, at Danmark ikke i tilstrækkelig grad har gennemført de tre definitionsbestemmelser i direktivet vedrørende ”erhvervsdrivende”, ”produkt” og ”utilbørlig påvirkning”. Regeringen mener modsat Kommissionen, at alle tre begreber er korrekt gennemført, allerede inden 2017-lovændringen. Til støtte herfor anføres, at begreberne i loven og Forbrugerombudsmandens praksis længe har været faste begreber i overensstemmelse med direktivet, selvom det medgives, at direktivets definitioner ikke er direkte gengivet i markedsføringsloven.¹⁴²

¹³⁸ Høringsnotat, L 40/2016, s. 17-18

¹³⁹ Høringsssvar, L 40/2016, s. 119

¹⁴⁰ K. Engsig Sørensen m.fl., s. 97-101

¹⁴¹ L 40/2016, s. 19, 1. spalte

¹⁴² Notat vedr. Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2014/2135

I en supplerende åbningsskrivelse af 2015 gør Kommissionen igen opmærksom på, at Danmark ikke har implementeret handelspraksisdirektivet korrekt, da direktivets definitionsbestemmelse er søgt gennemført i forarbejderne til markedsføringsloven og altså ikke direkte i lovteksten. Også den supplerende åbningsskrivelse besvares med, at Danmark efter regeringens opfattelse har implementeret direktivet korrekt, idet der henvises til lovforarbejders særlige status i dansk retstradition. Det oplyses dog også, at Kommissionens bemærkninger vil blive taget i betragtning ved udarbejdelsen af 2017-loven.¹⁴³

Der er taget højde for Kommissionens bemærkninger i 2017-lovens § 2, som definerer en række begreber direkte i lovteksten svarende til begreberne i direktivets definitionsbestemmelse i artikel 2. Der kan derfor næppe længere være tvivl om, at direktivet er implementeret korrekt på dette punkt.

9. Konklusion

Formålet med denne afhandling er at klarlægge indholdet af markedsføringslovens generalklausuler, som blev omstruktureret ved lovændring i 2017. Lovens § 3, stk. 1 om ”god markedsføringsskik” og § 4 om ”god erhvervsskik” er videreførelser af den tidligere lovs § 1, stk. 1-2, og sondringen mellem bestemmelserne er i teorien forholdsvis enkel. § 4 er et resultat af handelspraksisdirektivet og omhandler forhold vedrørende forbrugernes økonomiske interesser. § 3 er derimod ikke EU-reguleret, og omhandler forhold, der ikke vedrører forbrugernes økonomiske interesser. Det kan eksempelvis være forhold vedrørende smag og anstændighed, sikkerhed, sundhed og miljø. Endvidere finder bestemmelsen anvendelse på aftaleretlige spørgsmål, herunder kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning.

I praksis har det imidlertid vist sig mere vanskeligt at sondre mellem bestemmelserne. Når retspraksis fra før 2017-loven sættes i nutidsperspektiv, vil man ofte både kunne argumentere for anvendelse af såvel § 3, stk. 1 som § 4. Markedsføringslovsudvalgets anbefalinger kan i et vist omfang bruges som hjælp til at vælge den rigtige bestemmelse, men enkelte af anbefalingerne fremstår vilkårlige og ubegrundede.

Det er efter opdelingen afgørende, at lovens brugere kender til sondringen mellem bestemmelserne, idet der i modsætning til tidligere ikke blot kan henvises til ”§ 1 om god markedsføringsskik”. Når det kommer til håndhævelse og sanktioner, er der dog ingen forskel mellem bestemmelserne.

Generalklausulerne er dynamiske og udvikler sig over tid. Det medfører, at det aldrig kan lade sig gøre at angive det præcise indhold af, hvad der er omfattet af ”god markedsføringsskik” og ”god erhvervsskik”. På området for kønsdiskriminerende ses eksempelvis, at der tillades mere i 2012 end i 1974, selvom generalklausulens ordlyd i det væsentligste er uændret. På trods heraf kan det aldrig med nøjagtighed konstateres, hvor grænsen går.

