

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

KRONPRINSESSEGADE 28

1306 KØBENHAVN K

TLF. 33 96 97 98

DATO: 25.08.2021

SAGSNR.: 2021-2454

Høring over forslag til ændring af lov om markedsføring (markedsføringsloven)

Høring over forslag til ændring af lov om markedsføring (markedsføringsloven)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved e-mail af 2. juli 2021 anmodet Advokatrådet om en udtalelse i anledning af høring over ændring af markedsføringsloven.

Advokatrådet har i den forbindelse følgende bemærkninger:

1. Generelle bemærkninger

Det er overordnet set positivt, at der gennemføres ændringer af direktivet om urimelig handelspraksis med henblik på modernisering af EU-reglerne om forbrugerbeskyttelse.

Implementeringen af direktivpakken New Deal for Consumers skal dog ikke blot være i overensstemmelse med det EU-retlige grundprincip om proportionalitet, jf. EU-traktatens art. 5, og principperne i EU chartret om grundlæggende rettigheder om legalitet og proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf, jf. EU-chartrets art. 49.

Implementering skal derudover også være i overensstemmelse med det strafferetlige legalitetsprincip, jf. straffelovens § 1, hvorefter der alene kan pålægges straf for et forhold, der er hjemlet ved lov eller som ganske må ligestilles hermed.

Hvor det i implementeringen overlades yderligere håndhævelsesbeføjelser til Forbrugerombudsmanden, bør håndhævelsesbeføjelser således alene kunne udnyttes på baggrund af et klart hjemmelsgrundlag fremhævende den konkrete ulovlighed af en overtrædelse, samt hvor hjemmelsgrundlaget for den konkrete overtrædelse klart og tydeligt kan udledes via reference til EU-retten, dansk

lovgivning eller retspraksis.

Endelig skal implementering i forhold til reglerne i direktivet om urimelig handelspraksis tilsikre, at friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer ikke begrænses, jf. artikel 4 i direktivet om urimelig handelspraksis (EF) nr. 2006/2004.

Direktivet om urimelig handelspraksis er udtryk for totalharmonisering.

2. Specifikke bemærkninger

Handelspraksis rettet mod børn og unge

Bestemmelsen vedrørende handelspraksis rettet mod børn og unge i markedsføringslovens § 11, stk. 2, foreslås suppleret med:

"eller andre produkter, der er uegnede for børn og unge under 18 år".

Advokatrådet skal bemærke, at det fremstår uklart, hvad "andre produkter" omfatter, og om dette alene skal forstås afgrænset i forhold til produkter, der er sammenlignelige med rusmidler, dvs. af samme karakter og beskaffenhed. Ligeledes fremstår det uklart, hvorledes "uegnede for børn" kvalificeres, når der henses til, at den foreslåede formulering udgør et totalforbud.

Endelig henviser forbuddet til børn og unge under 18 år. Med den foreslåede ordlyd i lovudkastet vil produkter egnede for børn, der er 13 år og opefter, blive omfattet af et totalforbud.

Derudover fremgår det af lovudkastet, at der foreslås indsat et nyt forbud i § 11, stk. 3, med følgende tekst:

"Handelspraksis rettet mod børn og unge under 18 år må ikke udøves på eller via profiler på sociale medier, der tilhører eller fremstår som tilhørende børn og unge under 15 år. Handelspraksis rettet mod børn og unge under 18 år på sociale medier må heller ikke i øvrigt anvende børn og unge under 15 år, medmindre det er nødvendigt for at illustrere eller vise et produkt."

Det synes uklart, hvad "sociale medier" omfatter, og om dette alene skal forestås som omfattende sociale medier, såsom Facebook, TikTok, Instagram etc., eller om dette også skal forstås mere generisk og omfatte f.eks. online spil, hvor børn ofte også etablerer kontakt til andre deltagere, samt hvor der også forekommer markedsføring rettet imod børn, såsom Sims online, Minecraft, Fortnite osv.

For anvendelse af sociale medier er det som udgangspunkt en forudsætning, at der skabes en profil, hvorved der behandles personoplysninger med henblik på kontakt

med andre på det sociale medie, men også med henblik på markedsføring mod den enkelte. Hvor barnet er under 13 år og ønsker at oprette en profil på et social medie er et forældresamtykke påkrævet, jf. databeskyttelseslovens § 6, stk. 3.

