

Skjult reklame

Med særligt fokus på influenter på det sociale medie Instagram

Hidden advertising

Focusing on influencers on the social media platform Instagram

af CELINE ENGELBRECHT VON DER WEHL

Nærværende afhandling har til formål at beskrive og analysere gældende ret på området for skjult reklame. Sociale medier er dynamiske og udvikler sig konstant, hvilket kan skabe markedsføringsretlige udfordringer.

Afhandlingen undersøger, hvilke krav der stilles til influenter, når disse reklamerer på de sociale medier. Kravene analyseres med henblik på at fastlægge, hvad disse krav specifikt indebærer. Afhandlingen tager udgangspunkt i det sociale medie "Instagram", hvorved afhandlingen analyserer eksempler fra "Instagram" for at vurdere, hvornår en reklame igennem influenter anses for skjult. Afslutningsvist indeholder afhandlingen en undersøgelse af influenters ansvar, når de overtræder forbuddet mod skjult reklame.

For at kunne svare på de givne problemstillinger har afhandlingen defineret grundlæggende begreber. Yderligere er E-handelsloven, ICC's kodeks, Forbrugerombudsmandens vejledninger mv. og EU-retlig lovgivning analyseret til brug herfor.

Konklusionen er, at der på de fleste områder (sociale medier udvikler sig hele tiden, og det kan derfor være svært lovgivningsmæssigt at følge med i denne udvikling) er klare regler for, hvornår forbuddet mod skjult reklame betragtes som overtrådt.

For at være omfattet af bestemmelsen kræves det, at en erhvervsdrivende har kommerciel hensigt med en given handelspraksis. Hvis den kommercielle hensigt er til stede, skal den erhvervsdrivende opfylde identifikationskravet ved klart at markere reklamen, så den gennemsnitlige forbruger kan indse, at de er udsat for reklame. Hvis dette ikke er tilfældet, vil reklamen blive betragtet som skjult, og hvis reklamen yderligere er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd, vil reklamen være i strid med MFL § 6, stk. 4. Hvis dette forbud overtrædes, kan både den erhvervsdrivende og influenten have et selvstændigt ansvar. Omfanget af dette ansvar vil være tydeliggjort efter afgørelsen af den første danske sag mod en influent, som skulle være afgjort i april 2020, men er blevet udsat på grund af COVID-19-epidemien.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
1. INDLEDNING	4
1.1. AFGRÆNSNING	5
1.2. METODE OG RETSKILDER.....	5
1.3. "INSTAGRAM"	6
2. DEFINITIONER AF MARKEDSFØRINGSRETlige BEGREBER	7

2.1. DET JURIDISKE REKLAMEBEGREB/HANDELSPRAKSIS.....	7
2.2. DEFINITIONEN AF SKJULT REKLAME	8
2.3. GENNEMSNITSFORBRUGEREN	9
2.3.1. Særlige grupper af forbrugere.....	10
2.4. ERHVERVSDRIVENDE	10
2.5. TRANSAKTIONSBESELTNING.....	11
3. RETSGRUNDLAGET	12
3.1. INDLEDENDE.....	12
3.2. HANDELSPRAKSISDIREKTIVET	12
3.2.1. Urimelig handelspraksis	13
3.2.1.1. Vildledende handelspraksis	14
3.2.2. Væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd	15
3.2.3. Delkonklusion – hvornår er en handelspraksis urimelig.....	16
3.3. MARKEDSFØRINGSLOVEN.....	17
3.3.1. Indledende.....	17
3.3.2. Formål	18
3.3.3. Anvendelsesområde	18
3.4. FORBRUGEROMBUDSMANDEN, E-HANDELSLOVEN OG ICC	18
3.4.1. Forbrugerombudsmanden (FBO).....	18
3.4.2. E-handelsloven (EHL).....	20
3.4.3. ICC's kodeks for reklame og markeds kommunikation	20
4. SKJULT REKLAME	21
4.1. INDLEDENDE OM MFL § 6	21
4.2. MFL § 6, STK. 4 – FORBUD MOD SKJULT REKLAME	22
Hvornår er en handelspraksis omfattet af bestemmelsen i MFL § 6, stk. 4?.....	23
4.2.1. Reklame – Kommerciel hensigt	23
4.2.2. Reklame skal markeres tydeligt - identifikationskravet	25
4.2.2.1. Kort om børn og unge	27
4.3. MFL § 8 – VÆSENTLIG FORVRIDNING AF GENNEMSNITSFORBRUGERENS ØKONOMISKE ADFÆRD.....	28
4.4. DELKONKLUSION	29
5. EKSEMPLER FRA DE SOCIALE MEDIER – ER DET SKJULT REKLAME?.....	30
5.1. INDLÆG 1	31
5.1.1. Kommerciel hensigt?.....	31
5.1.2. Identifikationskravet	31
5.1.3. Forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd.....	32
5.1.4. Er det skjult reklame?.....	33
5.2. INDLÆG 2	33
5.2.1. Kommerciel hensigt?.....	33
5.2.2. Identifikationskravet	34
5.2.3. Forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd.....	35
5.2.4. Er det skjult reklame?.....	35
6. INFLUENTERS ANSVAR EFTER MFL § 6, STK. 4.....	36
6.1. CIVIL- OG STRAFFERETLIGT ANSVAR	36
6.1.1. Civilretligt ansvar.....	36
6.1.2. Strafferetligt ansvar	36
6.2. HVEM ER ANSVARLIG?.....	36
7. KONKLUSION.....	38
FORKORTELSERLISTE	40
LITTERATURLISTE.....	40

Abstract

This thesis studies hidden advertising in the Danish Marketing Practices Act. The focus of this thesis is to analyze the application of the Danish Marketing Practices Act section 6.4. when an influencer is advertising on “Instagram”.

Over the past decade, traders are increasingly using social media and influencers as an advertising pillar. This use of influencers has made it more difficult for consumers to realize if they are being exposed to advertising, since influencers are characterized by sharing their private lives and personal views, rather than consumer products. The recent use of influencers in marketing is one of the drivers behind changing the Danish Marketing Practices Act in 2017. However, most importantly, the law was amended to comply with Directive 2005/29/EC and to ensure that the Directive was implemented correctly.

The provision in section 6.4 requires traders to clearly disclose to consumers their commercial intent in any commercial practice, including advertising. It is relevant to investigate the ban relating to influencers on social media because they are considered traders when advertising on behalf of companies. Therefore, influencers must also act in accordance with the Danish Marketing Practices Act and the prohibition of hidden advertising when advertising on social media.

The thesis therefore aims to describe current laws in the field of hidden advertising and to investigate the demands placed on influencers when advertising on social media. These requirements will be analyzed to determine what the requirements entail. Based on the social media platform “Instagram”, this thesis will analyze examples from “Instagram” to assess the instances in which advertising on social media is considered hidden. In conclusion, the thesis contains an examination of the responsibilities of influencers.

This thesis’s analysis indicates that influencers do not comply with the law, despite the fact that the law is clear and the Consumer Ombudsman has made supplementary guidelines for influencers. Directive 2005/29/EC requires that the Danish Marketing Practices Act is enforced effectively. Enforcing the law and section 6.4 has been the focus of the Consumer Ombudsman, who in 2018 conducted a major investigation in this area and subsequently brought the first case against an influencer, which at the time of this thesis's delivery has not yet been settled.

However, this thesis shows that there are clear rules for when the prohibition on hidden advertising is considered violated. To be covered by the provision, a trader is required to have commercial intent with a given commercial practice. If the commercial intent is present, the trader must meet the identification requirement by clearly marking the advertising so that the average consumer will realize that they are exposed to advertising. If this is not the case, the advertisement will be considered hidden, and if the advertisement is further suited to significantly distort the consumer's financial behavior, the advertisement will be in violation of section 6.4.

If this prohibition is violated, both the trader and the influencer may have an independent responsibility. The extent of this responsibility will be made clearer after the decision of the first Danish case against an influencer, which should have been settled in April 2020 but has been postponed due to the COVID-19 epidemic.

1. Indledning

I det seneste årti har danskernes brug af internettet ændret sig betydeligt, og brugen af sociale medier er blevet meget hyppigere.

Særligt bliver danskernes tid på internettet brugt på de sociale medier¹, hvor 76,6 % i 2018 bruger deres sociale medier minimum månedligt – fremfor 59,5 % i 2012. I dag har hele 84,9 % af befolkningen en profil på et af de mange sociale medier.²

Denne udvikling har dermed også medført en ændring i den måde, som erhvervsdrivende i dag markedsfører sig på. Det kan skabe forvirring hos de erhvervsdrivende, der kan være i tvivl om, om de overholder loven, når de kommunikerer ud til forbrugerne. Ligeledes hos forbrugerene, der kan have svært ved at gennemskue deres rettigheder.³ Dette er bl.a. en del af grundlaget for ændringen af markedsføringsloven, der i 2017 ændredes ved lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring (herefter MFL).⁴

De erhvervsdrivende kan nu markedsføre sig selv via de sociale medier og dermed nå direkte ud til en målrettet gruppe. Udover at markedsføre sig via egne reklamer mv., benytter de sig nu også af de såkaldte ”influenter” som led i markedsføringen af deres produkter.

Influenter er personer, der har mange følgere på de sociale medier, og som selv producerer deres indhold.⁵ De deler som hovedregel deres personlige holdninger og privatliv, hvilket medfører at det kan være svært for forbrugerne at skelne mellem vedkommendes personlige holdninger og samarbejder med eller reklamer for virksomheder.⁶

Den forvirring, der dermed kan opstå hos forbrugeren, er der taget hensyn til i MFL § 6, stk. 4, der beskytter forbrugeren mod skjult reklame. Det fremgår af MFL § 6, stk. 4, at den kommercielle hensigt med enhver form for handelspraksis og reklame skal oplyses for forbrugeren. Bestemmelsen medfører, at influenter ved indlæg og opdateringer, der indeholder et reklamebudskab, skal gøre det klart for modtageren af indlægget, at der er tale om reklame.

Bestemmelsen er særdeles relevant i dag, hvor brugen af influenter i forbindelse med markedsføringen af de erhvervsdrivendes produkter er særligt stor.

Det sker i praksis, at influenter ikke tydeligt viser, når de reklamerer. Forbrugerombudsmanden (herefter FBO)⁷ har været særligt opmærksom herpå inden for de seneste år, og i sommeren 2018 gennemførte hun en større undersøgelse af influenter, hvilken medførte politianmeldelser, indskærpelser og orienteringer om lovgivningen.⁸

På baggrund af ovenstående vil dette speciale med udgangspunkt i MFL søge at beskrive gældende ret på området for skjult reklame. Specialet vil undersøge, hvilke krav der stilles til influenter, når disse reklamerer på de sociale medier. Kravene vil blive analyseret med henblik på at fastlægge, hvad disse krav specifikt indebærer. Specialet tager udgangspunkt i det sociale medie ”Instagram”, hvor-

¹ Se om begrebet ”sociale medier” i afsnit 1.3.

² Internetbrug og enheder

³ Rapport fra udvalg af MFL, s. 5

⁴ L 40-2016-17, almindelige bemærkninger, s. 19

⁵ Markedskommunikation, s. 45

⁶ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 55

⁷ Se nærmere om FBO’s institution nedenfor i afsnit 3.4.1.

⁸ FBO’s undersøgelse

ved specialet analyserer eksempler fra "Instagram" for at vurdere, hvornår en reklame igennem influencer anses for skjult. Afslutningsvist undersøges influencers ansvar, når de overtræder forbuddet mod skjult reklame.

1.1. Afgrænsning

Nærværende speciale beskæftiger sig hovedsageligt med MFL's bestemmelser og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (herefter direktivet), der danner grundlag for MFL. Specialet vil således ikke undersøge anden retlig regulering på samme område i samme omfang, herunder bl.a. ICC's kodeks og Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informations-samfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel (herefter EHL).

Med andre ord fokuserer specialet ikke på andre bestemmelser, der omhandler de samme eller lignende forhold, og sådanne vil derfor kun medtages, hvor dette findes relevant.

Specialet fokuserer på skjult reklame på de sociale medier, hvorfor markedsføring på internettet generelt og andre former for skjult reklame (produktplacering, duftmarkedsføring mv.) ikke vil blive omtalt nærmere. Det sociale medie, der vil danne grundlag for dette speciales fokus og eksempler vil være "Instagram".

Specialets fokus ligger i at undersøge forbuddet om skjult reklame, hvorfor reglerne om uanmodet henvendelse i MFL § 10 ikke vil blive omtalt nærmere. Yderligere ligger fokus på reklame og markedsføring rettet mod forbrugere (B2C), hvorfor vildledningsforbuddet i MFL § 20, der kun gælder i forhold mellem erhvervsdrivende indbyrdes (B2B), ikke vil blive behandlet.⁹

Som nævnt kan erhvervsdrivende også selv have profiler på sociale medier, men de forhold, hvor erhvervsdrivende reklamerer for sig selv online, vil heller ikke blive omtalt. Dette begrundes i, at specialets fokus ligger på det forhold, hvor en influent reklamerer for en erhvervsdrivende.

1.2. Metode og retskilder

Nærværende speciale anvender den retsdogmatiske metode. Således beskrives, fortolkes, analyseres og systematiseres gældende ret på baggrund af de relevante retskilder.¹⁰

For at besvare problemformuleringen anvendes og gennemgås de relevante danske og EU-retlige love, herunder forarbejder, bekendtgørelser og relevant EU-retlig praksis og afgørelser fra FBO. Når MFL og direktivets regler og indhold gennemgås og analyseres, tages der i dette speciale udgangspunkt i en ordlydsfortolkning.

Hertil kommer forarbejderne til hhv. 2005-MFL og 2017-MFL, der er en vigtig kilde til fortolkningen af loven. FBO har udarbejdet vejledninger og retningslinjer, der også skal bidrage til fortolkningen af gældende ret. Da det er FBO, der fører tilsyn med og håndhæver MFL¹¹, bruges disse vejledninger

⁹ Definition af B2B og B2C; B2B betyder forholdet mellem erhvervsdrivende indbyrdes, B2C betyder forholdet mellem den erhvervsdrivende og forbrugeren

¹⁰ Juridisk teori, metode og videnskab, s. 209

¹¹ MFL § 25

og retningslinjer som en vigtig kilde i nærværende speciale, på trods af, at kilderne ikke har lovgivningsmæssig status.

Yderligere anvendes juridisk litteratur, der dog ikke anvendes som retskilde, men som skal give inspiration og hjælpe med fortolkningen af gældende ret.

Udover ovenstående er også anvendt andre kilder, som ikke kan karakteriseres som juridiske kilder – disse er anvendt for at opnå baggrundsviden om emnet.

Da MFL er af nyere dato, skal det kort fastslås, at der overordnet ikke er sket nogen særlig materiel ændring¹², hvorfor der vil blive anvendt litteratur mv. af ældre dato, der dog stadig belyser gældende ret. Det samme gør sig gældende for FBO's vejledninger og retningslinjer, der på nuværende tidspunkt endnu ikke er opdaterede.

Dette speciale indeholder i afsnit 5 analyser af eksempler fra Instagram. Her skulle der, for forståelsens skyld, have været henvist til eksempler ifm. en forklaring af, hvordan Instagram er opbygget. Disse er ikke vedlagt som bilag af hensyn til personlige eller ophavsretlige rettigheder.

1.3. "Instagram"

Nærværende speciale skal omhandle skjult reklame på Instagram. Derfor er det relevant kort at beskrive, hvad det sociale medie indebærer. Det bemærkes, at der findes mange forskellige sociale medier, der stort set kan det samme.

Instagram er en applikation til smartphones (der også kan tilgås fra en PC), hvor det er muligt at dele billeder og videoer med sit netværk. Dette netværk opnås ved at "følge" og blive "fulgt". Brugere kan enten vælge, hvem der må følge profilen, og dermed have en "privat" profil, som folk ikke kan tilgå, uden at man som bruger har accepteret dem som følgere. Hvis brugeren vælger ikke at have en privat profil, er profilen "åben", og alle andre brugere på Instagram kan se brugerens billeder og videoer.¹³

Ud over at dele billeder og videoer, kan der også skrives tekster til egne og til andres billeder, som er i netværket.

Da mange influenter har en såkaldt åben profil, kan alle brugere på Instagram se deres opslag. Som indledningsvist nævnt, har influenter oftest rigtig mange følgere, og de har også ofte en meget konkret målgruppe, dvs. de forskellige influenter har forskellige "følgere". Det betyder også, at virksomhederne kan nå en nærmere bestemt gruppe ved at vælge et samarbejde med den influent, der har mange følgere fra den målgruppe, virksomheden gerne vil nå ud til.

Dermed er Instagram den perfekte platform til at markedsføre sig på, ligesom influenter er et fantastisk redskab til netop dette.

¹² Se dog yderligere herom i afsnit 3.3.

¹³ Hvad er Instagram?

2. Definitioner af markedsføringsretlige begreber

2.1. Det juridiske reklamebegreb/handelspraksis

Da specialet undersøger skjult reklame på de sociale medier og den retlige regulering heraf, er en nærmere redegørelse for reklamebegrebet nødvendig.

MFL indeholder ingen definition af ordet *reklame*, der dog er nævnt i MFL § 6, stk. 4, og der findes hverken nationalt eller internationalt nogen alment accepteret juridisk definition af ordet.¹⁴ Da MFL er EU-baseret, må begrebet reklame forstås i overensstemmelse med den EU-retlige definition.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame (herefter vildledningsdirektivet) definerer reklame i art. 2, litra a; "[...] 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, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser".

Denne definition forudsætter, at der er tale om et afsætningsfremmende formål – dvs. at den erhvervsdrivende skal have haft til formål at fremme afsætningen ved den tilkendegivelse, denne gør brug af. Definitionen er meget bred, da der er tale om reklame på ethvert medie og på en hvilken som helst måde.

Vildledningsdirektivet gælder dog kun i B2B forhold og er erstattet af direktivet ift. forbrugere, hvorfor ovenstående definition ikke længere gælder i forholdet B2C.¹⁵ Reklamebegrebet er dog også af mindre betydning på forbrugerområdet, da det er en del af overbegrebet *handelspraksis*, der er det afgørende på dette område.