Lovændringen i 2017 sker af flere årsager. For det første har Danmark flere gange modtaget åbningsskrivelser fra Kommissionen, som kritiserer den danske markedsføringslov for ikke at være EU-konform. Derudover har lovgiver haft et ønske om at gøre loven mere enkel og overskuelig. Lovgiver har indrettet sig efter Kommissionens åbningsskrivelser, og den nu mere direktivnære lov må siges at leve op til ønsket om EU-konformitet. Mere diskuteret er det, om loven også lever op til

¹⁴³ Notat vedr. Kommissionens supplerende åbningsskrivelse nr. 2014/2135

ønsket om forenkling. Den tekstmære implementering har eksempelvis resulteret i flere fælleseuropæiske begreber, som fremstår uklare i dansk kontekst.

Det kan konstateres, at det på visse områder er vanskeligt at gøre en lov mere EU-konform og overskuelig på samme tid. Det bemærkes dog, at der vedrørende lovens overskuelighed i høj grad er tale om en smagssag, og at tilvænning også spiller en rolle.

Selvom den strukturelle ændring af den tidligere generalklausul er iøjefaldende, er der ikke tilsigtet materielle ændringer ved opdelingen. Tværtimod opdeles bestemmelsen for at sikre, at forhold i strid med det danske begreb ”god markedsføringsskik” kan opretholdes fuldt ud ved siden af det direktivbestemte. Det konkluderes, at lovændringen ikke har medført materielle ændringer for generalklausulerne forstået på den måde, at bestemmelserne hverken dækker over mere eller mindre end før lovændringen.

10. Litteraturliste

10.1 Love og forarbejder

10.1.1 Lovgivning

- **Aftaleloven** (Lov nr. 193 af 2. marts 2016 – Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område)
- **E-handelsloven** (Lov nr. 227 af 22. april 2002 – Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel)
- **Forbrugeraftaleloven** (Lov nr. 1457 af 17. december 2013 – Lov om forbrugeraftaler)
- **Købeloven** (Lov nr. 140 af 17. februar 2014 – Bekendtgørelse af lov om køb)
- **Markedsføringsloven, 1974-loven** (Lov nr. 297 af 14. juni 1974 – Lov om markedsføring)
- **Markedsføringsloven, 2005-loven** (Lov nr. 1389 af 21. december 2005 – Lov om markedsføring)
- **Markedsføringsloven, 2006-loven** (Lov nr. 1547 af 20. december 2006 – Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser m.v.)
- **Markedsføringsloven, 2017-loven** (Lov nr. 426 af 3. maj 2017 – Lov om markedsføring)
- **Renteloven** (Lov nr. 459 af 13. maj 2014 – Bekendtgørelse af lov om renter og andre forhold ved forsinket betaling)
- **Retsplejeloven** (Lov nr. 1101 af 22. september 2017 – Bekendtgørelse af lov om rettens pleje)

10.1.2 Forarbejder

- **L 40/2016** (Lovforslaget som fremsat, FT 2016-2017, tillæg A L 40, Lovforslag af 12. oktober 2016 af Erhvervs- og vækstministeren, Troels Lund Poulsen, til lov om markedsføring)
- **L 2/2006** (Lovforslag nr. L 2 af 4. oktober 2006 af Familie- og Forbrugerministeren, Lars Barfoed, til ændring af lov om markedsføring)
- **L 120/1974** (Lovforslag nr. L 120/1974 af 8. marts 1974 af Handelsministeren, Poul Nyboe Andersen, til lov om markedsføring)
- **Høringssvar, L 40/2016** (Høringssvar med bemærkninger, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2016-2017, L 40, Bilag 1)
- **Høringsnotat, L 40/2016** (Høringsnotat vedrørende forslag til Lov om markedsføring, Erhvervs- og vækstministeriet, 16. september 2016, L 40, Bilag 1)
- **Markedsføringslovsudvalget, juli 2016** (”Rapport fra udvalg om markedsføringsloven” Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Valby 2016)

- **Bet. 681/1974** (Betænkning nr. 681/1974 (Betænkning II), Forbrugerombudsmandens betænkning)

10.1.3 *Direktiver*

- **Direktiv om urimelig handelspraksis/handelspraksisdirektivet** (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomhedernes urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked)
- **Direktiv om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler** (Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler)
- **E-handelsdirektivet** (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked)
- **Vildledningsdirektivet** (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame)

10.2 **Afgørelser**

10.2.1 *Ugeskrift for Retsvæsen*

- U 1976.810 S
- U 1982.973 S
- U 1983.338 H
- U 1992.665 S
- U 1996.799 Ø
- U 1998.83 H
- U 1998.204 H
- U 2005.2250 S
- U 2013.1181 S
- U 2013.2396 S