De foreslåede suppleringer og forbud i § 11, stk. 2, og stk. 3, er ikke omfattet af ændringsdirektivet (EU) 2019/2161 og fremgår ikke af direktivet om urimelig handelspraksis. Derimod er det i EU chartret om grundlæggende rettigheder artikel 24 (1) fremhævet, at børns alder og modenhed skal være et hensyn, når beskyttelse og omsorg fastlægges som en nødvendighed for deres trivsel.

I bemærkningerne til lovforslaget henvises der ikke til relevant forskning omkring beskyttelse af børn på sociale medier, ligesom der heller ikke ses at være relevante henvisninger til anden EU-lovgivning, herunder referencer til det Internationale Handelskammers kodeks for markedsføring til børn.

Henset til at et forudgående forældresamtykke er påkrævet, inden et barn kan anvende sociale medier, og på hvilke medier børn ofte kommunikerer med andre børn, bør suppleringer og forbud i udkastets § 11, stk. 2, og stk. 3, efter Advokatrådets opfattelse afklares nærmere, både indholdsmæssigt men også i forhold til forældres værgemålsforpligtelser og databeskyttelseslovens § 6.

Bødeforlæg

Forbrugerombudsmandens gives med lovforslaget yderligere håndhævelsesbeføjelser i forhold til at kunne tilkendegive bødeforlæg i tilståelsesager uden retssag, jf. det foreslåede i markedsføringslovens § 37, stk. 6:

"Forbrugerombudsmanden kan i tilståelsessager vedrørende de i litra a-d oplistede overtrædelser, i et bødeforelæg tilkendegive, at sagen kan afgøres uden retssag.

a) Overtrædelse af § 5, stk. 1, hvor en erhvervsdrivende uberettiget bruger et logo eller mærke, hvor logoet eller mærket giver forbrugeren en sikkerhed for, at virksomheden giver forbrugeren en særlig beskyttelse. Ved udmåling af administrativ bøde lægges vægt på virksomhedens omsætning.

b) Overtrædelse af § 10, stk. 1, hvor en erhvervsdrivende retter uanmodet elektronisk henvendelse til bestemte aftagere. Ved udmåling af administrativ bøde lægges vægt på overtrædelsens omfang.

c) Overtrædelse af § 10, stk. 4, hvor en erhvervsdrivende retter uanmodet telefonisk henvendelse med henblik på direkte markedsføring til en bestemt fysisk person, der enten er på Robinsonlisten, eller som har frabedt sig direkte markedsføring fra den erhvervsdrivende. Ved udmåling af administrativ bøde lægges vægt på overtrædelsens omfang.

d) Overtrædelse af § 11, stk. 2, hvor en erhvervsdrivende retter sin markedsføring af et arrangement eller en begivenhed mod børn og unge under 18 år, og hvor markedsføringen indeholder omtale af, billeder af eller henvisninger til rusmidler, herunder alkohol. Ved udmåling af administrativ bøde lægges vægt på overtrædelsens omfang”.

Den foreslåede formulering i § 37, stk. 6, litra c, henviser til uanmodet telefonisk henvendelse med henblik på direkte markedsføring. Begrebet direkte markedsføring er ikke entydigt fastlagt i markedsføringsloven, hvor markedsføringslovens § 10 er en implementering af ePrivacy direktivets (EU) 2002/58 artikel 13 (3), og henviser til brugen af andre midler til fjernkommunikation end nævnt i markedsføringslovens § 10, stk. 1.

I gældende ret er der i forbrugeraftalelovens § 4, stk. 1, allerede et forbud mod uanmodet telefonisk henvendelse med henblik på straks eller senere at opnå tilbud eller accept af tilbud om indgåelse af aftale. Advokatrådet foreslår derfor, at ordlyden i udkastets § 37, stk. 6, litra c, ændres, således at ”direkte markedsføring” udgår og for eksempel erstattes af ”straks eller senere at opnå tilbud eller accept af tilbud om indgåelse af aftale”. Den foreslåede bestemmelse bør dog også undtage de oplyste henvendelser i henhold til forbrugeraftalelovens § 4, stk. 2, der er undtaget forbuddet om uanmodede telefoniske henvendelser.

Endelig fremhæver den foreslåede formulering den dobbelte tilsynsførelse vedrørende uønsket markedsføring, hvor både Forbrugerombudsmanden og Datatilsynet er tilsynsmyndighed, hvilket skaber en retssikkerhedsmæssig usikkerhed, idet begge tilsyn følger særskilte bødeniveauer og egne udstedte vejledninger.

Borgere og virksomheder vil kunne opleve at være part i en verserende klagesag hos Forbrugerombudsmanden i forhold til en overtrædelse af markedsføringslovens § 10, samtidig med også at være parter i materielt samme sag, hvor Datatilsynet behandler materielt samme klage sideløbende.

Det foreslås derfor nærmere belyst, hvorledes andre EU medlemsstater har implementeret bestemmelser om uanmodede henvendelser med henblik på at imødegå dobbelt tilsyn og korrekt direktiv implementering.

Bødeudmåling

Advokatrådet udtaler sig principielt ikke om strafferammer og bødeniveauer.

Lovforslaget giver dog anledning til følgende generelle bemærkninger vedrørende afsnittet om bødeudmåling:

Med den foreslåede formulering, og de tilhørende bemærkninger til lovforslaget,

indeholdende bødemodeller, foreslås bødeniveauet betydeligt forhøjet med henvisning til, at det gældende bødeniveau ikke har en tilstrækkelig præventiv effekt. Advokatrådet skal i den forbindelse bemærke, at påstanden om, at det pågældende bødeniveau ikke har en tilstrækkelig præventiv effekt, ikke ses kvalificeret nærmere - særligt ikke når dette ses i forhold til markedsføringslovens § 37, stk. 6, litra b og c.

I forhold til overtrædelse af § 37, stk. 6, litra b og c, er der i databeskyttelsesforordningens artikel 83, jf. databeskyttelseslovens § 41, stk. 3, allerede hjemmel til at anvende et bødeniveau på op til 4 % af virksomhedens samlede globale omsætning.

Fastholdelse af en national bødemodel i forhold til overtrædelse af markedsføringslovens § 10 og forbrugeraftalelovens § 4, stk. 1, indebærer uklarhed i forhold til evt. EU-retlig domstolspraksis vedrørende overtrædelse af ePrivacy-direktivet og senere præciseringer fra Datatilsynet, Rigspolitiet og Rigsadvokaten i forhold til egne bødemodeller, samt det europæiske databeskyttelsesråd.

Det foreslås derfor nærmere belyst, om yderligere ressourcer til håndhævelse efter gældende ret vil udgøre en tilstrækkelig og proportionel implementering af direktivpakken New Deal for Consumers i dansk ret, samt foreslås det også nærmere at få belyst, hvorledes bødemodeller kan afstemmes i forhold til klarhed og retssikkerhed.

Derudover er minimumsharmoniseringen af den strafferamme, inden for hvilken bøder skal kunne fastsættes, foreslået implementeret ved anvendelse af EU-princippet om udbredte overtrædelser.

I udkastet foreslås endvidere indsat i markedsføringslovens § 37 som et nyt stk. 7:

"Ved udmåling af bøde for overtrædelser, der kan skade de kollektive interesser for forbrugere i mindst to andre medlemsstater ud over Danmark, kan bøden maksimalt udgøre 4 pct. af den erhvervsdrivendes årlige omsætning i de berørte medlemsstater. Hvis oplysninger om den erhvervsdrivendes omsætning ikke er tilgængelig, kan bøden maksimalt udgøre 4 mio. euro."

I forbrugeraftalelovens § 34 er der foreslået indsat et nyt stk. 4 med enslydende tekst, dog med en maksimumbøde på 2. mio. euro., såfremt den erhvervsdrivendes omsætning ikke er tilgængelig.

På baggrund af den nyligt afsagt dom fra Retten i Århus^[1] overfor ILVA A/S, hvor Retten valgte at nedsætte bøden betragteligt, synes det ikke at være afklaret, hvorledes den EU-retlige definition af "en virksomhed" skal defineres, jf. betragtning

150 til databeskyttelsesforordningen, når bødeudmåling foretages nationalt.[\[2\]](#)

Henset til det betydelige bødeniveau skal Advokatrådet bemærke, at bødeniveau med bødemodel bør implementeres i overensstemmelse med databeskyttelsesforordningens artikel 83, jf. databeskyttelseslovens § 41, stk. 3, og at definitionen "en virksomhed" nærmere afklares.

Med venlig hilsen

Andrew Hjuler Chrichton
generalsekretær

[\[1\]](#) Anklagemyndigheden mod ILVA A/S afsagt d. 12. februar 2021 af Retten i Århus, nr. 13-362/2020.

[\[2\]](#) Når en virksomhed pålægges administrative bøder, forstås en virksomhed i denne forbindelse som en virksomhed som omhandlet i artikel 101 og 102 i TEUF.