Direktivet har således ingen definition på reklamebegrebet. Direktivet anvender i stedet begrebet *handelspraksis*, som defineres i direktivets art. 2, litra d og MFL § 2, stk. 1, nr. 6; "*en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne.*"

Denne definition er ligeledes meget bred, og som definitionen for reklame i vildledningsdirektivet skal der efter begrebet *handelspraksis* i direktivet være tale om et afsætningsfremmende formål. Det afsætningsfremmende formål er dog mere snævert efter direktivet end efter vildledningsdirektivet, da det afsætningsfremmende formål skal have en *direkte* relation til promovning, salg eller udbud¹⁶ – hvor det efter vildledningsdirektivet blot skal have en relation til "enhver form for tilkendegivelse". Fælles for begge direktiver er dog, at der skal være tale om handlinger, der er foretaget af en erhvervsdrivende.

En endnu bredere definition af begrebet kan findes i ICC

's kodeks¹⁷, der udgør; "*enhver form for mediebåret kommerciel kommunikation, sædvanligvis mod betaling eller anden modydelse*"¹⁸, og dermed ikke er afgrænset til tilkendegivelser, handlinger eller undladelser. At definitionen er bredere udledes bl.a. af, at "reklame" i definitionen af *handelspraksis* indgår som *en del af* begrebet kommerciel kommunikation, jf. "kommerciel kommunikation, herun-

¹⁴ Reklameret, s. 57ff

¹⁵ Markedsret – del 2, s. 60

¹⁶ Dette er dog også det eneste kriterie, der skal være til stede for, at der er tale om en handelspraksis. Se Kommissionens Ledsagedokument, s. 36-37

¹⁷ Det bemærkes, at ICC's kodeks ikke er bindende, men blot anvendes som fortolkningsbidrag.

¹⁸ ICC's kodeks, s. 20

der reklame...” (egen fremhævelse). Endvidere betyder brugen af ordet ”sædvanligvis” i ICC’s definition, at der ikke stilles krav om, at der foreligger en modydelse. Dvs., at der også kan være tale om reklame, hvis denne blot opstår som følge af en vennetjeneste mv.

Dette stemmer nu også overens med den forståelse, man har af begrebet reklame efter ændringen af MFL i 2017. Tidligere krævedes der en aftale mellem parterne, for at der kunne være tale om reklame.¹⁹ Dvs., at en influent dermed godt kunne ”reklamere” eller fremvise et produkt på sit sociale medie, uden at der var tale om reklame, hvis influenten ikke havde nogen aftale med virksomheden. Efter ændringen er dette dog ikke længere tilfældet.²⁰

Således kan man finde fortolkningsbidrag til begrebet i EU-retten og i ICC’s adfærdskodeks.²¹ På trods af at ordlyden er forskellig i de tre, synes kernepunktet at være ens. Signifikant for alle definitionerne er, at de alle er brede, og at ingen af dem indeholder en afgrænsning af det medie, der skal være genstand for reklamen. Ud fra disse betragtninger må definitionen EU-retligt omfatte enhver reklame på ethvert tænkeligt medie. Definitionen er tiltænkt at skulle være bred. Dette bekræftede Domstolen, da de i en sag udtalte; ”[...] er direktiv 2005/29 nemlig karakteriseret ved et særligt bredt materielt anvendelsesområde [...]”²².

2.2. Definitionen af skjult reklame

Lige såvel som begrebet reklame ikke har nogen endegyldig definition, findes en sådan heller ikke for begrebet ”skjult reklame”. Begrebet er dog tidligere beskrevet og defineret som at være en fremhævelse på hvilken som helst måde af varer eller tjenesteydelser eller af virksomhedens navn, varemærke mv., som er fremhævet med et markedsføringsformål og er egnet til at vildlede modtageren heraf ift., om der er tale om reklame.²³

Også FBO har udtalt sig om begrebet; ”En skjult reklame er kendetegnet ved, at afsenderen af reklamen bevidst ønsker at kamuflere reklamen og dens hensigt, nemlig at påvirke til fx køb af en bestemt vare.”²⁴

En skjult reklame foreligger altså, hvis en reklame ikke er identificerbar for modtageren, og modtageren dermed ikke får indtrykket af, at de bliver eksponeret for en reklame.

”Arla-sagen”²⁵ fra 2014 er et eksempel herpå. Af sagen fremgår det, at en kendt dansk influent modtog en gave fra Arla og lagde et billede heraf på sin blog uden at meddele, at der var tale om reklame. Til billedet skrev bloggeren kun, at hun havde modtaget produktet fra Arla i gave. FBO fandt, at der forelå et kommercielt samarbejde mellem influenten og Arla, men influenten havde ikke gjort det klart for forbrugerne, at der var tale om reklame, og derfor var MFL § 6, stk. 4 overtrådt og reklamen var skjult.

Sammenfattende må begrebet forstås sådan, at der vil være tale om skjult reklame, hvis afsenderen bevidst prøver at skjule sine intentioner med reklamen, og denne handling er egnet til at vildlede modtageren ift., hvorvidt der er tale om reklame eller ikke.

¹⁹ L 13-2005-06, specielle bemærkninger, s. 701

²⁰ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 55

²¹ Reklameret, s. 64

²² Sag C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft, præmis 36 og 39

²³ Langer og Bruun Nielsen, s. 333

²⁴ Reklameidentifikation – skjult reklame, s. 2

²⁵ Forbrugerombudsmanden, sag 13/07021

2.3. Gennemsnitsforbrugeren

Når det skal bedømmes, om der foreligger skjult reklame, tages der udgangspunkt i en vurdering af *gennemsnitsforbrugers* viden. Begrebet er fastsat og udviklet gennem Domstolens praksis.²⁶ Da der tages udgangspunkt i dette begreb i alle bestemmelser inden for markedsføringsretten, der vedrører forbrugerforhold, er en nærmere afgrænsning af begrebet nødvendig.²⁷

Forbruger defineres i MFL § 2, nr. 1; ”*Forbruger: En fysisk person, der hovedsagelig handler uden for sit erhverv.*” Dette er i overensstemmelse med det almindelige danske civilretlige forbrugerbegreb.²⁸

Begrebet defineres inden for EU-retten i direktivets art. 2, litra a; ”*»forbruger«: en fysisk person, der i forbindelse med en af dette direktiv omfattet handelspraksis ikke udøver virksomhed som [...]*”. Således er forbrugere *fysiske* personer, der handler *uden* for deres erhverv. Tidligere, også ved den store gennemgang og ændring af MFL i 2017, var det danske forbrugerbegreb mere vidtgående end det EU-retlige, da en forbruger også kunne være en juridisk person, hvilket ikke er tilfældet efter direktivet.²⁹ Eftersom direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv³⁰, skulle MFL’s definition bringes i overensstemmelse med direktivet, hvorfor bestemmelsen blev ændret ved Lov 2019-12-06 nr. 1309 om ændring af lov om markedsføring, hvor ordet ”juridisk” udgik.

Begrebet *gennemsnitsforbruger* opstod, da reklamevirkningen på en typisk forbruger blev undersøgt i forbindelse med udarbejdelsen af direktivet. Herefter anvendte man begrebet, når det skulle vurderes, hvornår en handelspraksis havde en påvirkende effekt. En gennemsnitsforbruger skal således forstås som; ”*[...]en under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, således som denne fortolkes af Domstolen[...]*”³¹

Der er tale om et dynamisk begreb, hvorfor der skal foretages en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde.³² Yderligere fremgår det også af direktivets art. 5, stk. 2, litra b, at gennemsnitsforbrugeren skal vurderes ud fra, hvilken gruppe, markedsføringen er rettet mod.

Efter ovenstående gennemgang kan det fastslås, at gennemsnitsforbrugeren ikke er et statisk begreb, der kan generaliseres i alle medlemsstater, men at Domstolen og direktivet har opstillet nogle rammer for, hvordan begrebet skal vurderes.³³ Rammerne indebærer, at en gennemsnitsforbruger skal være *almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet* (egen fremhævelse) under hensyn til sociale, kulturelle og sproglige forhold. Begrebet vil formentlig, under disse fastsatte rammer, udvikle sig over tid, da ovennævnte forhold er forhold – der *vil* udvikle sig over tid. De forhold, der skal inddrages

²⁶ Betænkning nr. 1457, 2005, pkt. 5.3, s. 100

²⁷ Dog om særligt sårbare forbrugere, se afsnit 2.3.1.

²⁸ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 42

²⁹ Se hertil 2017-MFL inden ændringen af loven, hvor definitionen lød ”*Forbruger: En fysisk eller juridisk (egen fremhævelse) person [...]*”

³⁰ Totalharmoniseringsdirektiv er EU-retlig regulering, der medfører, at medlemsstaterne er afskåret fra at opretholde eller indføre nationale regler, der afviger fra EU-reglerne.

³¹ Handelspraksisdirektivet, Præambelens 18. betragtning

³² Handelspraksisdirektivet, Præambelens 18. betragtning

³³ Markedsret – del 2, s. 62

i vurderingen, medfører, at medlemsstaterne må definere og anvende begrebet ud fra deres *egne* forhold. Det betyder, at den endelige definition af begrebet skal ske i hvert enkelt tilfælde og for hver enkelt medlemsstat for sig – dog inden for de fastsatte rammer.

2.3.1. Særlige grupper af forbrugere

Under hensyn til ovenstående skal det kort bemærkes, at en *gennemsnitsforbruger*, sådan som det er beskrevet ovenfor, ikke benyttes i alle tilfælde. Dette fremgår også af MFL § 8, stk. 1, 2. led, hvorefter der skal tages særlige hensyn, når markedsføringen rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, f.eks. børn og unge under 18 år. Særlige hensyn tages også efter MFL § 8, stk. 2, der drejer sig om særligt sårbare grupper.³⁴ Her skal begrebet gennemsnitsforbruger i al almindelighed ikke benyttes, da dette ikke vil være et retvisende billede af, hvornår markedsføring over for disse forbrugere vil have en påvirkende effekt. Således benytter man sig af et gennemsnit af den konkrete persongruppe, markedsføringen rettes mod.

Det fremgår af bemærkningerne til MFL § 8, at der med bestemmelsen i MFL § 8, stk. 2 sigtes en særlig beskyttelse for disse udsatte forbrugere. Dette betyder, at den erhvervsdrivende kan holdes ansvarlig, hvis den negative indvirkning over for den særligt sårbare gruppe er eller burde være forudsigtelig for den erhvervsdrivende.³⁵ Specialets fokus ligger dog ikke inden for disse særlige typer af forbrugere, hvorfor dette ikke vil blive gennemgået nærmere.

2.4. Erhvervsdrivende

Erhvervsdrivende skal klart oplyse, når der ved en hvilken som helst handelspraksis er tale om reklame, jf. MFL § 6, stk. 4, 1. pkt. Det er dermed den erhvervsdrivende, der er den ansvarlige ved eventuelle overtrædelser af MFL. Når dette speciale har fokus på influenter og deres ansvar for at overholde denne bestemmelse, er en nærmere definition af en erhvervsdrivende nødvendig, for at fastslå, hvornår en influent anses for at være erhvervsdrivende.

Erhvervsdrivende er defineret i direktivets art. 2, litra b som, ”*en fysisk eller juridisk person, der i forbindelse med en af dette direktiv omfattet handelspraksis udøver virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, og enhver, der handler i en erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne.*”

Denne definition er også efter ændringen af loven i 2017 videreført i MFL og er en meget bred definition, der omfatter både fysiske og juridiske personer og private og offentlige virksomheder. Om en fysisk person driver erhvervsvirksomhed, afhænger af vedkommendes forhold og en samlet vurdering heraf. Det kræves hverken, at vedkommende har fast forretningssted eller udelukkende er erhvervsdrivende. Det er heller ikke nødvendigt, at vedkommende har tilsigtet en gevinst med sin virksomhed, hvorfor såkaldte ”hobbyvirksomheder” også vil være omfattet. Der er dog krav om, at virksomheden skal have et vist omfang og varighed.³⁶

³⁴ Se hvilke grupper i L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 58

³⁵ Ibid.

³⁶ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 43

Af definitionen fremgår, at man også kan anses for erhvervsdrivende, hvis man handler i en erhvervsdrivendes navn eller på dennes vegne.³⁷ Dette kan siges netop at være kernen i influencerens virke, når denne reklamerer for andre virksomheder.

Derfor vil influencer markedsføringsretligt blive behandlet som erhvervsdrivende,³⁸ når de reklamerer for andre virksomheder, uanset om de blot driver deres sociale medie i fritidsøjemed, eller om de har til formål at tjene herved. Dette medfører, at influencer også er forpligtede til at overholde forbuddet mod skjult reklame.

2.5. Transaktionsbeslutning

For at have handlet i strid med MFL §§ 4-7 skal den pågældende handelspraksis, altså i dette tilfælde den skjulte reklame, være egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd, jf. MFL § 8. Heri ligger, at den pågældende handelspraksis skal have en sådan virkning på forbruger, at forbrugeren foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet.³⁹ Derfor er det nødvendigt at undersøge, hvad der ligger i begrebet transaktionsbeslutning.

En *transaktionsbeslutning* defineres i direktivets art. 2, litra k og i MFL § 2, nr. 5, som; ”*En beslutning, der træffes af en forbruger, om, hvorvidt, hvordan og på hvilke betingelser forbrugeren vil købe, foretage fuld eller delvis betaling for, beholde eller afhænde et produkt eller udøve en aftalemæssig rettighed i forbindelse med produktet, uanset om forbrugeren beslutter at foretage en transaktion eller at undlade dette.*”

Definitionen er aldeles bred og medfører, at begrebet dækker over mere end forbrugerens beslutning om at købe eller ikke. Domstolen har udtalt, at også forbrugerens beslutninger, der ikke indebærer selve købet – men har en relation hertil – vil være omfattet. Således vil beslutninger, der er foretaget før og efter et køb også være omfattet af begrebet.⁴⁰ Dette kunne f.eks. være en situation, hvor en forbruger på baggrund af en handelspraksis beslutter sig for at gå ind i en butik.⁴¹

De fleste af forbrugerens beslutninger anses dermed for transaktionsbeslutninger. Også beslutninger *efter* købet er transaktionsbeslutninger – og dette forudsætter ikke, at der er indgået en gyldig aftale mellem den erhvervsdrivende og forbrugeren i aftaleretlig henseende. I den forbindelse bliver en beslutning om at hæve sit køb mv. og dermed en beslutning om ikke at købe også en transaktionsbeslutning.⁴²

Det får en betydning ift. influencers måde at reklamere på. At en reklame fra deres side blot fører til, at man klikker sig ind på den hjemmeside, de refererer til, er således nok til at være en transaktionsbeslutning.

³⁷ Kommissionens Ledsagedokument, s. 35

³⁸ Markedsret – del 2, s. 93

³⁹ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 57

⁴⁰ Kommissionens Ledsagedokument, s. 38

⁴¹ Sag C-281/12: Trento Sviluppo srl, præmis 35-38 – se yderligere om sagen i afsnit 3.2.1.

⁴² L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 43-44

3. Retsgrundlaget

3.1. Indledende

Markedsføringsretten skal regulere konkurrencen mellem erhvervsdrivende og beskytte forbrugere. Her er det forbrugeren, der er det svage led, og de to modstående interesser, der ligger heri, danner derfor behovet for at regulere på området. Markedsføringsretten skal således forsøge at finde en balance mellem på den ene side virksomhedernes afsætningsinteresse og på den anden side forbrugerbeskyttelse.

*”Formålet med markedsføringsloven er, at den skal understøtte en effektiv konkurrence samt gode forbrugerforhold. Markedsføringsloven udgør således en væsentlig rammebetingelse for alle virksomheder og forbrugere i Danmark. Fair konkurrence og en hensigtsmæssig forbrugerbeskyttelse, hvor forbrugerne er beskyttet mod f.eks. at blive vildledt eller udsat for aggressiv markedsføring, understøtter velfungerende markeder.”*⁴³

Markedsføringsretten har et tæt samspil med forbrugerretten. Dog omhandler markedsføringsretten mere end forbrugerbeskyttelse, og forbrugerretten omhandler mere end blot markedsføringsretten. Dermed sagt varetager markedsføringsretten mest af alt den kollektive forbrugerbeskyttelse og ikke den enkelte forbrugers civile retlige forhold.⁴⁴ Selve forbrugerretten er et stort retsområde og vil derfor ikke blive gennemgået nærmere.

MFL er også i høj grad påvirket af unionsretten. Her spiller særligt direktivet en rolle, da det regulerer B2C forholdet, jf. direktivets art. 1. Direktivet er implementeret i dansk ret og har dermed direkte virkning i dansk markedsføringsret, hvorfor en nærmere gennemgang heraf bliver relevant. Yderligere reguleres MFL også af vildledningsdirektivet, der dog kun regulerer B2B forholdet, jf. vildledningsdirektivets art. 1, og derfor ikke gennemgås nærmere i det følgende.

Endeligt er den mest relevante aktør på markedsføringsrettens område FBO, der efter MFL § 25 fører tilsyn med, at MFL's bestemmelser overholdes ud fra hensynet til forbrugerne.⁴⁵ FBO har kompetence til at udstede retningslinjer og vejledninger vedrørende MFL, der dog ikke er bindende. Disse hjælper dog til en fortolkning af MFL. En gennemgang af ovenstående retsgrundlag er relevant for dette speciale for at afdække retsstillingen på området nærmere.

3.2. Handelspraksisdirektivet

Formålet med direktivet er, at *”bidrage til et velfungerende marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau”*, jf. direktivets art. 1. Dette søges gjort ved at harmonisere reglerne om urimelig handelspraksis.⁴⁶ Direktivet finder anvendelse, når noget relaterer sig til *forbrugerens økonomiske interesser*.⁴⁷ Det indeholder regler, der skal beskytte forbrugere mod vildledende handelspraksis.⁴⁸ Direktivets bestemmelser angår nærmere bestemt den form for handelspraksis, der er bestemmende for forbrugernes transaktionsbeslutninger i forbindelse med produkter.⁴⁹

⁴³ L 40-2016-17, almindelige bemærkninger, s. 19

⁴⁴ Markedsføringsretten, s. 25

⁴⁵ Ibid., s. 52-54

⁴⁶ Handelspraksisdirektivet, Præambelns 12. betragtning

⁴⁷ Ibid., Præambelns 6. betragtning og Markedsret – del 2, s. 47

⁴⁸ Ibid., Præambelns 14. betragtning

⁴⁹ Ibid., Præambelns 7. betragtning

Den vildledende handelspraksis refererer til handelspraksis, der bevirker, at forbrugeren bedrages og dermed hindres i at træffe et effektivt valg på informeret grundlag.⁵⁰

Vildledende handelspraksis omfatter skjult reklame, da det er en vildledende udeladelse ikke at angive den kommercielle hensigt med den pågældende handelspraksis, medmindre det allerede fremgår tydeligt af sammenhængen.⁵¹ Selvom direktivets præambels 14. betragtning således kun nævner ”vildledende reklame”, må skjult reklame anses for at være indbefattet heraf. Det er det, fordi skjult reklame netop kan vildlede forbrugeren, der på baggrund af den manglende oplysning om den kommercielle hensigt ikke får tilstrækkelige oplysninger til at træffe en informeret beslutning.

Nedenfor vil direktivets relevante bestemmelser for skjult reklame blive gennemgået. Det anses i denne sammenhæng ikke relevant at gennemgå direktivets art. 6, 8 og 9 nærmere. Fokus vil ligge på art. 5 og 7, da det er heraf, forbuddet mod skjult reklame udledes.

3.2.1. Urimelig handelspraksis

Det fremgår af direktivets art. 3, nr. 1, at direktivet finder anvendelse på erhvervsdrivendes urimelige handelspraksis over for forbrugerne. Af direktivets art. 5, stk. 1 fremgår forbuddet imod en sådan urimelig handelspraksis, og art. 5, stk. 2 definerer, hvornår der er tale om urimelig handelspraksis.

Af art. 5, stk. 2, litra a fremgår, at den pågældende handelspraksis skal være i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt. Begrebet defineres i art. 2, litra h som; ”[...] *standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som skal stå i et rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis og/eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt.*” Begrebet svarer til god erhvervsskik, der defineres i MFL § 2, nr. 9 og udgør således en standard for de erhvervsdrivendes færdigheder og den omhu, som de erhvervsdrivende kan forventes at udvise over for forbrugerne. Dette krav er nu indsat i den nye lovs opdelte generalklausuler og dermed i den nugældende MFL § 4. Grunden til at man valgte at opdele den førhen gældende generalklausul i § 1 i to generalklausuler, var mest af alt for at implementere direktivet korrekt og tydeliggøre, at generalklausulen i MFL § 4 var i overensstemmelse med direktivets art. 5.⁵² Yderligere er anvendelsen af MFL § 4 betinget af, at der er tale om en handelspraksis, der har *kommerciel effekt*, hvilket ikke var tilfældet i den tidligere MFL § 1 såvel som den nugældende § 3.⁵³

Yderligere fremgår det af art. 5, stk. 2, litra b, at en handelspraksis er urimelig, hvis den; ”*væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren [...] eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.*”

Dette suppleres af bestemmelsen i art. 5, stk. 4, hvoraf det fremgår, at en handelspraksis i særdeleshed er urimelig, hvis den er vildledende eller aggressiv. Herudover har direktivet udarbejdet bilag 1, pkt. 1-23 også benævnt ”sortlisten”, der drejer sig om handelspraksis, der *altid* vil være urimelig, hvorfor

⁵⁰ Ibid., Præambels 14. betragtning

⁵¹ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 55

⁵² Markedsføringsretten, s. 66 og L 40-2016/17, s. 27

⁵³ L 40-2016-17 s. 26 og Markedsret – del 2, s. 37

det i disse opregnede tilfælde ikke er nødvendigt at lave en konkret vurdering af den pågældende handelspraksis.⁵⁴

Spørgsmålet er herefter, om der også skal være handlet i strid med den erhvervsmæssige diligenpligt i art. 5, stk. 2, litra a, hvis en handelspraksis er vildledende eller aggressiv efter art. 6-9, da kravet i art. 5, stk. 2, litra a *ikke* gentages i art. 6-9.

I sag C-435/11: CHS Tour Services (afsagt den 19.09.13) var dette spørgsmålet. Af sagen fremgår det, at Team4 Travel, som var et østrigsk rejsebureau, i deres salgsbrochure havde beskrevet visse indlogeringsenheder (hoteller) som ”eksklusive”. Dette skulle betyde, at man ikke kunne booke sig ind på disse hoteller i visse perioder uden at booke igennem Team4 Travel.

Dog udbød CHS Tour Services samme hoteller i samme perioder. Dette betød, at de pågældende hoteller ikke overholdt deres aftale med Team4 Travel. Uden Team4 Travel vidste noget om dette brud, sendte de deres brochurer ud, der nu uden tvivl indeholdt urigtige oplysninger.

På baggrund af dette opstod der tvivl om, om det for at være i strid med art. 6-9 er nok, at en handelspraksis kan foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet, eller om der også skal være handlet i strid med direktivets art. 5, stk. 2, litra a.⁵⁵

Domstolen afkræftede, at der også skulle være handlet i strid med kravet om erhvervsmæssig diligenpligt (i dansk ret god erhvervsskik), idet de anførte, at der under alle omstændigheder var tale om en urimelig handelspraksis, fordi den var vildledende efter art. 6, stk. 1 og dermed urimelig efter art. 5, stk. 4, jf. 5, stk. 1. Domstolen udtalte desuden, at det ikke er nødvendigt at undersøge, om der er handlet i strid med art. 5, stk. 2, litra a om erhvervsmæssig diligenpligt, når alle betingelser i direktivets art. 6, stk. 1 er opfyldt.⁵⁶

Således kan det fastslås, at art. 5, stk. 2, litra a og art. 6-9 *ikke* er kumulative, og at det derfor ikke er nødvendigt at undersøge, om der også er handlet i strid med kravet om erhvervsmæssig diligenpligt, hvis en handelspraksis er i vildledende eller aggressiv efter direktivets art. 6-9. I det tilfælde vil den pågældende handelspraksis nemlig under alle omstændigheder være urimelig og dermed forbudt.

3.2.1.1. Vildledende handelspraksis

På baggrund af ovenstående er det herefter relevant at undersøge, hvad der er indeholdt i betegnelsen ”vildledende handelspraksis”. En vildledende handelspraksis kan både bygge på en vildledende handling og en vildledende udeladelse, jf. direktivets art. 6 og 7. Det relevante heri ligger i art. 7 om de vildledende udeladelser, der er indført i MFL § 6.

Efter art. 7, stk. 1 er en handelspraksis vildledende, hvis den faktisk udelader væsentlige oplysninger, som er nødvendige for gennemsnitsforbrugeren for at træffe en informeret transaktionsbeslutning.

Af art. 7, stk. 2 fremgår det yderligere, at det også betragtes som en vildledende udeladelse, hvis den erhvervsdrivende skjuler væsentlige oplysninger eller præsenterer forbrugeren for væsentlige oplysninger på en måde, der er uklar eller på anden måde uhensigtsmæssig. Endeligt er det vildledende,

⁵⁴ Markedsret – del 2, s. 60

⁵⁵ Sag C-435/11: CHS Tour Services, præmis 22-26

⁵⁶ Ibid., præmis 42-48. Det samme vil gælde for art. 7, 8 og 9.

hvis den erhvervsdrivende ikke angiver den kommercielle hensigt med sin handelspraksis, medmindre dette fremgår tydeligt af sammenhængen.

Art. 7, stk. 2 gengiver dermed det, som i dansk markedsføringsret kendes som skjult reklame, idet den forbyder erhvervsdrivende at undlade at angive den kommercielle hensigt ved en reklame eller anden handelspraksis.

En handelspraksis er kun vildledende, når den kan medføre, at en gennemsnitsforbruger træffer en transaktionsbeslutning, som vedkommende ellers ikke ville have truffet, og når denne handelspraksis indeholder urigtige eller vildledende oplysninger.⁵⁷ Dette har Domstolen bekræftet i flere sager.⁵⁸

I sag C-281/12: Trento Sviluppo og Centrale Adriatica var en forbruger på baggrund af en reklame gået ind i en butik uden at købe noget, da produktet ikke var til rådighed. Man blev på baggrund af uoverensstemmelser i ordlyden på forskellige sprog i tvivl om, hvornår en handelspraksis var vildledende. Spørgsmålet var, om der var tale om kumulative betingelser (ift. om der både skulle foreligge en handelspraksis, der indeholdt urigtige eller vildledende oplysninger og at disse oplysninger skulle kunne medføre, at en gennemsnitsforbruger blev foranlediget til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet).

Dette spørgsmål besvarede Domstolen bekræftende og henviste blandt flere til ovennævnte sag CHS Tour Services.⁵⁹ Selvom sagen her angik art. 6⁶⁰, kan det af dommen udledes, at der kun vil være handlet i strid med art. 7, såfremt en handelspraksis både er vildledende og gennemsnitsforbrugeren ved den givne handelspraksis blev foranlediget til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet.

3.2.2. Væsentlig forvridding af forbrugerens økonomiske adfærd

Af ovenstående fremgår det at en handelspraksis, for at være vildledende efter direktivets art. 7, stk. 1, skal kunne foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet. Spørgsmålet er derfor, hvornår dette anses for at ske.

Af direktivets art. 5, stk. 2, litra b fremgår det, at en handelspraksis er urimelig, hvis den er egnet til *væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd*. Således er der en forskel på ordlyden i direktivets art. 5, stk. 2, litra b og art. 7, stk. 1. Principielt betyder dette, at en handelspraksis efter direktivets art. 7, blot skal foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet, og ikke kræver at en handelspraksis skal være egnet til at forvride forbrugerens økonomiske adfærd væsentligt, som det fremgår af ordlyden i direktivets art. 5, stk. 2, litra b.

Denne forskel får dog ingen praktisk betydning, da kravet om at en handelspraksis skal kunne foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet, er indbefattet i kravet om væsentlig forvridding. Således er kravene de samme, selvom ordlyden adskiller

⁵⁷ Markedsret – del 2, s. 59

⁵⁸ Bl.a. C-281/12: Trento Sviluppo og Centrale Adriatica, sag C-452/10: Pereničová og Perenič og sag C-435/11: CHS Tour Services

⁵⁹ Sag C-281/12: Trento Sviluppo, præmis 30-34

⁶⁰ Art. 6 og 7 har nogenlunde ens ordlyd

sig.⁶¹ Derfor er det således nødvendigt at fastlægge, hvornår en sådan væsentlig forvriddning af forbrugers økonomiske adfærd foreligger.

Væsentlig forvriddning defineres i direktivets art. 2, litra e; "[...] anvendelse af en handelspraksis, som mærkbart indskrænker forbrugers evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet."

Denne definition indebærer, at den pågældende handelspraksis skal være egnet til mærkbart at påvirke gennemsnitsforbrugers evne til at træffe en informeret beslutning. Den påvirkning, der udøves af den erhvervsdrivende, skal altså, for at være omfattet af begrebet "væsentlig forvriddning", være mærkbar nok til at ændre gennemsnitsforbrugers *transaktionsbeslutning*. Det bemærkes, at den væsentlige forvriddning af den økonomiske adfærd ikke henvender sig til den økonomiske værdi af den vare, der reklameres for, dvs. at det er nok, at en forbruger på baggrund af en reklame bliver foranlediget til at købe f.eks. en pakke tyggegummi.

For at det dermed kan afgøres, om en handelspraksis væsentligt forvrider en forbrugers økonomiske adfærd, skal det vurderes, om den givne handelspraksis "kan forventes" at have denne virkning på forbrugeren. Det betyder, at sandsynligheden af virkningen skal vurderes.⁶² Det afgørende er dermed ikke, om gennemsnitsforbrugeren rent faktisk har truffet en transaktionsbeslutning, blot at den pågældende handelspraksis sandsynligvis vil have en sådan virkning for gennemsnitsforbrugeren.⁶³

Dette krav, der også gælder efter implementeringen i dansk ret, gennemgås yderligere nedenfor i afsnit 4.3.

3.2.3. Delkonklusion – hvornår er en handelspraksis urimelig

Ovenstående gennemgang af direktivet har givet et overblik over, hvad der inddrages i vurderingen af, om en handelspraksis er urimelig.

Ved vurderingen tages der således først og fremmest udgangspunkt i sortlisten. Som det fremgik ovenfor under afsnit 3.2.1., vil en handelspraksis altid være urimelig uden at skulle vurderes yderligere, såfremt den er omfattet af denne liste.

Såfremt den givne handelspraksis ikke er omfattet af sortlisten, skal der herefter foretages en konkret vurdering af, om den i stedet strider imod direktivets art. 6-9. Er den nævnte handelspraksis enten vildledende efter art. 6-7 eller aggressiv efter art. 8-9, skal der yderligere vurderes, om den er egnet til at foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet.

Er en af disse kumulative betingelser ikke til stede, vil der ikke være handlet i strid med art. 6-9 og det skal i stedet vurderes, om den givne handelspraksis i så fald strider mod art. 5, og altså dermed både strider mod den erhvervsmæssige diligenspligt, og om den i givet fald også er egnet til væsentligt at forvride forbrugers økonomiske adfærd.

⁶¹ Dette bekræftes også i de specielle bemærkninger på side 57 i L 40-2016-17, som stiller samme krav, som der stilles i handelspraksisdirektivet, og hvoraf det direkte fremgår, at det ikke er et krav, at gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd rent faktisk forvrides væsentligt. Se også Kommissionens Ledsagedokument, s. 40-41

⁶² Kommissionens Ledsagedokument, s. 42

⁶³ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 57

Hvis den pågældende handelspraksis ikke strider imod nogen af de ovenstående regler, vil den ikke være forbudt.⁶⁴

Skulle den givne handelspraksis være i strid med art. 5 eller art. 6-9, vil den være urimelig og dermed ulovlig. En ulovlig handelspraksis og overtrædelse af direktivets bestemmelser skal være sanktioneret i hver enkelt medlemsstat.⁶⁵ I Danmark er dette reguleret i MFL kap. 9.⁶⁶

3.3. Markedsføringsloven

3.3.1. Indledende

MFL af 2017 trådte i kraft den 1. juli 2017 (senest ændret ved L 2018-04-25 nr. 309 og L 2019-12-06 nr. 1309). Loven ændredes på baggrund af lovforslag nr. L 40 af 12. oktober 2016 og en rapport fra udvalg om markedsføringsloven.⁶⁷

I 2014 modtog Danmark en åbningsskrivelse fra Europa-Kommissionen, der mente, at Danmark ikke havde implementeret direktivet korrekt.⁶⁸ Da den teknologiske udvikling i samfundet⁶⁹ samtidigt havde medført mange nye måder, erhvervsdrivende kunne markedsføre sig på, valgte den tidligere regering i slutningen af 2014 at nedsætte udvalget om MFL. Udvalget blev bedt om at foretage et grundigt eftersyn af den tidligere MFL og udarbejde et udkast til en forenklet og overskuelig MFL, der skulle overholde de EU-retlige reguleringer.⁷⁰

Af forarbejderne til MFL fremgår det, at udvalget ved udarbejdelsen af loven har lagt særlig vægt på, at MFL understøtter velfungerende markeder og fair konkurrence – men også en hensigtsmæssig forbrugerbeskyttelse. Yderligere lagde de særligt vægt på, at den nye MFL skulle implementere gældende EU-retlige reguleringer på området korrekt.⁷¹

Overordnet set ligger der tre hensyn bag reguleringen af reklame: Konkurrencehensyn, forbrugerhensyn og hensyn til almenheden.⁷² Udgangspunktet er, at alle må reklamere for deres varer og tjenesteydelser på en hvilken som helst måde. Indskrænkninger heri kræver enten, at reklamen strider mod generalklausulerne i MFL §§ 3 og 4, ellers kræves udtrykkelig lovhjemmel.⁷³

At hensynet til forbrugerne spiller en rolle afspejles bl.a. i, at reklamen nu bliver anskuet på en anden måde. Traditionelt har reklamen været et instrument, der skulle fremme salget for de erhvervsdrivende, og det har altid været et vigtigt konkurrencemiddel. I takt med udviklingen af samfundet har også dette syn på reklamen udviklet sig. Reklamen er nu ikke blot et afsætningsmiddel, reklamen bruges i lige så høj grad til at informere og kommunikere med modtageren af denne. Derfor er det vigtigt og naturligt, at der er regler for, hvordan forbrugerne skal oplyses (MFL § 5), og på samme måde at der er forbud mod at undlade væsentlige informationer (MFL § 6) i kommunikationen med købersiden.⁷⁴

⁶⁴ Markedsret – del 2, s. 61

⁶⁵ Handelspraksisdirektivets præambels 22. betragtning

⁶⁶ Se hertil afsnit 6

⁶⁷ Markedsføringsretten, s. 41

⁶⁸ FT samling af åbningsskrivelser, Åbningsskrivelse nr. 2014/2135 om mangelfuld gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis (direktiv 2005/29/EF)

⁶⁹ Se mere herom i afsnit 1.

⁷⁰ Rapport fra udvalg om MFL, s. 5

⁷¹ L 40-2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16

⁷² Reklameret, s. 104

⁷³ Konkurrence- og markedsføringsret, s. 209

⁷⁴ Markedsret – del 2, s. 54

Det er FBO, der fører tilsyn med, at MFL bliver overholdt, jf. MFL kap. 7.⁷⁵

Nedenfor i afsnit 4 vil MFL § 6, stk. 4 om forbuddet mod skjult reklame blive gennemgået nærmere. Herved inddrages ovenstående under afsnit 3.2. analyserede og gennemgåede begreber og regler.

3.3.2. Formål

Som nævnt ovenfor er formålet med MFL at understøtte fair og effektiv konkurrence samt at sikre gode forbrugerforhold.⁷⁶ Virksomhederne skal drive deres virksomhed på tilbørlig og rimelig måde, hvorved der både skal tages hensyn til virksomhedernes konkurrenter, erhvervsdrivende generelt, forbrugerne og almenheden.⁷⁷

Således bliver den primære funktion for MFL at beskytte konkurrencen erhvervsdrivende imellem, og sikre at virksomhederne ikke driver illoyal virksomhed. Heri ligger også, at aftagere/forbrugere kan træffe informerede og selvstændige valg på et tilstrækkeligt oplyst grundlag.⁷⁸

3.3.3. Anvendelsesområde

MFL's anvendelsesområde fremgår af lovens § 1, stk. 1: ”Loven finder anvendelse på privat erhvervs- virksomhed samt på offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet.”

Loven finder anvendelse, når erhvervsdrivende markedsfører sig på det danske marked. Dette betyder, at markedsføringen (handlingen) skal rettes mod Danmark.⁷⁹

Bestemmelsen indebærer, at enhver handling, der foretages i erhvervsøjemed, er omfattet af loven. Der er intet krav om, at der skal være et afsætningsfremmende formål, eller at handlingerne skal ske med økonomisk vinding for øje⁸⁰ – de skal dog have forbindelse til markedet.

MFL finder både anvendelse på privat og offentlig virksomhed.⁸¹ Når handlingen skal ske ”i erhvervsøjemed”, betyder dette, at virksomhedsformen er underordnet, da det vil være handlingens karakter, der er afgørende for, om handlingen er omfattet af loven.⁸² Således vil enhver handling (og unkladelse), foretaget i erhvervsøjemed og dermed alt fra den indledende reklame over produktion, distribution og salg og til den efterfølgende service og inkasso være omfattet.⁸³

3.4. Forbrugerombudsmanden, E-handelsloven og ICC

3.4.1. Forbrugerombudsmanden (FBO)

Det følger af direktivet, at medlemsstaterne skal sikre, at reglerne håndhæves effektivt, jf. direktivets art. 13. Håndhævelsen skal ske igennem effektive sanktioner, der skal have en afskrækkende effekt. Denne opgave er i dansk markedsføringsret pålagt FBO.

⁷⁵ Se nærmere herom under afsnit 3.4.1.

⁷⁶ Markedsføringsretten, s. 41-42 og L 40-2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16

⁷⁷ Markedsføringsretten, s. 41

⁷⁸ Ibid., s. 21-22

⁷⁹ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 42

⁸⁰ Ibid., s. 41

⁸¹ Om hvornår offentlig virksomhed vil være omfattet, se L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 34

⁸² L 40-2016-17, almindelige bemærkninger, s. 20

⁸³ Ibid., specielle bemærkninger, s. 41

Det fremgår af MFL § 25, at FBO fører tilsyn med, at MFL, og de hertil hørende bekendtgørelser, overholdes.

FBO kan på eget initiativ optage sager til behandling, lige såvel som hun kan gøre det på baggrund af klager.⁸⁴ Det er således også på eget initiativ, at FBO har foretaget den ovenfor under afsnit 1 nævnte undersøgelse, da FBO efter ændringen af MFL i 2017 har haft et væsentligt fokus her.⁸⁵

FBO's institution er underlagt et almindeligt forhandlingsprincip, jf. MFL § 28, stk. 1, hvoraf det fremgår; ”Forbrugerombudsmanden skal ved forhandling søge at påvirke de erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med principperne for god skik og til at overholde loven i øvrigt”.

Denne forhandling vil være første skridt, når FBO bemærker en overtrædelse af loven, jf. MFL § 28, stk. 2, der formentlig vil udløse en indskærpelse over for den givne erhvervsdrivende. Overholder denne ikke indskærpelsen, kan FBO give et stafsanktioneret påbud, jf. MFL § 37, stk. 1.

FBO er dog ikke tillagt kompetence til at nedlægge forbud⁸⁶. I stedet kan hun anlægge sager ved domstolene om forbud og påbud, og hun kan på begæring anlægge sag om erstatning og vederlag, jf. MFL § 32, stk. 1, 2. pkt. Meddeles et forbud/påbud, vil en overtrædelse heraf kunne medføre straf, jf. MFL § 37, stk. 1. I øvrigt fremgår det af MFL § 37, at også overtrædelse af andre af MFL's bestemmelser kan medføre straf i form af bøde, jf. MFL § 37, stk. 2 og 3.

Erhvervsdrivende kan bede FBO om en forhåndsudtalelse. De kan dermed få FBO's syn på en påtænkt handelspraksis, inden denne sættes i værk, hvis der er tvivl om, hvorvidt denne handelspraksis overholder MFL's regler. FBO kan efter MFL § 30 give en forhåndsbesked, hvor hun vurderer og giver sit syn på lovligheden af en forestående handelspraksis fra den erhvervsdrivende.

En sådan forhåndsbesked er ikke bindende, men FBO kan efter afgivelsen af forhåndsbeskeden ikke på eget initiativ optage en sag til behandling vedrørende en handelspraksis, som FBO i medfør af forhåndsbeskeden anså som lovlig (medmindre de faktiske omstændigheder har ændret sig, jf. MFL § 30, stk. 2).⁸⁷ Det betyder dog ikke, at andre med den fornødne retlige interesse, ikke kan anlægge sag om det forhold, som FBO har givet en positiv forhåndsbesked om. Hvis dette sker, og det viser sig, at FBO's forhåndsbesked ikke var korrekt, kan den erhvervsdrivende, der fik forhåndsbeskeden, ikke med henvisning hertil unddrage sig et evt. ansvar eller gøre et sådant gældende mod FBO.⁸⁸

FBO kan påvirke de erhvervsdrivendes adfærd ved at udstede retningslinjer, jf. MFL § 29, stk. 1. Retningslinjerne udstedes efter forhandlinger med repræsentanter for forbrugerne og de relevante erhvervsorganisationer.⁸⁹ Derudover kan FBO udstede vejledninger uden forhandlinger. Retningslinjerne og vejledningerne giver et billede af, hvordan FBO fortolker lovene.⁹⁰ De er ikke bindende for domstolene.

Efter ovenstående gennemgang står det klart, at FBO er en vigtig aktør inden for markedsføringsretten. Hun spiller en vigtig rolle ift. forståelsen af MFL, samtidig med at hendes håndhævelse af MFL's regler er essentiel, da sanktionerne, som FBO kan pålægge de erhvervsdrivende, har den efter direktivets art. 13 ønskede afskrækkende effekt.

⁸⁴ Bek. 2014-11-25 § 1, hvor FBO dog ikke er forpligtet til at behandle klager.

⁸⁵ Særlige indsatsområder og FBO's årsberetning 2017

⁸⁶ Efter MFL § 36, stk. 1 har FBO dog mulighed for at nedlægge midlertidige forbud.

⁸⁷ Markedsføringsretten, s. 81

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Markedsføringsretten, s. 54

⁹⁰ FBO's retningslinjer og vejledninger

3.4.2. E-handelsloven (EHL)

FBO fører ikke kun tilsyn med MFL, men også med EHL mfl.⁹¹ EHL finder anvendelse på tjenester i informationssamfundet, jf. EHL § 1, stk. 1. Begrebet informationssamfundstjenester defineres i samme lovs § 2, nr. 1 som alle tjenester, der har et kommercielt sigte og leveres online på individuel anmodning fra brugeren/tjenestemodtageren. Således er mediet Instagram, som vil blive brugt som eksempel i dette speciale, omfattet.

Den relevante bestemmelse ift. dette speciale er EHL § 9. Heraf fremgår, at al kommerciel kommunikation via en informationssamfundstjeneste skal præsenteres på en måde, så det tydeligt fremgår, at der er tale om en kommerciel kommunikation, og på hvis vegne den kommercielle kommunikation udsendes, jf. EHL § 9, stk. 1. Det er altså et krav, ligesom det er i MFL § 6, stk. 4, at reklamen skal markeres tydeligt, og yderligere stilles der i EHL krav om, at det skal markeres tydeligt, hvem – i dette tilfælde – influenten reklamerer for.

EHL er *lex specialis*⁹² og går dermed forud for MFL ift. online tjenester som Instagram. Således burde det, angående sager om skjult reklame på de sociale medier, være EHL § 9 og ikke MFL § 6, stk. 4 (tidl. § 4), der blev anvendt. Dette er dog ikke slået igennem i FBO's praksis⁹³, hvorfor EHL § 9 ikke vil blive behandlet yderligere. Det bemærkes dog, at EHL § 9 supplerer MFL § 6, stk. 4.^{94,95}

3.4.3. ICC's kodeks for reklame og markedskommunikation

ICC (Det Internationale Handelskammer) repræsenterer tusinder af virksomheder fra mere end 140 lande. Deres opgaver ligger bl.a. i at producere frivillige regelsæt og fastlægge standarder, der følges dagligt i national og international handel.⁹⁶ ”ICC har til formål at fremme en høj etisk standard på markedsføringsområdet.”⁹⁷ Således søger kodekset at skabe en harmonisering og sammenhæng på markedsføringsområdet trods forskellig lovgivning i de forskellige lande. Det søger de at gøre ved netop at tage hensyn til, at der er forskelle i kultur og normer mv. verden over.⁹⁸

Kodekset er selvreguleret og dermed ikke lovfæstet. Domstolene er dermed ikke bundet af dette regelsæt. Dog er det et godt supplement til gældende lov, og det er et udtryk for, hvordan de erhvervsdrivende selv opfatter deres samfundsmæssige forpligtelser.⁹⁹ EU synes at have fundet inspiration fra kodekset¹⁰⁰, og de relevante bestemmelser vil kort blive gennemgået.

Kodekset finder anvendelse på al reklame og anden kommerciel kommunikation. Som nævnt ovenfor under afsnit 2.1. er ordet ”reklame” defineret meget bredt i dette kodeks.¹⁰¹

⁹¹ Markedsføringsretten, s. 54 – andre love, FBO fører tilsyn med, nævnes ikke, da de ikke er relevante for specialet.

⁹² Elektronisk aftaleret, s. 14

⁹³ Fra ”reklame” til ”kommerciel kommunikation”, s. 4

⁹⁴ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 56

⁹⁵ Yderligere svarer MFL § 6, stk. 4 nogenlunde til EHL § 9. Forskellen ligger som det står ovenfor i, at der i MFL § 6, stk. 4 ikke specifikt kræves, at det i forbindelse med en handelspraksis også oplyses, *hvem* den pågældende handelspraksis/reklame udføres for. Dette har dog ikke den store betydning, da dette krav som nævnt er indeholdt i EHL § 9. Dette er baggrunden for, at EHL § 9 supplerer MFL § 6, stk. 4.

⁹⁶ ICC's kodeks, s. 5

⁹⁷ *Ibid.*, s. 7

⁹⁸ *Ibid.*, s. 19

⁹⁹ *Ibid.*, s. 15 og 19

¹⁰⁰ Reklameret, s. 64

¹⁰¹ Se ICC's kodeks s. 20

Den relevante bestemmelse i forhold til dette speciale skal findes i kodeksets art. 9; ”*Kommerciel kommunikation skal klart kunne identificeres som sådan uanset dens form og uanset hvilket medie der anvendes [...] Kommerciel kommunikation, som promoverer salget af et produkt må derfor ikke forklædes som f.eks. [...] bruger-genereret indhold, en privat blog eller en uafhængig anmeldelse.*” Dette stemmer godt overens med MFL og direktivets regler om skjult reklame. Således er det også de erhvervsdrivendes egen opfattelse, at en reklame skal fremstå og kunne identificeres som sådan.

Kodekset er sjældent anvendt i dansk ret, men det antages, at kodekset stadig i dag kan have en indflydelse på, hvordan man i dansk ret fortolker MFL § 3 om god markedsføringsskik¹⁰², da kodekset netop er et udtryk for, hvad de erhvervsdrivende selv anser som god skik. Kodekset vil på baggrund af den manglende brug i dansk ret ikke gennemgås yderligere.

4. Skjult reklame

4.1. Indledende om MFL § 6

I indledningen til dette speciale er det nævnt, at forbuddet mod skjult reklame i dag er særligt relevant. Dette speciale skal klarlægge retsstillingen, når influencer reklamerer på de sociale medier og undersøge, om og i givet fald i hvilket omfang, influencer bliver stillet til ansvar for skjult reklame. FBO har tidligere stillet virksomheder til ansvar for influencers manglende markering af, at et indlæg var reklame. Der er endnu ingen danske domme eller sager fra FBO, hvor influencer selv bliver stillet til ansvar, da FBO tidligere har valgt, *ikke* at rejse sag mod influencer, og blot har gjort influencer opmærksom på, at også de har et ansvar.¹⁰³ Efter FBO's store undersøgelse fra 2018 er 4 influencer dog nu blevet politianmeldt for overtrædelse af bestemmelsen. Anklagemyndigheden har tiltalt den første af de fire. Derfor bliver en analyse af forbuddet mod skjult reklame yderst relevant.

Dette afsnit skal hjælpe med at fastlægge omfanget af forbuddet, og hvornår det finder anvendelse. Herunder skal det analyseres, hvilke reklamer, der falder under forbuddet mod skjult reklame, og herefter hvilke krav der gælder for markeringen af en reklame på de sociale medier. Af MFL § 8 fremgår, at der kun er handlet i strid med §§ 4-7, hvis den pågældende handelspraksis forvrider eller forventes at kunne forvride forbrugerens økonomiske adfærd. Derfor er det afslutningsvist relevant at analysere dette krav.

Som nævnt ovenfor under afsnit 3.2. gælder der et vildledningsforbud i direktivets art. 6 og 7. Dette vildledningsforbud, der omfatter skjult reklame, er i dansk ret hjemlet i MFL § 6, stk. 1 og 4. Forbuddet betyder, at der i de erhvervsdrivendes handelspraksis ikke må være urigtige oplysninger eller udelades væsentlige oplysninger, der kan vildlede gennemsnitsforbrugeren.¹⁰⁴ MFL's forbud mod skjult reklame bygger på en gennemførelse af direktivets art. 5, stk. 1, 3 og 4 og art. 7.¹⁰⁵

Afsnit 3.2. i nærværende speciale danner således grundlag for nedenstående analyse af forbuddet mod skjult reklame.

¹⁰² Juridisk Årbog 1997, afsnit 1.1.

¹⁰³ Se hertil Forbrugerombudsmanden, sag 14/09254

¹⁰⁴ Markedsføringsretten, s. 95

¹⁰⁵ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 51

4.2. MFL § 6, stk. 4 – forbud mod skjult reklame

*”En erhvervsdrivendes handelspraksis må ikke vildlede ved at udelade eller skjule væsentlige oplysninger eller præsentere væsentlige oplysninger på en uklar, uforståelig, dobbeltydig eller uhensigtsmæssig måde.”*¹⁰⁶ Ordlyden af § 6, stk. 1 hænger sammen med § 6, stk. 4, hvoraf det fremgår, at en erhvervsdrivende klart skal oplyse den kommercielle hensigt med en given form for handelspraksis (også reklame).

Formålet med bestemmelsen er, at modtageren af reklamen skal kunne identificere reklamen som sådan og herefter skal kunne vurdere budskabet med den kommercielle hensigt/reklamen på et korrekt oplyst grundlag.¹⁰⁷

Den tidligere omtalte sortliste i bilag 1 til direktivet er overført i dansk markedsføringsret. Således fremgår det af MFL § 9, at de erhvervsdrivende ikke må anvende handelspraksis, som fremgår af sortlisten (bilag 1), uanset om de handler i strid med §§ 4-7 og dermed uanset, om de handler i strid med MFL § 6, stk. 4. Det hænger også sammen med, at de former for handelspraksis, der er oplyst på sortlisten, *altid* anses for enten at være vildledende eller aggressive former for handelspraksis. Konkret betyder dette blot, at en anvendelse af en handelspraksis, der fremgår af sortlisten, vil være forbudt *per se*, og at det dermed bliver unødvendigt med en vurdering af, om MFL §§ 4-7 er overtrådt.

Her fremgår det af nr. 22, at der altid vil være tale om vildledende handelspraksis, hvis; *”Den erhvervsdrivende i modstrid med sandheden hævder eller giver indtryk af, at han ikke handler som led i sit erhverv, sin forretning, sit håndværk eller sin profession, eller han, i modstrid med sandheden udgiver sig for at være forbruger.”*

En influent vil således altid handle i strid med MFL, hvis han, når han reklamerer for en virksomhed, udgiver sig for at være forbruger eller efterlader det indtryk, at der er tale om en ren meningstilkendelse ift. et produkt fra virksomheden.¹⁰⁸

Bestemmelsen i MFL § 6, stk. 4 omfatter alle former for markedsføring (handelspraksis) på et hvilket som helst medie. Det betyder, at det både vil være markedsføring af bestemte produkter, men at ”branding” eller ”imagemarkedsføring” af en erhvervs virksomhed, også kan være omfattet.¹⁰⁹ Det giver god mening, da en virksomheds omdømme har værdi – såkaldt ”goodwill”.

Bestemmelsen omfatter handelspraksis foretaget før, under og efter en handelstransaktion.¹¹⁰

Det er som udgangspunkt den erhvervsdrivende, for hvem der reklameres, der bliver ansvarlig, hvis den kommercielle hensigt med en given handelspraksis ikke klart er oplyst, og der derfor er handlet i strid med forbuddet i MFL § 6, stk. 4.¹¹¹

¹⁰⁶ MFL § 6, stk. 1

¹⁰⁷ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 55

¹⁰⁸ Det bemærkes, at det fremgår af sortlistens nr. 11, at en handelspraksis er urimelig, hvis en erhvervsdrivende anvender redaktionelt indhold i medierne til at promovere produkter, hvor den erhvervsdrivende har betalt for en sådan promovering, og den erhvervsdrivende ikke oplyser tydeligt herom. Dette minder således om det forbud, der findes i MFL § 6, stk. 4. Forskellen på de to er dog, at der i MFL § 6, stk. 4 ikke er et krav om, at der skal være indgået en aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten, eller at influenten skal have modtaget betaling, da der blot skal være kommerciel hensigt. Sortlistens nr. 11 vil ikke blive gennemgået nærmere. Se hertil Markedsføringsretten, s. 179.

¹⁰⁹ Se hertil L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 43, hvoraf det fremgår, at også imagemarkedsføring er omfattet af begrebet handelspraksis.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Budskaber fra informationsmøde, s. 2

Når virksomheder bruger influenter til at hjælpe med markedsføringen, sker dette oftest på to forskellige måder. Enten indgår virksomheden en aftale direkte med den relevante influent, eller virksomheden indgår en aftale med et reklamebureau, der repræsenterer den influent, virksomheden gerne vil bruge. Der er således flere end et led i denne markedsføringsmetode, hvilket betyder, at der er flere, der kan holdes til ansvar efter medvirkensansvaret i STRFL § 23. Dette var tilfældet i en sag fra FBO, hvor en sangerinde havde lavet nogle opslag på Instagram uden at markere dem med reklame. Sangerinden var repræsenteret ved et mediebureau, og det var i denne sag kun mediebureauet og virksomheden selv, der blev holdt ansvarlige. Dog gjorde FBO sangerinden opmærksom på, at hun også kunne ifalde ansvar.¹¹²

Hvis den erhvervsdrivende, der har benyttet sig af en influent, har gjort hvad denne kunne for at sikre sig, at influenten ved, at det skal markeres tydeligt, når influenten reklamerer, opfylder vedkommende dog sin pligt, og ansvaret overgår som udgangspunkt til influenten, der anses som erhvervsdrivende.¹¹³

Hvornår er en handelspraksis omfattet af bestemmelsen i MFL § 6, stk. 4?

Grundlæggende skal der være tale om en reklame, som kan dækkes under bestemmelsens krav hertil. Det betyder, at der skal være kommerciel hensigt til stede, for at en situation er omfattet af bestemmelsen.¹¹⁴ Yderligere er det naturligvis et krav, at reklamen kan anses for at være skjult, eller at der ikke er oplyst tydeligt og tilstrækkeligt om den kommercielle hensigt. Hvis ovenstående er tilfældet, skal det herefter vurderes, om den skjulte reklame er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd, jf. MFL § 8, stk. 1. Forvrider den pågældende handelspraksis ikke gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd væsentligt, er kravet i MFL § 8, stk. 1 ikke opfyldt, og bestemmelsen er ikke overtrådt. Dette betyder dog ikke, at den erhvervsdrivende ikke kan have overtrådt reglerne om god markedsføringsskik i MFL § 3, hvor der, som bekendt, ikke er noget krav om, at forbrugerens økonomiske adfærd skal kunne forvrides.¹¹⁵

De følgende afsnit vil gennemgå ovenstående krav punkt for punkt.

4.2.1. Reklame – Kommerciel hensigt

Som nævnt ovenfor er det et krav, at den erhvervsdrivende har en kommerciel hensigt med en given handelspraksis, for at der kan blive tale om reklame i strid med MFL § 6, stk. 4. Dette krav var i den tidligere gældende lovs § 4 suppleret af et krav om, at der skulle foreligge en egentlig aftale mellem influenten og den erhvervsdrivende.¹¹⁶

Kravene til den enkelte aftale blev med Arla-sagen tydeliggjort af FBO.¹¹⁷ Her udtalte FBO, at det var uden betydning, hvem der havde taget initiativ til aftalen. Skulle det således være influenten, der har taget kontakt til den erhvervsdrivende i forbindelse med en aftale, vil der således stadig altid være en kommerciel hensigt til stede.

¹¹² Forbrugerombudsmanden, sag 14/09254

¹¹³ Rapport fra udvalg, s. 214-215 og FBO's undersøgelse, s. 3. Se mere herom i afsnit 6

¹¹⁴ L 40-2016-17, specielle bemærkninger s. 55

¹¹⁵ Se ovenfor under afsnit 3.2.1.

¹¹⁶ L 13-2005-06, specielle bemærkninger, s. 701

¹¹⁷ Se mere om selve sagen ovenfor under afsnit 2.2.

Yderligere udtalte FBO, at det var op til en konkret vurdering, om der forelå en aftale om reklame. I dette tilfælde var det ikke tydeligt, at der var tale om en aftale med kommerciel hensigt, men FBO lagde vægt på, at Arla havde et ønske om, at influenten skulle poste billeder af og omtale produktet på sin blog. Derfor var der tale om en reklame. Der stilledes altså ikke de store krav til, hvad der skulle til for, at der forelå en aftale.

Kravet, om at der skal foreligge en aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten, blev med den nye lov fjernet, hvorfor det i dag kun er et krav, at der er en kommerciel hensigt med den pågældende handelspraksis.¹¹⁸ Det betyder, at ændringen af loven har medført en materiel ændring. Bestemmelsen vil med sin nye ordlyd opfange flere situationer, der vil være omfattet af MFL § 6, stk. 4. Derudover medfører ændringen af loven ingen andre materielle ændringer i retstilstanden på området for skjult reklame.¹¹⁹ Der kræves stadig en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde for at fastslå, om den erhvervsdrivende har en kommerciel hensigt med en given handelspraksis. Under afsnit 4.1. er det nævnt, at der endnu ikke er dansk retspraksis på området, der belyser vurderingen og momenterne heri. Hjælp hertil skal derfor findes i FBO's materiale og forarbejderne til MFL.

Det fremgår af forarbejderne, at der altid vil være kommerciel hensigt, såfremt en erhvervsdrivende har henvendt sig til en influent med den hensigt, at indgå en aftale med influenten.¹²⁰ Det er her uden betydning, om aftalen er indgået skriftligt, mundtligt eller stiltiende.¹²¹ Yderligere har det ingen betydning, om virksomheden stiller krav til influenten om, hvordan denne skal reklamere eller omtale produktet, eller om influenten har "frie hænder".¹²²

På trods af at der således ikke er indgået en aftale, kan der være indikatorer på, at der er kommerciel hensigt. Her gælder der en formodning for, at den erhvervsdrivende har kommerciel hensigt, hvis denne giver en influent et produkt i gave til eje, eller hvis den erhvervsdrivende f.eks. sender en influent et produkt, for at denne skal teste det.¹²³ Det stemmer således overens med Arla-sagen, hvor influenten havde modtaget et produkt i gave, men hvor der ikke blev stillet yderligere krav til influenten, men virksomheden alligevel skrev til influenten, at denne "gerne måtte omtale produktet på sin blog eller Instagram".

Spørgsmålet er herefter, hvornår der ikke vil være kommerciel hensigt til stede. Dette kan være tilfældet, hvis en influent selv har købt et produkt uden at have nogen kontakt til virksomheden, produktet er fra, og fortæller sine følgere herom i et indlæg, fordi influenten synes produktet er godt.

Det kan herefter overvejes, om der kan opstå en efterfølgende kommerciel hensigt. Såfremt influenten eksempelvis modtager produkter i gave fra virksomheden på baggrund af den førnævnte uopfordrede omtale, antages det, at den kommercielle hensigt opstår – i hvert fald hos virksomheden. Her er det overvejende sandsynligt, at virksomheden vil have en kommerciel hensigt, når de henvender sig til influenten på baggrund af et opslag om deres produkter. Dette kan henføres til den formodningsregel, der gælder, når erhvervsdrivende sender gaver eller lignende til influenter.

¹¹⁸ Budskaber fra informationsmødet, s. 5 og L 40-2016-17, almindelige bemærkninger s. 29 og specielle bemærkninger s. 55

¹¹⁹ Rapport fra udvalg om MFL, s. 70

¹²⁰ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 55

¹²¹ Gode råd til influenter, s. 2

¹²² Spørgsmål til FBO, se spg. 4

¹²³ Budskaber fra informationsmødet, s. 5

Den kommercielle hensigt vil efter min opfattelse også kunne opstå hos influenten, såfremt influenten efter sit første indlæg modtager en gave eller andet fra virksomheden, og herefter igen laver et indlæg. Jeg mener dog ikke, at der vil opstå nogen efterfølgende kommerciel hensigt hos influenten, hvis influenten modtager en gave på baggrund af et oprindeligt uopfordret indlæg, og ikke omtaler virksomheden og dennes produkter igen efter modtagelsen af gaven.

Så længe en influent altså omtaler et produkt uden betaling, kontakt eller lignende til virksomheden, er der som udgangspunkt ikke tale om reklame.¹²⁴ Det ville være svært at statuere uagtsomhed eller forsæt på baggrund af, at man anbefaler et produkt uden nogen form for kontakt til den virksomhed, der har produceret produktet.¹²⁵ Dette gælder i øvrigt for både influenten og virksomheden.

Det kan virke forvirrende, at der kan være kommerciel hensigt til stede, selvom der ikke foreligger nogen aftale. De situationer, der dog er tænkt i disse tilfælde, er situationer, hvor influenten og virksomheden har kontakt på en eller anden måde, men dog ikke indgår nogen eksplicit aftale, dvs. f.eks. hvis en virksomhed sender en gave til en influent.

Det antages dog, at der ikke kan foreligge nogen kommerciel hensigt fra den erhvervsdrivende, når denne ikke har nogen form kontakt med den influent, der omtaler vedkommendes produkt. Det vil der ikke være, fordi den erhvervsdrivende, der udvikler eller sælger produktet, ikke har nogen viden om influentens handlinger og dermed ikke *kan* have nogen hensigt overhovedet. Derudover vil influenten i denne situation, som udgangspunkt, heller ingen kommerciel hensigt have med indlægget.¹²⁶

Sammenfattende kan det konstateres, at der altid vil foreligge kommerciel hensigt, hvis en influent efter aftale med en virksomhed får betaling, gaver eller andre fordele for at skrive om en virksomheds produkt. Det samme gælder, hvis en influent omtaler et produkt uden udtrykkelig aftale med en erhvervsdrivende, men dog har modtaget en gave fra virksomheden, og omtalen giver virksomheden reklameværdi.

I ovennævnte tilfælde stilles der således krav om, at influenten skal tydeliggøre/markere opslag som reklame.

4.2.2. Reklame skal markeres tydeligt - identifikationskravet

Det fremgår af MFL § 6, stk. 4, at den kommercielle hensigt med en handelspraksis *klart* skal oplyses af den erhvervsdrivende. Det er således relevant at undersøge, hvad der ligger i ”*klart* oplyse” (egen fremhævelse).

Der skal imidlertid ifølge MFL § 6, stk. 5 tages hensyn til, om den erhvervsdrivende har anvendt et medie, der kun giver begrænset *plads* eller *tid* til at formidle oplysningerne, herunder den kommercielle hensigt. Yderligere skal der også tages hensyn til, om den erhvervsdrivende i givet fald har gjort sit for i stedet at oplyse forbrugeren herom på anden måde.¹²⁷

Uanset, at der kan være begrænset plads, vil der kunne være væsentlige oplysninger, der uden hensyn til plads eller tid på det pågældende medie, vil være vildledende at udelade. Begrænsninger i et medies

¹²⁴ Budskaber fra informationsmødet, s. 5

¹²⁵ Se lidt nærmere herom i afsnit 6

¹²⁶ Denne hensigt kunne dog formentlig foreligge i det tilfælde, hvor influenten har skrevet indlægget mhp. at opnå et evt. samarbejde med virksomheden

¹²⁷ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 56 og Markedsføringsretten, s. 175

plads eller tid vil ikke give den erhvervsdrivende tilladelse til at udelade væsentlige oplysninger, blot fordi der er denne begrænsning (dette ville jo medføre, at forbuddet mod skjult reklame ville være en del lempeligere). De begrænsninger, der måtte være, *skal* således være til hinder for, at den erhvervsdrivende har mulighed for at give oplysningerne på det pågældende medie.¹²⁸

Instagram har som sådan ikke nogen begrænsning i plads eller tid. Der er meget plads til brødtekst i et opslag, og hvis man laver en "historie"¹²⁹, kan man lave så mange man vil og samtidig skrive en tekst henover en video eller et billede. Det vil derfor formentlig aldrig være tilfældet, at influenten ikke har mulighed for at tydeliggøre den kommercielle hensigt med et indlæg på Instagram.

Efter direktivets art. 7, stk. 2, er det en vildledende udeladelse ikke at angive den kommercielle hensigt med den pågældende handelspraksis, medmindre den allerede fremgår tydeligt af sammenhængen. Dette medfører, at kravet om at reklame skal markeres tydeligt, ikke nødvendigvis indebærer, at det *skal* fremgå i skriftlig form.¹³⁰ Fremgår den kommercielle hensigt af indlægget *i sig selv*¹³¹, vil der ikke være tale om skjult reklame, på trods af, at den kommercielle hensigt ikke er markeret skriftligt.¹³²

Spørgsmålet er herefter, *hvordan* man tydeligt markerer, at der er tale om reklame. Dette fremgår hverken af loven eller forarbejderne. Derfor er det som udgangspunkt op til influenten selv, hvordan denne vil tydeliggøre den kommercielle hensigt med sit indlæg.¹³³ Det eneste krav, der således stilles, er at influenten gør det klart, at der er tale om reklame, og at denne endvidere oplyser, *hvem* der reklameres for. Dette krav er fastslået af de nordiske forbrugerombudsmænd¹³⁴ og kravet fremgår også af EHL § 9, der supplerer MFL § 6, stk. 4 på dette område.¹³⁵

FBO har lavet vejledning med "Gode råd til influenter", der nærmere omtaler, hvornår og hvordan influenter skal markere indlæg med kommerciel hensigt. Heraf fremgår det, at det er helhedsindtrykket, der er det afgørende i vurderingen af, om der er tale om skjult reklame. Her har bl.a. placeringen af reklamemarkeringen betydning for, om man overholder identifikationskravet. Herudover har layout, skriftstørrelse, -type, og -farve betydning, og det spiller ydermere ind, hvem reklamen retter sig mod og herunder, hvilke ord der bruges til at markere opslaget med.¹³⁶

Hvis man således i starten af sit indlæg skriver, at der er tale om reklame, vil man handle i overensstemmelse med kravet om identifikation. Det må ikke være nødvendigt for en forbruger at skulle lede efter en markering af reklame i et indlæg.¹³⁷

Som det er nævnt, har det også betydning, hvilke ord der bruges til at oplyse om den kommercielle hensigt. FBO har udtalt, at der reelt ikke er det store spillerum for influenter.¹³⁸ Det vigtige er, at forbrugeren er klar over, at det er en reklame, de ser, når de ser indlægget.¹³⁹ Således vil det ikke

¹²⁸ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 56

¹²⁹ En "historie" er en funktion fra Instagrams side, hvor billedet eller videoen forsvinder efter 24 timer.

¹³⁰ Budskaber fra informationsmøde, s. 9

¹³¹ Det kunne f.eks. være en situation, hvor en virksomhed har deres egen Instagram profil, og her reklamerer for deres produkter på denne profil. Der vil virksomhedens følgere vide, at indlæg fra denne side er reklame.

¹³² Budskaber fra informationsmøde, s. 1

¹³³ Gode råd til influenter, s. 2

¹³⁴ De nordiske forbrugerombudsmænds standpunkt til markedsføring via sociale medier, s. 7

¹³⁵ Se kort om EHL § 9 i afsnit 3.4.2.

¹³⁶ Budskaber fra informationsmøde, s. 2

¹³⁷ Budskaber fra informationsmøde, s. 2

¹³⁸ Gode råd til influenter, s. 3

¹³⁹ Ibid., s. 2

være tilstrækkeligt, hvis influenten blot skriver "Ad" (kort for Advertisement), "spons" (kort for sponsoreret). Ordene skal af forbrugerne klart kunne opfattes som reklamemarkeringer. Det er ydermere heller ikke nok, hvis influenten blot "tagger"¹⁴⁰ virksomheden, da FBO ikke mener, at det er tilstrækkeligt til, at forbrugeren bliver opmærksom på, at der er tale om reklame.¹⁴¹

Udover ovenstående har sproget også en betydning. Derfor skal et indlæg, der henvender sig til danske forbrugere og er skrevet på dansk, være markeret med danske ord. Såfremt man i sin reklame henvender sig til engelske forbrugere og skriver sit opslag på engelsk, er det dog tilstrækkeligt at markere sit indlæg med engelske ord, som f.eks. "Advertisement".¹⁴²

De sociale medier er i konstant udvikling, og derfor opstår der ofte nye funktioner på de enkelte medier. En forholdsvis ny funktion findes på Instagram, hvor en influent nu kan tilføje en standard tekst til sit indlæg og ved hjælp deraf oplyse om den kommercielle hensigt. Dette kommer på Instagram til udtryk på den måde, at et indlæg kan markeres med "*Betalt partnerskab med [virksomheds navn]*". Her bliver spørgsmålet, om det opfylder kravet til markeringen af reklame, både ift. ordvalg, men også ift. placeringen af markeringen.

Da dette er en forholdsvis ny udvikling, har FBO endnu ikke taget stilling til, om denne markering opfylder identifikationskravet. Hun udtrykker dog, at der er eventuelle problemer i denne markering; nemlig placeringen og ordvalget.¹⁴³ Ordene "betalt partnerskab" giver ifølge FBO måske ikke klart nok udtryk for, at der er tale om reklame.¹⁴⁴ FBO vil endnu ikke forfølge sager, der angår denne standardmarkering, førend hun og de nordiske forbrugerombudsfolk har taget stilling til, om markeringen overholder identifikationskravet, men opfordrer dog til, at influenter markerer deres opslag på anden vis.¹⁴⁵

4.2.2.1. Kort om børn og unge

Som det er nævnt ovenfor under afsnit 2.3. og 2.3.1. vil gennemsnitsforbrugeren i nogle tilfælde ikke være anvendelig, når det skal vurderes, om der er handlet i strid med forbuddet mod skjult reklame. Dette gør sig f.eks. gældende for børn. Her skal der ved vurderingen af, om den pågældende handelspraksis er egnet til væsentligt at forvride forbrugeren økonomiske adfærd, tages udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.¹⁴⁶ Jo yngre en målgruppe er, desto mere skærpes kravene til de erhvervsdrivende, og desto mindre skal der til for, at MFL kan anses for overtrådt.¹⁴⁷

Det fremgår af lovforarbejderne til 2017-MFL, hvilke momenter der skal inddrages ved vurderingen af, hvornår en handelspraksis er rettet mod børn og unge; "*Der skal foretages en konkret helhedsvurdering fra sag til sag, hvor flere forskellige forhold kan være af betydning for, om en handelspraksis kan siges at være rettet mod børn og unge. I vurderingen kan der bl.a. lægges vægt på den konkrete*

¹⁴⁰ At tage foregår på Instagram sådan, at du bruger @ og så skriver virksomhedens navn. Således kan den enkelte bruger ved at trykke på dette navn komme direkte ind på virksomhedens Instagram-side. Det kan også være et # (hashtag), hvor man skriver virksomhedens navn. Dette fører ikke brugeren ind på virksomhedens Instagram-side, men fører brugeren hen til andre opslag, der indeholder samme "hashtag".

¹⁴¹ Gode råd til influenter, s. 3

¹⁴² Budskaber fra informationsmødet, s. 8

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Spørgsmål til FBO, se spg. 2

¹⁴⁵ Ibid. – se nærmere om denne markering i afsnit 5

¹⁴⁶ Børn, unge og markedsføring, s. 7

¹⁴⁷ Ibid., s. 4

*handelspraksis udformning og indhold, hvor den konkrete handelspraksis optræder, det markedsførte produkt, og om der anvendes børn i den konkrete handelspraksis.”*¹⁴⁸

Dermed skal der altså foretages en vurdering i hvert enkelt tilfælde, hvor det b.la. skal vurderes, om indholdet af reklamen – altså selve produktet – retter sig mod en bestemt gruppe, hvilket medie indholdet bringes på, og evt. om der anvendes børn eller unge i reklamen. Dermed vil en reklame, der specielt fanger børns interesse, være rettet mod dem. På trods af, at en handelspraksis tilsyneladende ikke retter sig mod børn og unge, kan andre forhold bevirke, at den pågældende handelspraksis alligevel anses for at henvende sig til børn og unge. Disse forhold kunne f.eks. være, at influenten selv falder under kategorien børn og unge.¹⁴⁹

Identifikationskravet er strengere, når markedsføringen retter sig mod børn og unge. Den kommercielle hensigt skal markeres tydeligt med et sprog, som denne forbrugergruppe forstår. Heller ikke i dette tilfælde mener FBO, at ordvalget ”sponsoreret af” mv. er tydeligt nok. Det afgørende er, om de børn og unge, reklamen er rettet mod, forstår, at der er tale om reklame.¹⁵⁰

4.3. MFL § 8 – væsentlig forvriddning af gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd

Som nævnt ovenfor under afsnit 4.1. er det et krav, at gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd forvrides eller kan forventes at forvrides væsentligt, førend forbuddet mod skjult reklame er overtrådt. Dette krav er implementeret i MFL § 8 og gennemfører direktivets art. 5, stk. 2, litra b, som er gennemgået kort ovenfor under afsnit 3.2.2.

”Væsentlig forvriddning” er defineret i direktivets art. 2, litra e og samme definition er medtaget i MFL § 2, nr. 6.¹⁵¹ Som nævnt ovenfor under afsnit 3.2.2. er ordlyden af kravene til overtrædelse af art. 5 og art. 6-9 forskellige. Denne forskel er ikke medtaget i MFL, da MFL i § 8 kræver væsentlig forvriddning for både §§ 4 og 5-7. Efter ordlyden i direktivet burde det derfor kun være et krav til ordlyden i MFL § 4 (der implementerer direktivets art. 3, stk. 1 og 5, stk. 1-3), at en handelspraksis skal være egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd. Dette krav burde, hvis direktivet skal være implementeret korrekt, ikke gælde for MFL § 6 (der implementerer direktivets art. 5, stk. 1 og 3-4 (og dermed netop ikke stk. 2) og art. 7). Dette giver dog ingen anledning til problemer.¹⁵²

Når man altså fortolker MFL §§ 5-7 under hensyn til direktivet og dermed kvalificerer en handelspraksis som aggressiv eller vildledende, medfører dette i sig selv, at der sker en mærkbar indskrænkning af forbrugerens evne til at træffe en transaktionsbeslutning.¹⁵³

Dette medfører, at der formentlig ikke stilles store krav til, hvornår en handelspraksis forvrider en gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd.

Sammenfattende betyder ovenstående, at der i MFL § 8 stilles krav om, at den pågældende handelspraksis mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning. Derfor skal det i alle situationer vurderes, om den pågældende handelspraksis er *egnet* til at påvirke gennemsnits-

¹⁴⁸ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 58, der henviser til s. 48

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Forbrugerombudsmanden, sag 14/05699 og Børn, unge og markedsføring, s. 20

¹⁵¹ Se afsnit 3.3.2.

¹⁵² Se nærmere herom i analysen i afsnit 3.2.2.

¹⁵³ Markedsføringsretten, s. 116

forbrugeren på denne måde. Det er *sandsynligheden* af den virkning, som den pågældende handelspraksis *kan have* for gennemsnitsforbrugers transaktionsbeslutning, der skal vurderes. Når der i denne sammenhæng bruges ordene ”kan have” betyder det, at det ikke er et krav, at forbrugeren rent faktisk træffer en transaktionsbeslutning, denne ikke ville have truffet.¹⁵⁴

Vurderingen sker ud fra gennemsnitsforbrugers viden, som det er gennemgået ovenfor under afsnit 2.3. Når denne viden vurderes, ”[...] skal der tages hensyn til alle relevante faktorer, bl.a. den økonomiske kontekst og forholdene på det pågældende marked og under hvilke omstændigheder produkterne sælges. Der skal endvidere tages hensyn til betydningen af produkternes egenskaber, hvilke oplysninger, der gives forbrugere, hvor klare disse oplysninger er, og hvordan den pågældende handelspraksis præsenteres.”¹⁵⁵ Det betyder, at jo klarere og mere omfattende oplysninger en erhvervsdrivende giver sine forbrugere, des mindre sandsynlighed er der for, at den pågældende handelspraksis vil vurderes til at være egnet til at forvride gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd.

Som det er nævnt ovenfor under afsnit 2.3. vurderes en gennemsnitsforbrugers viden ud fra sociale og kulturelle forhold mm. i hver enkelt medlemsstat for sig. Det medfører også, at en handelspraksis kan blive vurderet forskelligt alt efter, hvilken medlemsstat der er tale om. Yderligere betyder det for de erhvervsdrivende, at de i nogle medlemsstater skal give flere oplysninger til forbrugere end andre, da vurderingen af gennemsnitsforbrugers viden er forskellig. Vurderingen i de enkelte medlemsstater må inddrage andre medlemsstater for at se, om en handelspraksis almindeligvis anvendes i disse medlemsstater, hvilket dermed kan medføre en lempeligere vurdering.¹⁵⁶

Sammenfattende betyder ovenstående, at vurderingen af, om en handelspraksis væsentligt forvrider eller forventes væsentligt at forvride gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd, foretages ud fra en gennemsnitsforbrugers viden. Yderligere skal der i forbindelse med denne vurdering tages hensyn til særlige grupper af forbrugere, jf. MFL § 8, stk. 2, hvorefter man vurderer egnetheden til væsentlig forvridding ud fra et gennemsnitligt medlem af den gruppe, som den pågældende handelspraksis måtte være rettet mod.¹⁵⁷

4.4. Delkonklusion

Den store revision af MFL i 2017 har haft betydning for forbuddet mod skjult reklame. Selvom der ikke er sket større materielle ændringer, har revisionen alligevel medført en grundlæggende materiel ændring: Influenter kan nu nemmere holdes til ansvar for overtrædelse af forbuddet mod skjult reklame, da det efter gældende ret er uden betydning, om der foreligger en aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten. Det eneste krav, der stilles, er at den erhvervsdrivende/influenten skal have haft kommerciel hensigt med sin handelspraksis. Denne kommercielle hensigt vil således være til stede hos et indlæg fra en influent, hvori vedkommende i en reklame omtaler en virksomheds produkt.

Det er ovenfor gennemgået, at der vil være kommerciel hensigt til stede, hvis den pågældende handelspraksis kan formodes at have reklameværdi for virksomheden, og den influent, der omtaler produktet, enten har fået produktet i gave eller bliver betalt på anden vis. Der foreligger ikke kommerciel hensigt, hvis influenten blot af egen erfaring roser eller omtaler produktet i et indlæg, uden at denne

¹⁵⁴ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 57

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 57-58

¹⁵⁷ Se også 2.3.1. og 4.2.2.1.

modtager noget herfor fra den erhvervsdrivende. Samtidigt antages det, at der kan opstå en efterfølgende kommerciel hensigt hos virksomheden/influenten, såfremt en influent modtager en gave på baggrund af et indlæg, denne har lavet uden forudgående kontakt til en virksomhed, men denne derefter modtager en gave og på baggrund heraf laver et nyt indlæg.

Der er intet forbud imod at reklamere. Således er ovenstående som udgangspunkt ikke i strid med MFL § 6, stk. 4. Såfremt influent ikke overholder ovennævnte identifikationskrav, vil reklamen være skjult. I vurderingen af, om identifikationskravet er opfyldt, skal der laves en helhedsvurdering af influentens omtale, hvori der lægges vægt på, hvordan influent har markeret sit indlæg som reklame, herunder hvor denne markering er skrevet, skriftstørrelse- og farve og ordvalg. Det essentielle er, at forbrugeren skal være klar over, at de bliver eksponeret for en reklame med det indlæg, de ser.

Som det sidste led heri skal det, hvis identifikationskravet ikke er overholdt, efter MFL § 8 vurderes, om influentens indlæg er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Den omtalte forbruger er en gennemsnitsforbruger, hvor der ved vurderingen tages udgangspunkt i dennes viden. Denne forbrugers viden kan være forskellig fra medlemsstat til medlemsstat. Såfremt den pågældende handelspraksis er egnet til at foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne uden den pågældende handelspraksis ikke ville have truffet, vil MFL § 8 være opfyldt, og der vil være handlet i strid med MFL § 6, stk. 4. I vurderingen af, om MFL § 8 er opfyldt, lægges der vægt på, hvordan forbrugerne får præsenteret de givne oplysninger, hvilke oplysninger dette er, og hvor klare oplysningerne er.

En handelspraksis skal være egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd, førend der er handlet i strid med MFL §§ 4-7. Såfremt en handelspraksis ikke er egnet hertil, kan influentens indlæg i stedet være i strid med god skik efter MFL § 3, stk. 1. Ovenfor under afsnit 4.3. kan det udledes, at der ikke stilles store krav til, at MFL § 8 anses for opfyldt.

5. Eksempler fra de sociale medier – er det skjult reklame?

Efter ovenstående gennemgang af den teoretiske del af indholdet af forbuddet mod skjult reklame, vil dette speciale i afsnit 5 belyse bestemmelsen i MFL § 6, stk. 4 gennem praktiske eksempler. Dette finder jeg relevant på baggrund af den manglende praksis på området. Som ovenfor nævnt har Anklagemyndigheden rejst tiltale mod en influent på baggrund af MFL § 6, stk. 4, men da der endnu ikke er afsagt dom i denne sag¹⁵⁸, skildrer dette afsnit bestemmelsen på baggrund af 2 udvalgte eksempler fra Instagram.

I analysen af disse eksempler skal det ud fra afsnit 3 og 4 i dette speciale analyseres, om der med de pågældende indlæg foreligger kommerciel hensigt, og således om der er tale om reklame. Herefter vil det blive vurderet, om de pågældende indlæg opfylder identifikationskravet, dvs. om influent har markeret den kommercielle hensigt med sit indlæg tydeligt. Afslutningsvist skal det vurderes, om indlægget er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd.

¹⁵⁸ Den 13/04-2020

5.1. Indlæg 1

5.1.1. Kommerciel hensigt?

Det første der skal undersøges, når det skal vurderes, om et indlæg fra en influent er reklame, er om der foreligger den fornødne kommercielle hensigt. Dette er en betingelse for, at der kan stilles krav om, at influenten i dette eksempel skal oplyse om den kommercielle hensigt – og dermed skal markere sit indlæg med ”reklame” eller ”annonce”.

En tidligere reality-deltager har ca. 62.500 følgere på Instagram. Hun har været med i et dansk reality-program for få år tilbage og har den vej igennem skabt sig en base af følgere. Denne base er primært unge kvinder, og hendes profil er mest af alt en modeprofil. Hun når således ud til mange unge kvinder, hvilket kan tale for, at de erhvervsdrivende, der henvender sig, har en kommerciel hensigt.

På det billede, der er fundet, har influenten et sæt tøj på, hvortil hun har indsat et link, så man henføres direkte til produktet på virksomhedens hjemmeside. Dette er det eneste, der foregår på billedet, og det er tydeligt, at det er nederdelen, der er produktet, da influenten har skrevet en tekst på billedet; ”Prikket nederdel”. Dette er en indikation på, at der foreligger kommerciel hensigt.

Yderligere vil det tale for, at der er den fornødne kommercielle hensigt, hvis influenten har fået produktet i gave eller modtaget andet for at omtale produktet.¹⁵⁹

Det kan dog ikke med sikkerhed siges, om influenten har modtaget nederdelen i gave e.a., da hun ikke har oplyst modtageren af indlægget om, hvorvidt produktet er modtaget i gave, eller om hun blot selv har købt nederdelen.

Influenten har dog oppe i højre hjørne, selvom det er meget svært at se, med hvid tekst skrevet følgende: ”@bubbleroom / Annonce”.¹⁶⁰

Ud fra ovenstående er der derfor ingen tvivl om, at indlægget har kommerciel hensigt, da influenten bl.a. har brugt ordet ”annonce”. Det betyder, at influenten skal markere sit indlæg som reklame i overensstemmelse med MFL § 6, stk. 4 og identifikationskravet.

5.1.2. Identifikationskravet

Som det fremgår ovenfor af afsnit 4.2.2., har FBO udtalt, at det er helhedsindtrykket af et indlæg, der vurderes, når det skal vurderes om identifikationskravet er opfyldt.¹⁶¹ I det følgende skal der derfor foretages en vurdering af, om dette krav er opfyldt, og om forbrugeren ville indse, at indlægget er reklame.

Vurderingen skal ske ud fra en vurdering af, hvad den målgruppe, influenten har, ville indse. Den pågældende influent har, som nævnt, været med i dansk reality-tv, nærmere bestemt programmet ”Paradise Hotel”. Målgruppen for dette program antages at være unge kvinder i alderen 15-30 år.¹⁶² Det antages derfor, at målgruppen for influenten ligger i samme aldersgruppe. Spørgsmålet er således, om produktet er rettet mod børn og unge, og identifikationskravet derfor skal vurderes strengere.

¹⁵⁹ Budskaber fra informationsmødet, s. 5

¹⁶⁰ Ordet ”annonce” er defineret som en ”meddelelse eller reklame der mod betaling er offentliggjort i en avis, et blad, på en hjemmeside el.lign.” Definitionen er fra Den Danske Ordbog

¹⁶¹ Budskaber fra informationsmødet, s. 2

¹⁶² Artikel: Paradise Hotel hitter og Artikel: Unge kvinder elsker Paradise Hotel

Produktet kan både henvende sig til unge under 18 år og personer over 18. Nederdelen må antages at være sigtet på samme målgruppe som influentens. Det er et krav, at markedsføringen er *rettet* mod børn og unge, førend gennemsnitsforbrugeren skal vurderes ud fra en anden gruppe mennesker end den gennemsnitlige dansker, jf. MFL § 8.¹⁶³

Ovenfor under afsnit 4.2.2.1. er det belyst, hvilke momenter der skal inddrages ved vurderingen af, hvornår en handelspraksis er rettet mod børn og unge. Således skal det vurderes, om selve produktet retter sig mod børn og unge, hvilket medie, det er bragt på, og om der er anvendt børn eller unge i reklamen. Produktet er næppe rettet specifikt mod unge under 18, men generelt til kvinder. Dog er det muligt at være medlem af Instagram allerede som 13-årig, hvilket kan pege i retning af, at produktet kan være rettet mod unge. Det er dog hverken børn eller unge, der bruges som reklamesøjle, (influenter er 26 år gammel), og produktet fanger ikke specielt unges interesse. Derfor skal indlægget vurderes ud fra gennemsnitsforbrugeren, som denne er beskrevet ovenfor i afsnit 2.3.

Først og fremmest skal det fastslås, at denne influent har brugt et af FBO godkendt ord til at markere sin reklame, nemlig ”annonce”.¹⁶⁴ Dette taler for, at reklamen er markeret tydeligt, og det får ingen betydning, at det at ”tagge” virksomheden¹⁶⁵ i sig selv ikke er nok.

Reklamemarkeringen er dog placeret øverst i højre hjørne. Der er brugt en meget lille skriftstørrelse, der er meget mindre den anden tekst, der er på billedet. Ydermere har tekstfarven en betydning, og denne er skrevet med hvid. Baggrundsfarven er også lys, hvilket medfører, at teksten ikke er særligt tydelig. Endeligt er teksten placeret ”bag” nogle hvide streger.¹⁶⁶

Ud fra en helhedsvurdering, hvori både ordvalg, skriftstørrelse- og farve samt placering indgår, må det konstateres, at den kommercielle hensigt ikke er markeret tilstrækkeligt tydeligt. Indlægget kræver, at forbrugeren bruger meget lang tid på at finde og kigge efter markeringen. Derfor er identifikationskravet i MFL § 6, stk. 4, ikke overholdt.

5.1.3. Forvridning af forbrugers økonomiske adfærd

Da der foreligger kommerciel hensigt, og identifikationskravet ikke er opfyldt, skal det nu vurderes, om indlægget er egnet til væsentligt at forvride forbrugers økonomiske adfærd. Som det tidligere er nævnt, stilles der ikke store krav til, at forbrugers økonomiske adfærd forvrides. Hvis forbrugeren i dette tilfælde blot er blevet foranlediget til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet, vil indlægget være omfattet af MFL § 8. Som det er gennemgået i afsnit 2.5. vil det forhold, at man foranlediges til at klikke sig ind på en hjemmeside, man ellers ikke ville have besøgt, også en transaktionsbeslutning.

Der gives hverken urigtige eller vildledende oplysninger i indlægget, da der slet ikke gives nogen oplysninger. Dette kan medføre en forvridning af forbrugers økonomiske adfærd, da forbrugeren ikke får oplysninger til at træffe en informeret beslutning.

¹⁶³ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 58 og Børn, unge og markedsføring, s. 12

¹⁶⁴ Gode råd til influenter, s. 2

¹⁶⁵ Influenter har brugt ”@”

¹⁶⁶ De hvide streger er en indikator for, at influenter har lavet flere såkaldte ”historier” i træk, og det er derfor man ser stregerne.

Derudover spiller det også en rolle, hvem der reklamerer for indlægget. Som nævnt er denne influent kendt fra reality-tv og rammer den målgruppe, virksomheden gerne vil ramme, og da der ikke gives nogen oplysninger, kan indlægget for en forbruger komme til at virke som en anbefaling. Hun ligger selv i målgruppen for nederdelen, og da hun også er kendt, kan dette foranledige forbrugerne til at træffe en transaktionsbeslutning, de ellers ikke ville have truffet.

Derudover opfordres forbrugeren til at gå ind på virksomhedens hjemmeside, da influenten tydeligt på sit indlæg har skrevet ”SWIPE UP for link”.

Samlet set er indlægget derfor egnet til væsentligt at forvride forbrugers økonomiske adfærd.

5.1.4. Er det skjult reklame?

Først og fremmest har influenten kommerciel hensigt med indlægget. Derfor skal influenten i forbindelse med indlægget klart oplyse om denne kommercielle hensigt – dvs. hun skal markere det, så det er identificerbart for gennemsnitsforbrugeren, at det er en reklame. Ud fra placering af markeringen og dennes størrelse- og farve vurderes det, at identifikationskravet ikke er opfyldt, og at influenten ikke tilstrækkeligt klart har oplyst forbrugeren om den kommercielle hensigt.

I den forbindelse finder MFL § 6, stk. 5, som nævnt, også anvendelse. Spørgsmålet er, om der er begrænset plads for influenten her. Influente kunne med meget små men effektive ændringer have gjort det tydeligt for forbrugeren, at indlægget er reklame. Dette kunne hun have gjort ved at ændre placeringen af reklamemarkeringen samt ændre skriftstørrelsen og -farven. Derfor skal der ikke tages hensyn til den evt. begrænsede plads.

Således er der som udgangspunkt handlet i strid med MFL § 6, stk. 4. Dog skal reklamen yderligere være egnet til væsentligt at forvride forbrugers økonomiske interesser. Under hensyn til ovenstående, hvor der er foretaget en helhedsvurdering på baggrund af influents målgruppe, influents status i denne målgruppe og præsentationen af indlægget, er indlægget egnet til at foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ellers ikke ville have truffet.

Ovenstående betyder således, at indlægget er i strid med forbuddet mod skjult reklame, jf. MFL § 6, stk. 4.

5.2. Indlæg 2

5.2.1. Kommerciel hensigt?

En af Danmarks største influenter har lavet et indlæg, hvor hun har ”tagget” virksomheden Desenio, både på billedet og i hendes tekst til billedet. Det er tydeligt at se, at influente har mange plakater i sit hjem fra denne virksomhed. Produktet – plakaterne – eksponeres tydeligt i hendes indlæg. Spørgsmålet er dog, om hun har fået disse plakater til eje. Såfremt hun har det, vil der foreligge kommerciel hensigt, og influente skal markere indlægget som reklame. Dette har influente dog ikke oplyst om i sin tekst, og da en plakat er et almindeligt produkt, der formentlig er at finde i de fleste danske hjem, kunne dette tale for, at influente selv har købt produktet.

I opslaget har hun dog markeret sit opslag med standardmarkeringen ”Betalt partnerskab med Desenio”. Derfor antages det, at dette betyder, at hun har indgået et partnerskab med Desenio om at reklamere for deres produkter. Dette kan dog ikke fastslås med sikkerhed, da det ikke entydigt ud fra teksten ”betalt partnerskab” kan konkluderes, hvad dette indebærer.

Ud fra influentens tekst til indlægget, hele opsætningen omkring indlægget og markeringen, må det sammenfattende konkluderes, at der med overvejende sandsynlighed er tale om et indlæg, der har kommerciel hensigt. Indlægget omfattes derfor af MFL § 6, stk. 4.

5.2.2. Identifikationskravet

Identifikationskravet indebærer, som tidligere anført i dette speciale, at den erhvervsdrivende (her influenten) klart skal oplyse om den kommercielle hensigt med et indlæg. Ligeledes skal det fremgå tydeligt hvem, der reklameres for. Kravet indebærer som nævnt i sin helhed, at forbrugeren ud fra et helhedsindtryk af et indlæg skal indse, at der er tale om reklame.

Influenten har 560.000 følgere og er kendt fra et dansk reality-program om sig selv og sin familie. Programmets målgruppe antages at spænde utrolig bredt, og omfatter derfor også børn og unge. Det betyder, at målgruppe på Instagram formentlig også spænder bredt. Dog handler de fleste af hendes indlæg om rollen som forælder og hendes profil må karakteriseres mere som en livsstilsprofil. Produktet appellerer heller ikke direkte til børn og unge, og det konkluderes derfor, at produktet ikke er direkte rettet mod børn og unge, hvilket er et krav for, at identifikationskravet skærpes.¹⁶⁷ Det faktum, at hun laver indlæg om hendes datter, ændrer ikke herpå, da barnet er ca. 5 år og disse indlæg appellerer til andre mødre.

Således foretages vurderingen på baggrund af den almindelige gennemsnitsforbruger.

Influenten har benyttet sig af Instagrams standardmarkering omkring betalt partnerskab. Under afsnit 4.2.2. er det beskrevet, at FBO endnu ikke har taget stilling til, om denne markering opfylder identifikationskravet. FBO har dog i forbindelse med denne udtalelse forklaret, at markeringen formentlig ikke opfylder identifikationskravet på baggrund af ordlyden.¹⁶⁸

Markeringen er som nævnt tidligere forholdsvis ny. Inden den blev lanceret, havde man kun mulighed for at markere sit opslag med reklame i sin tekst til indlægget. Denne måde at markere et indlæg som reklame på er stadig den mest benyttede på Instagram. Dette har betydning for forbrugeren. Forbrugeren er vant til at se indlæg og reklameindlæg på en bestemt måde, og ”søger” formentlig ikke efter andre steder at finde markeringen, i dette tilfælde over billedet og forholdsvis langt fra den tekst, forbrugeren skal læse. Markeringens placering taler derfor imod, at identifikationskravet opfyldes.

Som det ligeledes er nævnt, har skriftstørrelse og -farve¹⁶⁹ samt ordlyd også betydning i denne vurdering. Skriften her er mindre og anderledes end resten af den tekst, der ses i forbindelse med indlægget. Her spiller bl.a. influentens profil-billede og Instagram-profilens navn, der er markeret med fed, en meget større rolle. Dette er endnu et moment, der taler imod, at identifikationskravet er opfyldt.

Ifølge FBO's ”Gode råd til influenter” er der ikke mange ord, der opfylder identifikationskravet. Således nævner FBO selv kun ordene ”reklame” eller ”annonce” som ord, der er i overensstemmelse hermed. Heroverfor skriver FBO, at ord som ”i samarbejde med” og oplysninger med virksomhedens navn i form af ”tags”¹⁷⁰ heller ikke er nok til at opfylde identifikationskravet.

¹⁶⁷ Jf. afsnit 5.1.2.

¹⁶⁸ Spørgsmål til FBO, se svar til spg. 4

¹⁶⁹ Farven anses for at opfylde tydelighedskravet i dette opslag, da det er sort på hvidt .

¹⁷⁰ @ eller #

Ordene ”betalt partnerskab med” leder ikke automatisk forbrugeren hen på, at der er tale om reklame. Ordlyden er ikke entydig, og kan evt. foranledige forbrugeren til at tro, at det produkt, der reklameres for, er udviklet af influenten selv i et betalt partnerskab med denne virksomhed. Det kan af ordlyden heller ikke udledes, hvilket arbejde influenten bliver betalt for.

Under hensyn til en helhedsvurdering af reklamemarkeringen, herunder henset til ordlyden og placeringen af teksten konkluderes det, at reklamemarkeringen i influentens indlæg ikke opfylder identifikationskravet i MFL § 6, stk. 4.

5.2.3. Forvridning af forbrugeren økonomiske adfærd

Når det skal vurderes, om der sker en forvridning, spiller flere momenter en rolle. Heller ikke i dette eksempel gives nogen faktuelle oplysninger om produktet. Influenten giver en rabatkode, der kan bruges af alle hendes 560.000 følgere. Der er tale om 40 % rabat, der kun gælder henover en periode på 2 dage. Dette, sammenholdt med, at der hverken er oplyst om pris eller andet ift. produktet, vil kunne medføre en forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd. Mange vil formentlig klikke sig ind på hjemmesiden og bruge tid derinde, da der er tale om et godt tilbud. Det er som bekendt nok, at forbrugerne foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning (hvilket ovenstående vil være), som de ellers ikke ville have foretaget.

Teksten til billedet kan give forbrugeren et indtryk af, at influenten er stor forbruger af plakaterne fra denne hjemmeside. Dette synes som en anbefaling af produktet. Når influenten yderligere har ”tagget” virksomheden i slutningen af sin tekst, taler det for, at indlægget er egnet til at forvråde forbrugeren økonomiske adfærd væsentligt.

På baggrund af ovenstående og sammenholdt med at MFL som bekendt ikke stiller store krav til, hvornår MFL § 8 er opfyldt, vurderes det, at indlægget er egnet til væsentligt at forvråde forbrugeren økonomiske adfærd. Indlægget er aldeles egnet til at foranledige forbrugeren til enten at klikke sig ind på virksomhedens egen Instagram-profil eller klikke sig ind på virksomhedens hjemmeside, da det er et kendt ansigt, der reklamerer for og anbefaler produktet, og der samtidig gives forbrugeren et gode i form af en rabat.

5.2.4. Er det skjult reklame?

FBO har endnu ikke taget stilling til, om standardmarkeringen, som influenten har benyttet i dette indlæg, opfylder identifikationskravet. Da det er fastslået, at der foreligger kommerciel hensigt med indlægget, skal influenten også i dette tilfælde markere det tydeligt, at der er tale om reklame.

Det bemærkes, at heller ikke dette indlæg har en sådan begrænset plads, at der skal tages hensyn hertil i medfør af MFL § 6, stk. 5. Det er tydeligt, at der er nok plads i teksten til at tydeliggøre det for forbrugeren, at der er tale om reklame.

Ud fra ovenstående overvejelser synes en samlet helhedsvurdering af både markeringen og placeringen af reklamen og indlæggets egnethed til at foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ikke ville have truffet, hvis denne ikke var blevet eksponeret for indlægget, dog at føre til, at indlægget er i strid med MFL § 6, stk. 4.

FBO vil endnu ikke forfølge sager, hvor influenter har benyttet denne markering, før hun har taget stilling til lovligheden heraf. Som nævnt er markeringen forholdsvis ny, og forbrugerne er endnu ikke blevet eksponeret herfor særlig længe. Da markeringen er standardiseret, kan ingen influenter lave markeringen om. Således kan vurderingen være anderledes om blot et år, hvor forbrugerne på Instagram har set markeringen mange gange og dermed vil begynde at forbinde markeringen med reklame. Denne overvejelse er dog ikke taget med i vurderingen af lovligheden af dette indlæg, da det ikke anses for at være tilfældet, at forbrugerne vil forbinde ordlyden med reklame på nuværende tidspunkt.

6. Influencers ansvar efter MFL § 6, stk. 4

6.1. Civil- og strafferetligt ansvar

6.1.1. Civilretligt ansvar

Af MFL § 24 fremgår det, at handlinger i strid med MFL kan forbydes ved dom. Derudover kan der i den forbindelse eller senere yderligere gives påbud, der skal sikre, at forbuddet overholdes, eller at den tilstand, der var inden overtrædelsen skete, genoprettes mv.¹⁷¹

Desuden kan den erhvervsdrivende ifalde erstatningsansvar samt forpligtes til at betale vederlag til den, der måtte være blevet krænkede ved den erhvervsdrivendes overtrædelse af MFL.

Disse sager kan civilretligt anlægges af enhver med retlig interesse samt FBO, jf. MFL § 32, stk. 1. Det civilretlige ansvar vil ikke blive behandlet nærmere.

6.1.2. Strafferetligt ansvar

Det fremgår af MFL § 37, stk. 3, at MFL § 6, stk. 4 er strafbelagt. Overtrædelse af forbuddet mod skjult reklame straffes dermed med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lov, jf. MFL § 37, stk. 3. Baggrunden for, at MFL § 6, stk. 4 er strafbelagt er, at man ønskede at sende et signal til de erhvervsdrivende om, at skjult reklame er uetisk. Yderligere er det ønsket, at det skal have en præventiv effekt.¹⁷² Bøderne bør have en sådan størrelse, så de reelt bliver præventive.¹⁷³

Dette ses nu taget til efterretning også ift. MFL § 6, stk. 4, i den første sag rejst mod en influent af Anklagemyndigheden, hvor der er nedlagt påstand om en bøde på kr. 120.000.¹⁷⁴ Dette kan bestemt mærkes for en influent, der formentlig lever af at reklamere.

Overtrædelse af MFL § 6, stk. 4 påtales af det offentlige, jf. MFL § 37, stk. 4 modsætningsvist. Der er dog mulighed for at give administrative bødeforlæg, jf. MFL § 38. For at ifalde dette strafferetlige ansvar, skal influenten eller den erhvervsdrivende have handlet forsætligt eller uagtsomt.¹⁷⁵

6.2. Hvem er ansvarlig?

Det er under flere af ovenstående afsnit beskrevet, at det er den erhvervsdrivende, der har ansvaret for at overholde MFL § 6, stk. 4. Dette udledes bl.a. af, at det af MFL § 6, stk. 4 fremgår, at *den erhvervsdrivende* klart skal oplyse om den kommercielle hensigt med enhver form for handelspraksis.

¹⁷¹ MFL § 24, stk. 1, nr. 1 og 2

¹⁷² L 13-2005-06, specielle bemærkninger, s. 701

¹⁷³ Betænkning nr. 1457/2005, s. 235

¹⁷⁴ Artikel: Influencer skal i retten

¹⁷⁵ Straffelovens § 19, 2. pkt., da det af MFL § 37, stk. 3 *ikke* fremgår, at uagtsomhed ikke straffes.

Når det derfor ovenfor under afsnit 2.4. er konstateret, at en influent anses som erhvervsdrivende, er spørgsmålet, om ansvaret påhviler dem. Det er dog som udgangspunkt den erhvervsdrivende, der lader sine produkter markedsføre, der har ansvaret, og ikke den, der markedsfører produktet.¹⁷⁶ Den, der markedsfører produktet (her influenten), kan dog ifalde ansvar, som udgangspunkt i medfør af straffelovens regler om medvirken.

Såfremt den erhvervsdrivende, der lader sit produkt markedsføre, har gjort hvad denne kunne for at sikre sig, at den influent, den erhvervsdrivende bruger, oplyser om den kommercielle hensigt, er den erhvervsdrivende som udgangspunkt ikke ansvarlig.¹⁷⁷ Det vil dog typisk ikke være nok for den erhvervsdrivende blot at gøre en influent opmærksom på, at de skal oplyse om den kommercielle hensigt. FBO anbefaler, at man indgår en egentlig aftale med en influent, og præsenterer denne for retningslinjer mm. Yderligere bør den erhvervsdrivende også holde øje med influenten, for at se, om denne overholder identifikationskravet. Gør influenten ikke det, skal den erhvervsdrivende gøre, hvad denne kan for, at influenten får sit indlæg bragt i overensstemmelse med loven.¹⁷⁸ Har den erhvervsdrivende gjort alt dette, vil denne formentlig ikke ifalde ansvar.

På trods af, at det ovenfor er nævnt, at en influent som udgangspunkt blot ifalder et medvirkensansvar, står det klart, at de også kan ifalde et selvstændigt ansvar.¹⁷⁹ Som nævnt skal der dog være handlet uagtsomt eller forsætligt for, at en influent kan ifalde et strafferetligt ansvar. Spørgsmålet er, om dette kan være grunden til, at FBO først nu begynder at anmelde influenter selvstændigt. Såfremt den erhvervsdrivende ikke har gjort, hvad denne kunne, for at gøre det tydeligt for influenten, hvordan denne skal reklamere, kan det være svært for FBO at vurdere, om influenten har handlet uagtsomt eller forsætligt. Problemet ligger netop i, at influenter er privatpersoner og ofte kan have svært ved at gennemskue loven, da den kan være svær at forstå for den gennemsnitlige dansker. Her kan der være stor sandsynlighed for, at influenten blot har handlet på baggrund af korrespondance mv. fra den erhvervsdrivende. Når influenter f.eks. er blevet influenter, fordi de er blevet kendte gennem et realityprogram eller lignende og dermed måske ikke er professionelle på samme måde som en erhvervsdrivende, kan dette være grunden til, at FBO ikke har villet rejse sager mod dem før nu. Dog har der netop de seneste år været så meget opmærksomhed på dette område, at FBO efterhånden har lavet mange vejledninger og retningslinjer til influenter, hvorfor dette kan være grundlaget for, at FBO nu er begyndt at politianmelde influenterne selvstændigt.

Det er min opfattelse, at bevisbyrden for overtrædelse af MFL § 6, stk. 4, nemmere vil kunne løftes på baggrund af et selvstændigt ansvar, hvis den erhvervsdrivende har opfyldt sine forpligtelser. Her vil meget tale for, at influenten mod bedre vidende og på trods af klare instrukser fra en erhvervsdrivende, vil have handlet forsætligt, eller under alle omstændigheder uagtsomt. Uagtsomhed er defineret som en; *”tilsidesættelse af den grad af agtpågivenhed, som retsordenen kræver af borgerne, dvs. om vedkommende har levet op til de normer for forsvarlig adfærd, som gælder på vedkommende livsområde.”*¹⁸⁰

På baggrund af, at FBO har været meget opmærksom på området for skjult reklame på sociale medier, at FBO har gjort det let forståeligt for influenter, hvordan og hvornår de skal reklamere, at også influenter efterhånden kender til forbuddet mod skjult reklame, og at der i ovenstående tilfælde vil

¹⁷⁶ L 40-2016-17, specielle bemærkninger, s. 56

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Gode råd til influenter, s. 8

¹⁷⁹ Rapport fra udvalg om MFL, s. 79

¹⁸⁰ Juridisk Ordbog, s. 388

være klare instrukser fra en erhvervsdrivende om, *at* og *hvordan* der skal reklameres, er det derfor min opfattelse, at der vil foreligge uagtsomhed hos influenter i det tilfælde.

Tidligere fik influenter som oftest blot en advarsel om, at de kunne ifalde ansvar i forbindelse med overtrædelse af MFL § 6, stk. 4, og det var virksomhederne, der blev idømt bøderne.¹⁸¹ Efter FBO's store undersøgelse på området har hun dog nu politianmeldt 4 influenter uafhængigt af de virksomheder, der blev reklameret for. Dette er således grundlaget for konstateringen af, at influenter kan ifalde et selvstændigt ansvar uafhængigt af den erhvervsdrivende og ikke kun kan straffes via et medvirkensansvar. Dette stemmer også bedre overens med, at influenter anses som erhvervsdrivende, når de reklamerer via de sociale medier.

7. Konklusion

De sociale medier benyttes hyppigere til markedsføring. I takt med den stigende anvendelse af de sociale medier herhjemme, er også anvendelsen af influenter i markedsføringen for virksomheders produkter vokset. Denne udvikling har bl.a. dannet grundlag for ændringen af MFL tilbage i 2017, da MFL ikke var egnet til at håndtere disse nye markedsføringsmetoder og manglede EU-konformitet.

Gennemgangen af direktivet samt MFL mv. har vist, at forbrugerne nyder en særlig beskyttelse over for de erhvervsdrivende, når det drejer sig om markedsføring. Forbrugerne er det svage led i B2C-forholdet, hvorfor der er behov for en omfattende regulering, når de to grupper interagerer med hinanden. Beskyttelsen af forbrugerne hænger sammen med den EU-retlige overbevisning om, at det er nødvendigt at beskytte forbrugerne effektivt for at opnå et velfungerende inde marked. Ønsket om et velfungerende indre marked har derfor skabt behovet for EU-retlig regulering på bl.a. markedsføringsområdet, der skal give et ensartet udgangspunkt for alle medlemsstater. Således har det bl.a. været vigtigt at få ensartede begreber inden for markedsføringsretten, hvilket bl.a. har fået betydning for begreberne *handelspraksis*, *gennemsnitsforbrugeren*, *transaktionsbeslutninger* og *erhvervsdrivende*. Derudover har det på området for skjult reklame medført, at der er ensartede reguleringer ift., *at* urimelig handelspraksis forbydes, *hvornår* en handelspraksis er urimelig, og *hvornår* en handelspraksis er vildledende mv.

Da direktivet som nævnt er et totalharmoniseringsdirektiv, har dette direktiv ligeledes haft betydning for dansk markedsføringsret. Begreberne indgår også i MFL, og MFL indeholder også et forbud mod vildledende handelspraksis, herunder skjult reklame.

Som nævnt var en stor del af grunden til, at man ændrede MFL, at man skulle sikre, at direktivet var implementeret korrekt i dansk ret. Derfor har revisionen heller ikke medført større materielle ændringer, da disse i overvejende grad har haft karakter af lovtekniske ændringer. Ift. forbuddet mod skjult reklame har den store lovrevision dog vist sig at have medført en materiel ændring, der har fået betydning for, hvornår en handelspraksis er omfattet af bestemmelsen i MFL § 6, stk. 4. Således opfatter forbuddet mod skjult reklame nu flere situationer og former for reklame, da det tidligere krav om, at der skulle foreligge en aftale mellem en erhvervsdrivende og en influent, førend der var tale om reklame, ikke blev videreført i den nye lov. Det eneste krav, der eksisterer i dag, ift. hvornår en handelspraksis er omfattet af bestemmelsen er, at der skal være kommerciel hensigt bag den nævnte handelspraksis.

¹⁸¹ Se hertil Forbrugerombudsmanden, sag 13/07021 og Forbrugerombudsmanden, sag 14/09254

Således er den erhvervsdrivende, og den der handler i dennes navn eller på vegne af denne, forpligtet til at oplyse om den kommercielle hensigt, når der reklameres. Da influenter netop handler på vegne af en anden erhvervsdrivende, betyder dette, at en influent anses som erhvervsdrivende i lovens forstand. Således forpligtes ikke kun den erhvervsdrivende, for hvem der markedsføres, til at overholde MFL § 6, stk. 4, men influenter er underlagt samme forpligtelser, når der foreligger kommerciel hensigt. Denne kommercielle hensigt foreligger, når en influent ikke "af sig selv" omtaler et produkt, og denne omtale på samme tid har en reklamemæssig værdi for den erhvervsdrivende.

Hvis der bag en given handelspraksis foreligger kommerciel hensigt, vil denne være omfattet af MFL § 6, stk. 4, og den erhvervsdrivende/influenten skal derfor tydeligt oplyse om hensigten med den nævnte handelspraksis. Hvordan dette identifikationskrav opfyldes kan ikke udledes af ordlyden af lovteksten. Derfor skal det udledes af forarbejderne til loven og FBO's retningslinjer og vejledninger. Ud fra dette kan det konstateres, at det afgørende for, om identifikationskravet er opfyldt er, om *gennemsnitsforbrugeren* bliver klar over, at der er tale om reklame, når de bliver eksponeret for denne. Derfor skal influenter være opmærksomme på, at de opfylder dette krav, og at de gør det tydeligt for *gennemsnitsforbrugeren*, at der er tale om reklame. Da Instagram har rigtig mange unge brugere, vil dette identifikationskrav blive skærpet, såfremt en reklame henvender sig til denne persongruppe. FBO har lavet en vejledning til influenter om, hvordan de kan opfylde identifikationskravet. Det er således ordlyden og placeringen af en reklamemarkering samt skriftstørrelse, -farve og -type, der især har betydning ved denne vurdering.

Er dette krav ikke opfyldt, vil forbuddet mod skjult reklame i MFL § 6, stk. 4 være overtrådt, såfremt reklamen også er egnet til væsentligt at forvride forbrugers økonomiske adfærd, jf. MFL § 8. Kravene, til hvornår en handelspraksis anses for egnet til at medføre denne forvridding, er ikke store. Blot det forhold, at en forbruger foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ikke ville have truffet uden at have været eksponeret for den givne handelspraksis, er nok til, at dette krav anses for opfyldt. Dermed vil selv det forhold, at en reklame medfører, at en forbruger bruger flere minutter på en hjemmeside end ellers, være nok til at kravet er opfyldt.

Det er FBO, der fører tilsyn med bl.a. MFL, og hun spiller dermed en essentiel rolle i markedsføringsretten. FBO har mange forskellige muligheder for at sikre sig, at MFL's regler overholdes. Da området for reklame på sociale medier dog er meget stort, medfører dette en stor udfordring for FBO. Hun har ikke mulighed for at kontrollere, at alle overholder loven, da der vil komme flere og flere af disse influenter. Dette kan måske være grundlaget for, at FBO i 2018 gennemførte en undersøgelse af influencers reklame på de sociale medier. Politianmeldelsen af 4 af disse og den første rejste tiltale, kan forhåbentligt for FBO og lovgiver have en præventiv effekt.

Den første sag, der skulle have været ført i april 2020, er pga. Corona/COVID-19 pandemien udsat. Analysen af forbuddet i dette speciale og analysen af indlæg fra Instagram har dog været med til at give et billede af, hvilket udfald denne sag kan få, og på hvilken baggrund.

Hvis den tiltalte indlæg har haft kommerciel hensigt, ikke har opfyldt identifikationskravet og har været egnet til at forvride forbrugers økonomiske interesse, vil forbuddet være overtrådt, og tiltalte således være ansvarlig.

Influenter har altid haft et medvirkensansvar for overtrædelse af forbuddet mod skjult reklame. Med politianmeldelsen har FBO nu vist, at FBO er af den overbevisning, at influenter også kan ifalde et selvstændigt ansvar. Tiltalen i den første sag, der skal for retten, lyder på en bøde på kr. 120.000 for overtrædelsen af MFL § 6, stk. 4. Da man fra lovgivers side har ønsket bødestørrelser med præventiv

effekt, og da direktivet foreskriver, at MFL skal håndhæves effektivt, vil en bøde på kr. 120.000 være meget sandsynlig.

Det kan således konkluderes, at den store lovrevision af MFL har ført til, at flere indlæg på de sociale medier i dag vil være omfattet af MFL § 6, stk. 4, og at en reklamemarkering skal opfylde identifikationskravet og være så tydelig, at en *gennemsnitsforbruger* indser, at de er eksponeret for en reklame. Hvis en almindelig gennemsnitsforbruger ikke indser, at det er en reklame, de ser, vil reklamen være skjult, og såfremt reklamen samtidig er egnet til at foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, denne ikke havde truffet, vil MFL § 6, stk. 4 være overtrådt. En overtrædelse af forbuddet medfører, at den erhvervsdrivende og influenten kan ifalde ansvar. Udstrækningen af dette ansvar vil blive tydeliggjort efter afgørelsen af den før omtalte sag. Sagen vil formentlig danne præcedens og være grundlag for, om der ligeledes rejses tiltale mod de 3 andre politianmeldte influenter.

Forkortelsesliste

Direktivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis)
Domstolen	Øverste retsinstans ved Den Europæiske Unions Domstol
EHL	E-handelsloven, lov nr. 227 af 22. april 2002
FBO	Forbrugerombudsmanden
ICC	Det Internationale Handelskammer
MFL	Markedsføringsloven, lov nr. 426 af 3. maj 2017
STRFL	Straffeloven, lov nr. 976 af 17. september 2019
Vildledningsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame

Litteraturliste

Bøger

Borcher, Erling og Bøggild, Frank: Markedsføringsloven, 3. udg., Karnov Group Denmark A/S, København, 2013 (citeret Borcher og Bøggild, Markedsføringsloven)

Bregendahl, Michael, Haase, Morten og Madsen, Jan Halberg: Markedskommunikation, Systime, 4. udgave, 2018 (citeret Markedskommunikation)

Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udg., Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2020 (citeret Juridisk teori, metode og videnskab)

Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 1. udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008 (citeret Konkurrence- og markedsføringsret)

Heide-Jørgensen, Caroline: Reklameret – Konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed, 1. udg.,

Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2008 (citeret Reklameret)

Karstoft, Susanne: *Elektronisk aftaleret*, 1. udg., G.E.C. Gads Forlag, 2004 (citeret Elektronisk aftaleret)

Madsen, Palle Bo: *Markedsret – del 2, Markedsføringsret og konkurrenceværn*, 7. udg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2019 (citeret Markedsret – del 2)

Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan og Andersen, Marie Pade: *ICC's kodeks for reklame og markedskommunikation*, 1. udg., Ex Tuto Publishing, 2011 (citeret ICC's kodeks)

Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan: *Markedsføringsretten*, 3. udg., Ex Tuto Publishing, 2017 (citeret Markedsføringsretten)

von Eyben, Bo: *Juridisk Ordbog*, 13. udgave, Forlaget Thomson A/S, København 2008 (citeret Juridisk Ordbog)

Artikler, Links og Hjemmesider

<https://www.berlingske.dk/kultur/paradise-hotel-nethitter> (besøgt 23. marts 2020 – citeret Artikel: Paradise Hotel hitter)

<http://dokumenter.forbrug.dk/juridisk-aarboeg-1997/index.htm>, Version nr. 1.0 af 08-09-2009 (besøgt den 11. marts 2020, citeret Juridisk Årbog 1997)

<https://www.dr.dk/nyheder/kultur/influenceren-mia-skal-i-retten-skjult-reklame-det-virker-vold-somt> (besøgt marts 2020 - citeret Artikel: Influencer skal i retten)

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/> (besøgt den februar – april 2020)

<https://www.ft.dk/samling/20181/almdel/euu/bilag/194/1980728/index.htm> (besøgt den 6. marts 2020, citeret FT samling af åbningsskrivelser)

<https://www.information.dk/kultur/2010/02/unge-kvinder-elsker-paradise-hotel> (besøgt 23. marts 2020 – citeret Artikel: Unge kvinder elsker Paradise Hotel)

Mediernes brug i Danmark, Internetbrug og enheder, 2019:

<https://mediernesudvikling.slks.dk/2019/internetbrug-og-enheder/> (besøgt februar – april, citeret Internetbrug og enheder)

<https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=annonce> (besøgt i marts 2020, citeret Den Danske Ordbog)

<https://www.socialemedier.dk/hvad-er-instagram/> (besøgt den 21. februar 2020, citeret Hvad er Instagram?)

U.2001B.153, Løffler Nielsen, Jesper: *Fra ”reklame” til ”kommerciel kommunikation”*, 1. januar 2011 (citeret *Fra ”reklame” til ”kommerciel kommunikation”*)

Forbrugerombudsmanden

Forbrugerombudsmanden, notat, *Budskaber fra informationsmødet*, 20. juli 2018

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/50805/budskaber-fra-informationsmoede.pdf>
(citeret budskaber fra informationsmødet)

Forbrugerombudsmandens retningslinjer; *Børn, unge og markedsføring*, 2014

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/46498/2016-boern-unge-og-markedsfoering.pdf>
(citeret Børn, unge og markedsføring)

De nordiske forbrugerombudsmands standpunkt til markedsføring via sociale medier af 3. maj 2012, opdateret i 2017 <https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/46472/2016-standpunkt-til-nordisk-standpunkt-for-markedsfoering-via-sociale-medier.pdf>

___(citeret De nordiske forbrugerombudsmands standpunkt til markedsføring via sociale medier)

Forbrugerombudsmanden, *Gode råd til influenter om skjult reklame*, 14. december 2017

https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/49742/17-10423-20-gode-raad-til-influenter-om-skjult-reklame-m-billeder-3044183_1_1.pdf (citeret Gode råd til influenter)

Forbrugerombudsmandens retningslinjer og vejledninger

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/retningslinjer-og-vejledninger/> (citeret FBO's retningslinjer og vejledninger)

Forbrugerombudsmanden, *Skjult reklame på sociale medier*, <https://www.forbrugerombudsmanden.dk/hvad-gaelder/markedsfoeringsloven/skjult-reklame/reklame-paa-sociale-medier-1/>

(citeret Spørgsmål til FBO)

Forbrugerombudsmanden, artikel: *Særlige indsatsområder*, 18. oktober 2018

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/om-os/saerlige-indsatsomraader/> (citeret Særlige indsatsområder)

Forbrugerombudsmandens undersøgelse af skjult reklame på sociale medier, 2018,

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/54550/forbrugerombudsmandens-undersogelse-af-skjult-reklame-paa-sociale-medier.pdf> (citeret FBO's undersøgelse)

Forbrugerombudsmandens vejledning om reklameidentifikation – skjult reklame, juli 2006,

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/46478/2016-reklameid-00-pdf.pdf>
(citeret Reklameidentifikation – skjult reklame)

Forbrugerombudsmandens årsberetning 2017, juli 2018,

https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/51516/aarsberetning-2017_web.pdf
(citeret FBO's årsberetning 2017)

Love og Forarbejder

ARBEJDSDOKUMENT FRA KOMMISSIONENS TJENESTEGRENE: Ledsagedokument til MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET, RÅDET, DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE OG SOCIALE UDVALG OG REGIONSUDVALGET En

omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder, *Udarbejdet af Europa-Kommissionen, Generalsekretariatet*, af den 25/05-2016 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=DA> (citeret Kommissionens Ledsagedokument)

Bekendtgørelse 2014-11-25 nr. 1249 om regler for Forbrugerombudsmandens virksomhed <https://www.kfst.dk/forbrugerforhold/forbrugerlove/markedsfoeringsloven/bekendtgørelser/> (citeret Bek. 2014-11-25)

Betænkning nr. 1457, 2005; Betænkning afgivet af udvalget vedrørende revision af markedsføringsloven og prismærkningsloven (citeret Betænkning nr. 1457/2005) https://dokumenter.forbrug.dk/betaenkning_markedsfoering_prisoplysning/betaenkning.pdf

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (citeret direktivet) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=DA>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Rapport fra udvalg om markedsføringsloven*, juli 2016 <https://www.kfst.dk/media/2729/2016juli-rapport-fra-udvalg-om-markedsfoeringsloven.pdf> (citeret Rapport fra udvalg om MFL)

Lovforslag som fremsat: L 13 Forslag til lov om markedsføring, Tillæg A, samling 2005-06, fremsat den 6-10-2005, vedtaget ved Lov nr. 1389 af 21/12/2005 <https://www.folketingstidende.dk/samling/20161/lovforslag/L40/index.htm> (citeret L 13-2005-06)

Lovforslag som fremsat: L 40 Forslag til lov om markedsføring, samling 2016-17, fremsat den 12. oktober 2016, vedtaget ved Lov nr. 426 af 03/05/2017 https://www.ft.dk/samling/20161/lovforslag/L40/som_fremsat.htm (citeret L 40-2016-17)

Domme og afgørelser

EU-Domstolens sag C-281/12: Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 19. december 2013 — Trento Sviluppo srl og Centrale Adriatica Soc coop mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (citeret Sag C-281/12: Trento Sviluppo)

EU-Domstolens sag C-304/08: Domstolens dom (Første afdeling) af 14. januar 2010 – Zentrale Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV mod Plus Warenhandels-gesellschaft mbH (citeret sag C-304/08)

EU-Domstolens sag C-435/11: Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 19. september 2013 – CHS Tour Services mod Team4 Travel GmbH (citeret Sag C-435/11: CHS Tour Services)

Forbrugerombudsmandens afgørelse; sag 13/07021 af 5. december – ”Blogindlæg var skjult reklame” (citeret Forbrugerombudsmanden, sag 13/07021)

Forbrugerombudsmandens afgørelse; sag 14/05699 af 1. juli – ”Der gælder skærpede krav til reklameidentifikationskravet, når markedsføringen er rettet mod børn og unge” (citeret Forbrugerombudsmanden, sag 14/05699)

Forbrugerombudsmandens afgørelse; sag 14/09254 af 17. august – ”Virksomhed og mediebureau vedtog bøder for skjult reklame” (citeret Forbrugerombudsmanden, sag 14/09254)

Rapporter

Langer, Roy og Bruun Nielsen, Anne-Dorte: Skjult reklame – en undersøgelse af erfaringerne med denne reklameform, udviklingstendenser og reguleringsmulighederne. Rapport udført for Forbrugerstyrelsen 2002. (citeret Langer og Bruun Nielsen)