10.2.2 *EU-domstolens praksis*

- C-261/07 (Total)
- C-304/08 (Plus)
- C-453/10 (Pereničová og Perenič)
- C-4/435/11 (CHS Tour Services GmbH mod Team4 Travel GmbH)
- C-388/13 (Hatóság mod UPC Magyarorság)

10.2.3 *Forbrugerombudsmandsafgørelser*

- (1991-4031/5-6)
- (2004-11131/5-30)
- (2004-11131/5-30)
- (2004-11131/5-41)
- (2008/02166)
- (2012/03319)
- Sag af 6. marts 2017: "Forbrugerombudsmanden håndhæver forbud mod kønsdiskrimination i reklamer" (<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/nyheder/forbrugerombudsmanden/pressemeddelelser/2017/forbrugerombudsmanden-haandhaever-forbud-mod-koensdiskrimination-i-reklamer/>)

- Sag af 23. maj 2018: ”Forbrugerombudsmanden nedlægger forbud mod salg af opgavebesvarelser” (<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/nyheder/forbrugerombudsmanden/pressemeddelelser/2018/20180523-forbrugerombudsmanden-nedlaegger-forbud-mod-salg-af-opgavebesvarelser/>)

10.3 Bøger

- **C. Heide-Jørgensen** (Caroline Heide-Jørgensen, ”Læringsbog i Konkurrence- og Markedsføringsret”, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København, 3. udgave 2017)
- **E. Borchert og F. Bøggild** (Erling Borchert og Frank Bøggild, ”Markedsføringsloven”, Karnov Group Denmark, København, 3. udgave 2017)
- **J. Evald** (Jens Evald, ”At tænke juridisk”, Nyt Juridisk Forlag, København, 4. udgave 2011)
- **J. Evald og S. Schaumburg-Müller** (Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller), ”Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1. udgave 2004)
- **K. Engsig Sørensen m.fl.** (Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen, ”EU-retten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 6. udgave 2014)
- **P. Bo Madsen** (Palle Bo Madsen, ”Markedsret 2 – Markedsføringsret og konkurrenceværn”, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 6. udgave 2015)
 - Herunder **Supplement til P. Bo Madsen: Markedsret Del 2, 6. udg., s. 1 (ikke offentliggjort)**
- **P. Blume** (Peter Blume, ”Retssystemet og Juridisk Metode”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 3. udgave 2016)
- **P. Møgelvang-Hansen m.fl.** (Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, ”Markedsføringsretten”, Ex Tuto Publishing, København, 3. udgave, 2017)
- **S. Kristoffersen** (Sonny Kristoffersen, ”Forbrugerretten I, Markedsføringsloven anno 2017 – i en civil- og offentligretlig kontekst”, Karnov Group Denmark, København, 6. udgave 2017)

10.4 Øvrige kilder

- **Kommissionens vejledning om fortolkning af handelspraksisdirektivet** (”Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices” (Kommissionens vejledning til direktiv 05/29 i SWD (2016) 163 final))
- **Forbrugerjura 2003** (”Forbrugerjura 2003”, Forbrugernes Hus 2004)
- **Juridisk Årbog 1992** (”Juridisk Årbog 1992”, Forbrugerstyrelsen 1992 (HTML-udgave hentet fra <https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/1992/19921231-juridisk-aar-bog-1992>))
- **Retningslinjer om kønsrelateret reklame, 2012** (”Retningslinjer om kønsrelateret reklame af 1. april 2012”, Forbrugerombudsmanden april 2012 (opdateret den 1. juli 2017 i overensstemmelse med lov nr. 426 af 3. maj 2017))
- **Retningslinjer vedr. kønsdiskriminerende reklame, 1993** (”Retningslinjer vedrørende kønsdiskriminerende reklame”, Forbrugerombudsmanden februar 1993)
- **Notat vedr. Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2014/2135** (”Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalg vedrørende Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2014/2135”, Europaudvalget 2014/2015, EEU Alm. del bilag 140)
- **Notat vedr. Kommissionens supplerende åbningsskrivelse nr. 2014/2135** (”Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalg om besvarelse

af Kommissionens supplerende åbningskrivelse nr. 2014/2135”, Europaudvalget 2015/2016, EUU Alm. del bilag 135)

10.5 Forkortelser

- B2B Business to business
- B2C Business to consumer
- MFL Markedsføringsloven
- TEUF Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde