



28-01-2019

Juridisk kandidatspeciale

Markedsføringslovens opbygning



Andreas Lapirtis

Titelblad

Uddannelse: Kandidatuddannelsen i jura ved Aalborg Universitet

Fagmodul: Kandidatspeciale (30 ETCS)

Titel: Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

Anslag: 83491

Fagområde: Markedsret

Vejleder: Lektor Marie Jull Sørensen

Forfatter: Andreas Lapirtis (Studienr. 2012-4852)

Afleveringsdato: 28. januar 2019

Indholdsfortegnelse

Indhold

Kapitel 1 – Emnefelt	4
1.1 Indledning	4
1.2 Problemformulering	5
1.3 Metode	5
1.4 Retskilder	6
1.5 Afgrænsning	7
1.6 Projektets opbygning	7
Kapitel 2 – Markedsføringsloven	8
2.1. Historisk afsnit	8
2.2 Markedsføringsloven	9
2.3 Lovens anvendelsesområde	10
2.4 EU-regulering af markedsføringsloven	10
2.5 De forskellige lag i markedsføringsloven	11
2.5.1 Generalklausulen	11
2.5.2 De små generalklausuler	13
2.5.3 Aggressiv handelspraksis	15
2.5.4 MFL § 8 - Den økonomiske interesse	16
2.5.5 Former for handelspraksis, som altid anses for vildledende eller aggressive	17
2.5.6 Overblik over de forskellige lag i markedsføringsloven	18
Kapitel 3 – Analyse af domme	19
3.1 Domsanalyse	19
3.2 Begrundelse for valget af dom C-435/11 omkring Team4Travel	19
3.2.1 Beskrivelse af dommen	19
3.2.2 Analyse af dommen	20
3.3 Begrundelse for valg af dom C-428/11 omkring Office of Fair Trading	22
3.3.1 Beskrivelse af dommen	23
3.3.2 Analyse af dommen	24
3.4 Begrundelse for valg af Dom C-59/12 om den tyske sygekasse BKK	26
3.4.1 Beskrivelse af dommen	26
3.4.2 Analyse af dommen	27
3.5 Begrundelse for valg af Dom C-540/08 om det østrigske dagblad Österreich	28
3.5.1 Beskrivelse af dommen	29

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

3.5.2 Analyse af dommen	30
3.6 Begrundelse for valg af dommen C-281/12 om den italienske reklamebrochure	32
3.6.1 Beskrivelse af dommen	33
3.6.2 Analyse af dommen	34
3.7 Begrundelse for valg af dom C-206/11 om Georg Köck	35
3.7.1 Beskrivelse af dommen	36
3.7.2 Analyse af dommen	36
3.8 Begrundelse for valg af dom C-261/07 om Total Belgium.....	38
3.8.1 Beskrivelse af dommen	38
3.8.2 Analyse af dommen	39
Kapitel 4 - Konklusion	40
Abstract	42
Litteraturliste	43

Kapitel 1 – Emnefelt

1.1 Indledning

Hver gang en erhvervsdrivende udbyder et produkt i form af varer eller tjenesteydelser på markedet og der er en potentiel køber vil der opstå en købsbeslutning som er baseret på en række forskellige informationer om produktet. Det kan for eksempel være produktets egenskaber, pris, vilkår mv. Disse informationer kommer primært fra den erhvervsdrivende der udbyder produktet. For at sikre at den erhvervsdrivende udbyder produktet på rimelige vilkår anvendes markedsføringsloven. Formålet med markedsføringsloven er understøtte effektiv konkurrence og gode forbrugerforhold og udgør derfor rammebetingelserne for virksomheder og forbrugere i Danmark. Markedsføringsloven sikre forbrugerbeskyttelse og gør at forbrugerne kan være aktive og stadigvæk være beskyttet mod vildledning og aggressiv markedsføring.

I Danmark har sådan en regulering fundet sted siden 1974 hvor den første markedsføringslov blev vedtaget. Løbende er loven blevet revideret og tilpasset samfundets udvikling. Den seneste store revision af loven skete i 2017 hvor handelspraksisdirektivet til fulde blev implementeret i loven. Den seneste revision af markedsføringsloven 2017 indebar en opdeling af det velkendte begreb *god markedsføringsskik*. Opdelingen er sket således, at der nu skal sondres mellem *god erhvervsskik* og *god markedsføringsskik*. Her er god erhvervsskik et led af implementeringen af handelspraksisdirektivet, i direktivet omtales det erhvervsmæssig diligenspligt. Efter revisionen af loven i 2017 er markedsføringsloven blevet forenklet og mere overskuelig, da den teknologiske udvikling medførte nye måder at markedsføre sig på og derved opstod der tvivl og udfordringer hos de erhvervsdrivende i hvorvidt de agerede i overensstemmelse med loven. Dette er forsøgt løst med forenklingen af loven.

I forbindelse ændringerne i markedsføringsloven og implementeringen af direktivet er formålet med denne specialeafhandling at foretage en undersøgelse markedsføringslovens opbygning og samtidigt se om der foreligger et internt hierarki mellem klausulerne i loven.

1.2 Problemformulering

Inden for det overordnede emne omkring markedsføringslovens opbygning vil der med udgangspunkt i markedsføringsloven og direktivet om urimelig handelspraksis behandles følgende problemformulering;

- En analyse af markedsføringslovens interne hierarki

Med udgangspunkt i problemformulering vil projektet redegøre for markedsføringslovens og dermed direktivet om urimelig handelspraksis forskellige lag igennem en redegørelse af generalklausulerne, særklausulerne og sortlisten i loven.

Projektet vil redegøre for betingelserne, der skal gøres gældende hos lagene hver især og undersøge, om samme betingelser kan gøres gældende ved flere lag. Deres indbyrdes forhold vil blive belyst for at afdække eventuelle afhængigheder eller sammenfald.

Efter dette afsnit følger en præsentation af metode og relevante retskilder. Herefter danner afsnit 2.1 om det historiske afsnit og det resten af kapitel 2 grundlag for redegørelsen af de forskellige lag i 2.6.7. Disse afsnit anvender primært retslitteratur, loven og forarbejder til loven til at danne fundamentet for redegørelsen. I kapitel 4 analyseres EU-Domstolspraksis for at undersøge om der foreligger et internt hierarki i markedsføringsloven og hvordan de skal indeles hvis det er tilfældet. Projektet slutter af med en konklusion om hvorvidt dette er tilfældet.

1.3 Metode

Til besvarelse af problemformuleringen i denne fremstilling benyttes den retsdogmatiske metode. Ved brug af den retsdogmatiske metode beskrives, fortolkes og analyseres gældende ret.¹ I denne fremstilling er det primært gældende ret indenfor markedsføringslovens general- klausuler og herunder særklausuler, der bliver beskrevet og fortolkes. For at kunne kaste lys over retstilstanden vil der tages udgangspunkt i markedsføringsloven anno 2017, forarbejderne hertil og tidligere markedsføringslove. Ydermere vil EU direktiver såsom for eksempel handelspraksisdirektivet og EU-retspraksis

¹ Munk-Hansen (2014) s.202-203

blive anvendt. Som et led i analysen vil den EU-retslige retspraksis blive anvendt i relation til markedsføringsloven og herved søge at belyse hvorvidt der foreligger et markedsretligt hierarki. Der vil ligeledes blive anvendt juridisk litteratur til belysning og beskrivelse af emnet.

1.4 Retskilder

I denne afhandling tillægges EU-retten betydelig retskildeværdi, da handelspraksisdirektivet primært totalharmoniserer området for markedsføring. Det hedder, at EU-retten har forrang hvis der skulle opstå konflikt mellem dansk lov og EU-lov.² EU-domstolen tolker gennem præjudicielle afgørelser direktiverne og udgør derfor en væsentlig retskilde til at forståelse af gældende ret. Den måde EU-domstolen tolker afgørelserne på er gennem en dynamisk fortolkningsstil. En dynamisk fortolkningsstil er en fremgangsmåde der *til stadighed nyfortolker reglerne på samtidens betingelser*. Det skal forstås på den måde, at bestemmelsernes rækkevidde fastlægges ud fra et *present day* princip. I dansk ret finder dynamisk fortolkning principielt ikke anvendelse.³

Den danske lovgivning tillægges tilsvarende anselig retskildeværdi, da denne er bindende i dansk ret. I denne afhandling analyseres den gældende markedsføringslov, hvori EU rettens direktiver er implementeret – såsom handelspraksisdirektivet. Et direktiv kan være enten et minimumsdirektiv eller et totalharmoniseringsdirektiv. I dette tilfælde er for eksempel handelspraksisdirektivet et totalharmoniseringsdirektiv. Det vil sige, at Danmark er afskåret fra at opretholde eller indføre nationale regler, der afviger herfra. Var det et minimumsdirektiv, skal det anses som et mindstekrav, til hvad loven skal anvise. Medlemsstaterne har pligt til at tolke EU-konformt, hvor der er pligt til at anvende og fortolke de nationale regler i overensstemmelse med EU-direktivet⁴

Retslitteraturen, der anvendes, tillægges ikke retskildeværdi, idet forfatterne savner legitimitet til at fastlægge ret.⁵ Den anvendes i denne afhandling til at redegøre for den

² Munk-Hansen (2014) s. 264-265

³ Munk Hansen (2014) s. 292-293

⁴ Munk-Hansen (2014) s.261-262

⁵ Munk-Hansen (2014) s.346

nuværende lovgivning og forfatterne hertil hjælper igennem deres overvejelser og konklusioner til argumentation og analysen heraf.

1.5 Afgrænsning

I dette projekt fokuseres der på markedsføringslovens generalklausuler, mindre klausuler og sortlisten. Disse finder sted i markedsføringsloven §§ 3-8 og bilag 1 til loven. På grund af projektets fokus behandles generalklausulen om god markedsførings/god erhvervsskik, særklausulerne i form af vildledning og aggressiv handelspraksis og sortlisten med situationer der altid vil være enten vildledende eller aggressiv. Selvom detailreglerne i § 12 er underlagt handelspraksisdirektivet er de af en anden karakter end de foregående og de anvendes derfor ikke i projektet.

Projektet afholder sig derfor fra at beskæftige sig med de andre bestemmelser i loven. Det sker på baggrund af implementeringen af handelspraksisdirektivet som anvendes i projektet. Selvom Danmark er underlagt otte direktivet er det kun handelspraksisdirektivet der vil blive behandlet idet revisionen af den nye lov sker i takt med gennemførslen af direktivet. På baggrund af ovenstående vil projektet alene benytte domme fra EU-domstolen og ikke dansk retspraksis. Der er derfor ikke foretaget analyse af domme afsagt i Danmark.

1.6 Projektets opbygning

Projektet er overordnet opdelt i to kapitler. I Kapitel 2 præsenteres en redegørelse af markedsføringsloven. Indledningsvist et historisk afsnit om loven som danner grundlag for forståelsen af loven og dens udvikling gennem tiden, hvorefter der redegøres for markedsføringsloven og dens anvendelsesområder. Dernæst dannes fundamentet for projektet i en redegørelse af de forskellige lag i markedsføringsloven, nærmere betegnet generalklausulerne, særklausulerne og sortlisten. Kapitel 2 giver et overblik over loven og hvilke betingelser der skal gøres gældende før den kan finde anvendelse indenfor de emner der behandles i projektet.

I Kapitel 3 foretages en analyse af forskellige udvalgte EU-domme. Der bliver belyst forskellige nuancer i klausulerne og ledt efter gennemgående træk samt skabt et billede af hierarkiet i loven.

Kapitel 2 – Markedsføringsloven

2.1. Historisk afsnit

Det følgende afsnit vil indeholde en redegørelse af den historiske baggrund for markedsføringsloven.

Op igennem 1800-tallet, hvor principperne om næringsfrihed og fri konkurrence for alvor slog igennem, oplevede man, hvordan virksomhederne gjorde brug af grov markedsføring og angreb virksomhederne imellem. Derfor blev markedsføring for første gang reguleret i Danmark i 1894 i form af vedtagelsen af konkurrenceloven. Konkurrenceloven blev udvidet i 1937 og indeholdte allerede dengang "god skik bestemmelser" lignende det, vi betragter som god skik i dag. Markedsføringsloven har derfor sit fæste i den tidligere konkurrencelov. Lovgivning til regulering af en virksomheds afsætningsbestræbelser går langt tilbage. Dengang var regelgrundlaget udelukkende rettet mod virksomheders handlinger over for andre virksomheder. Dette ændredes dog i 1974, hvor den første danske markedsføringslov blev indført. Den erstattede den daværende "Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse" fra 1973. Indførelsen af den nye markedsføringslov skete på baggrund af Forbrugerkommissionens betænkning II. nr. 681/1973. Formålet hermed var at inddrage forbrugerne og skabe retfærdighed for forbrugerne på lige fod med den loyale konkurrence virksomhederne imellem, som der var tidligere. På baggrund af samme betænkning oprettes forbrugerombudsmandsinstitution, hvis opgave var, at føre tilsyn med, hvorvidt loven blev overholdt og varetage forbrugernes interesse.⁶ I loven fra 1974 opstod begrebet "god markedsføringsskik", hvilket viste sig at få stor betydning for markedsføringsloven.

Hovedloven fra 1974 blev senere revideret i 1994, og en ny hovedlov blev vedtaget i 2005, og nu senest i 2017. Ændringerne er både sket på baggrund af et nationalt initiativ, men også dels på EU-initiativ.⁷ Før ændringen i 2017 modtog Danmark åbningsskrivelser fra Europa-kommissionen, da man ikke levede op til direktivet om urimelig handelspraksis korrekt på alle punkter. Ydermere har den teknologiske udvikling og de nye måder at markedsføre sig på medført, at der er opstået usikkerhed omkring, hvorvidt de optræder inden for

⁶ Bet. 681/1974, s. 15-20

⁷ Madsen (2015) s.15-16

lovgivningen. Dette anses som imødekommet med loven af 2017.

2.2 Markedsføringsloven

Ordet markedsføring opfattes oftest økonomisk. Overordnet kan man sige, at ordet refererer til, hvordan en virksomhed forsøger at afsætte deres varer eller tjenesteydelser. I Norden har begrebet været karakteriseret som værende de aktiviteter, der dirigerer strømmen af varer og tjenesteydelser fra virksomheden til forbrugeren. Ud fra et juridisk henseende forstår vi i Danmark begrebet meget bredt. Der er i dansk lov ikke anført en legaldefinition af ordet markedsføring, og ordet kan derfor blive anvendt bredt i markedsføringsloven.⁸

Markedsføringsloven er til for at sikre, at der opretholdes en afbalanceret varetagelse af hensyn til de almene samfundshensyn, erhvervsinteresser og forbrugerinteresser.⁹

For at kunne forstå markedsføringsloven er vi samtidigt nødt til at forstå lidt om dens rolle i samfundet. Dette gælder alt lige fra reklame, distribution og salg, samt endvidere den efterfølgende service m.v. I markedsføringsloven er dette anført som "handelspraksis".

Afvejningen af en handelspraksis er ikke nødvendigvis ens. Dette illustreres eksempelvis ved forbuddet mod tobaksreklamer. Dette forbud bygger på samfundshensyn. Samtidigt kan tobak lovligt produceres og sælges.

Ud fra ovenstående står det klart, at markedsføring og markedsføringsloven spiller en stor rolle i samfundet, og dette bliver næppe mindre i fremtiden. Dette også set ud fra et teknologisk perspektiv, hvilket allerede har, og nok videre i fremtiden vil tage markedsføring til næste skridt, hvilket der også blev taget hensyn til i lovændringen i 2017.

Af den skriftlige fremsættelse af lovforslag nr. L 40/2016 fremgår det, at formålet med markedsføringsloven er at understøtte en effektiv konkurrence og gode forbrugerforhold.

Markedsføringsloven sætter rammebetingelserne for virksomheder og forbrugere i

⁸ Mortensen og Steinicke (2018) s.213-214

⁹ Mortensen og Steinicke (2018) d.218

Danmark. Med gode forbrugerforhold menes der, at forbrugerne kan være aktive og være beskyttet mod vildledning og aggressiv markedsføring.¹⁰

2.3 Lovens anvendelsesområde

Markedsføringslovens materielle anvendelsesområder er reguleret i kapitel 1 i markedsføringsloven. Af MFL § 1 fremgår det, at loven finder anvendelse på privat erhvervsvirksomhed samt på offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet. Bestemmelsen indebærer, at enhver handling foretaget i erhvervsøjemed er omfattet af loven. Ydermere fremgår det af forarbejderne, at § 1 er en videreførelse af MFL 2005 § 2. Begrebet privat erhvervsvirksomhed er ikke defineret i § 2, men det fremgår af forarbejderne, at det anses som en handling, der skal ske som led i udøvelse af virksomhed inden for handel, industri, håndværk, landbrug, transport, liberale erhverv og anden form for virksomhed på arbejds- og tjenesteydelsesområdet.¹¹ Ved offentlig virksomhed er der tale om for eksempel transport (tog, busser m.v.)

Det fremgår af MFL § 1, stk. 2 og stk. 3, at loven kun finder anvendelse i et begrænset omfang i forhold til finansielle virksomheder, hvilket skyldes, at dette område er detaljeret reguleret i særlovgivning. Dette er ikke noget, der vil blive behandlet yderligere.

Loven finder ikke anvendelse på Grønland og Færøerne, jf. MFL § 41. Det territoriale anvendelsesområde for markedsføringsloven er derfor begrænset til Danmark.

2.4 EU-regulering af markedsføringsloven

Markedsføringsloven er i høj grad reguleret af EU-retten. Der er i alt otte direktiver implementeret i markedsføringsloven. Af de otte direktiver kan særligt nævnes handelspraksisdirektivet, der omfatter urimelig handelspraksis af erhvervsdrivende i forhold til forbrugerne, samt vildledningsdirektivet. Dette er de to mest generelle markedsføringsmæssige tiltag fra EU.¹² Markedsføringsloven er inddelt i en generalklausul, to mindre generalklausuler, detailregulering og en sortliste. Ved handelspraksisdirektivet er der tale om totalharmonisering, hvilket indebærer, at Danmark ikke har adgang til at føre en

¹⁰ L 40/2016, s.19

¹¹ L 40/2016, s. 24

¹² Mortensen og Steinicke (2018) s. 224

mere lempelig eller stram politik indenfor området. Ligeså med dansk retspraksis. Den kan kun opretholdes, såfremt den er i overensstemmelse med handelspraksisdirektivet. De andre direktiver vil ikke blive benævnt yderligere, da det primært er denne der er relevant.¹³

2.5 De forskellige lag i markedsføringsloven

Det følgende afsnit vil redegøre for de forskellige lag i markedsføringsloven og tankerne bag.

2.5.1 Generalklausulen

Markedsføringslovens overordnede bestemmelse findes i generalklausulen § 3. Dette er lovens centrale bestemmelse, hvorunder der skal udvises god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, jf. MFL § 3.

Generalklausulen har følgende ordlyd:

- § 3. Erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, jf. dog stk. 3.

Vendingen "god markedsføringsskik" skal anses som værende en retlig standard. Med dette menes der, at der ikke findes en egentlig og præcis definition. Dette er med til at sikre, at markedsføringsretten kan udvikle sig og tilpasse udviklingen i samfundet. Derfor angiver det normerne i samfundet og de tilpasser sig løbende og begrebet ligeså.¹⁴ I MFL § 4 præsenteres en lignende standard kaldet god erhvervsskik. Det er i et hvis omfang samme som gør sig gældende for § 3 som i § 4. MFL § 4 gælder dog kun for forbrugerforhold og er blevet implementeret i loven for at imødekomme handelspraksisdirektivet. I handelspraksisdirektivet benyttes begrebet "erhvervsmæssig diligenspligt".

Af forarbejderne til markedsføringsloven beskrives MFL § 2, nr.9 på følgende måde:

- Det foreslås i § 2, nr. 9 at definere begrebet god erhvervsskik. Begrebet dækker over standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som står i rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis eller det generelle princip om god tro inden for den

¹³ Markedsføringslovudvalget (2016)

¹⁴ Madsen (2015) s. 29-30

erhvervsdrivendes virkefelt. Begrebet dækker det samme som begrebet erhvervmæssig diligenspligt, der benyttes i direktivet om urimelig handelspraksis.

I artikel 2 defineres begrebet som værende standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelig kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som skal stå i et rimelig forhold til hæderlig markedspraksis og/eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt.¹⁵

Derfor skal god erhvervsskik forstås på samme måde som erhvervmæssig diligenspligt som kan variere fra branche til branche. Det er derfor ikke et fast begreb, men et dynamisk begreb. Dette stemmer overens med, at MFL § 4 er en gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis art. 3 og art. 5.

Som det fremgår af MFL § 3 er generalklausulens ordlyd, er formålet at varetage forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Det fremgår ikke af bemærkningerne til loven, hvorvidt der tages særligt hensyn til nogen af disse. Derfor må det antages, at de må anses som værende sideordnede. De er traditionelt set blevet anset som sideordnede, og der må derfor være sket en videreførelse fra 2005 loven. Med det in mente bør man inddrage overvejelser omkring, hvorvidt forbrugerombudsmanden og hans rolle og specielle varetagelse af forbrugernes interesser ikke gør, at man er tilbøjelig til at tro, at forbrugerne spiller en fremtræden rolle i generalklausulen. Dette kan samtidigt også virke ganske logisk, da forbrugeren ofte vil være den dårligt stillede i en given situation. Tankerne bag dette begrundes af MFL § 25, hvor det fremgår at forbrugerombudsmanden fører tilsyn ud fra hensynet til forbrugeren. Forskellen på MFL §§ 3 og 4 er at § 3 skal beskytte mod både økonomiske og ikke økonomiske interesser, mens § 4 udelukkende tager sigte på at beskytte forbrugernes økonomiske interesser.

Det fremgår af forarbejderne til loven, at §§ 3 og 4 er en videreførelse af den tidligere MFL § 1. Samt at opdelingen af generalklausulen er oprettet for at adskille ud fra, om der er økonomisk interesse eller ej i forbrugersager. Dette kommer til udtryk i forarbejderne, hvor det fremgår, at § 3 regulerer god skik forhold, der ikke tage sigte på at beskytte forbrugernes

¹⁵ Handelspraksisdirektivet, artikel 2

økonomiske interesser, f.eks. forhold mellem erhvervsdrivende samt forhold vedrørende beskyttelse af smag og anstændighed, og én bestemmelse for forhold, der tager sigte på at beskytte forbrugernes økonomiske interesser.¹⁶ Her er § 3 ikke EU-reguleret, mens § 4 er. Derfor gør opdelingen loven mere overskuelig på det punkt. Denne opdeling kommer til udtryk i MFL § 3, stk.3. hvor det fremgår, at hvis den pågældende handelspraksis påvirker forbrugerens økonomiske interesse så finder kapitel 2 i markedsføringsloven anvendelse og vice versa kapitel 1, hvis forbrugerens økonomiske interesse ikke bliver påvirket.

Helt overordnet kan man sige, at §§ 3 og 4 om god markedsførings og erhvervsskik må anses som en form for sikkerhedsnet for de specialbestemmelser der ellers gælder i markedsføringsloven. De øvrige specialbestemmelser vil blive gennemgået nedenfor

2.5.2 De små generalklausuler

Vildledende handlinger - MFL §§ 5 og 6:

Bestemmelsen i MFL § 5 er en delvis videreførelse af den tidligere lovs § 3. Den overordnede bestemmelse har følgende ordlyd:

- § 5. En erhvervsdrivendes handelspraksis må ikke indeholde urigtige oplysninger eller i kraft af sin fremstillingsform eller på anden måde vildlede eller kunne forventes at vildlede gennemsnitsforbrugeren, uanset om oplysningerne er faktisk korrekte.

Denne bestemmelse gennemfører artikel 6 og 7 i direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis. MFL § 5 finder anvendelse på erhvervsdrivendes handelspraksis over for forbrugerne i forbindelse med en handelstransaktion. Som det fremgår af ordlyden i bestemmelsen fastslår den, at den erhvervsdrivende ikke må foretage vildledende handlinger og fastslår i stk. 2 hvilke elementer, der relaterer sig til en vildledende handling. Disse elementer kan eksempelvis være produktets art, de væsentligste egenskaber, pris mv.

Af forarbejderne til loven fastslås det yderligere, at overtrædelse af § 5 samtidigt også vil kunne være en overtrædelse af eksempelvis MFL § 6 om vildledende udeladelser.¹⁷ Ved en vildledende handling forstås, at hvis en erhvervsdrivendes handelspraksis indeholder

¹⁶ L 40/2016, s. 46-47

¹⁷ L 40/2016, s.40-41

ukorrekte oplysninger, eller ved fremvisning/præsentation af produktet eller på anden given måde vildleder forbrugeren, eller kan forvente at vildlede gennemsnitsforbrugeren.¹⁸ Gennemsnitsforbrugeren benyttes som benchmark. En gennemsnitsforbruger er et tænkt eksempel på hvad modtageren, som markedsføringen er rettet mod, bør vide og forstå. Med andre ord hvad en rimeligt oplyst og informeret forbruger bør vide.¹⁹ I forarbejderne til markedsføringsloven beskriver de gennemsnitsforbrugeren på følgende måde:

- "Gennemsnitsforbrugeren er en, under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold, almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger. Formålet med begrebet er at skabe den rette balance mellem nødvendigheden af at beskytte forbrugere og hensynet til den frie handel på et åbent, konkurrencepræget marked."²⁰

Denne beskrivelse er bygget på EU definitionen af begrebet og er videreført til dansk lov.

Der findes ligeledes eksempler i sortlisten på række former for vildledning der under alle omstændigheder altid vil være i strid med loven. Dette vil blive behandlet senere.

På samme fod som med MFL § 5 er bestemmelsen i § 6 en delvis videreførelse af MFL § 3 i den forgangne lov. Videreført er den del, der vedrører vildledende udeladelser, der skader forbrugernes økonomiske interesser.

MFL § 6 har følgende ordlyd:

- § 6. 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.

Der er med videreførelsen ikke sket en ændring i retstilstanden. På lige fod med § 5 gennemfører bestemmelsen direktivet om urimelig handelspraksis. Det fastslås i § 6, at der er tale om vildledende handelspraksis, hvis den erhvervsdrivende udelader eller skjuler

¹⁸ Heide-Jørgensen (2017) s. 280-281

¹⁹ Madsen (2015) s.58-59

²⁰ Forarbejderne til markedsføringsloven 2017

væsentlige oplysninger eller præsenterer uklare oplysninger mv.

Bestemmelsen skal sikre en gennemsigtighed. Med dette forstås, at forbrugeren skal have mulighed for at foretage en transaktionsbeslutning på et veloplyst grundlag og har en reel mulighed for at bedømme produktet, fordele, betingelser eller begrænsninger, der måtte være forbundet til den pågældende handelspraksis. Er dette ikke overholdt, kan det påvirke forbrugeren til at foretage en transaktionsbeslutning, som man ellers ikke ville have gjort.²¹

I MFL § 6, stk. 2 er der fremsat en række konkrete oplysninger, der vil blive betragtet som væsentlige ved en købsopfordring for, at gennemsnitsforbrugeren kan tage en velbegrunnet transaktionsbeslutning.

2.5.3 Aggressiv handelspraksis

Aggressiv handelspraksis MFL § 7:

Bestemmelsen i MFL § 7 er en videreførelse af den del af § 3, der vedrører aggressiv handelspraksis, som skader forbrugernes økonomiske interesser. Der er ikke tale om en ændring i den materielle retstilstand.

Ordlyden i § 7 går som følger:

- § 7. En erhvervsdrivende må i sin handelspraksis ikke benytte chikane, ulovlig tvang, vold eller utilbørlig påvirkning, der er egnet til væsentligt at indskrænke forbrugernes valgfrihed i forbindelse med et produkt.

Bestemmelsen gennemfører artikel 8 direktivet i om urimelig handelspraksis. Der er tale om urimelig handelspraksis over for forbrugerne i forbindelse med en handelstransaktion i forbindelse med et produkt.

Som det ses, er der her tale om, at den erhvervsdrivende ikke må benytte chikane, ulovlig tvang, vold eller utilbørlig påvirkning til at påvirke forbrugeren til en transaktionsbeslutning.

Ved chikane forstås for eksempel forfølgelse eller ondskabsfuldt drilleri. Ved utilbørlig påvirkning kan der nævnes udnyttelse af sin magtposition i forhold til forbrugeren. Ydermere

²¹ L 40/2016, s. 51-52

er aggressive salgsmetoder som f.eks. gentagende fremsendelser af produkter, som forbrugeren ikke har bestilt, også omfattet.

I vurderingen af, hvorvidt den erhvervsdrivende har anvendt aggressiv handelspraksis, lægges der vægt på tidspunkt, sted, karakter og vedholdenhed.²² Det kan f.eks. være, hvor handlingen sker - er det på forbrugernes bopæl, i det offentlige rum eller lignende.

For det andet tillægges brugen af truende eller utilbørligt sprog eller adfærd vægt. Ydermere tages der hensyn til, hvorvidt den erhvervsdrivende udnytter en konkret uheldig situation eller omstændighed. Ved dette forstås, hvis forbrugeren har været offer for skilsmisse eller en nærtståendes død, og den erhvervsdrivende velvidende herom udnytter dette. Her må der tages hensyn til, at forbrugers vurderingsevne kan være anderledes, end hvad den ellers normalt havde været.²³

I samme tilfælde som med vildledende handelspraksis findes i sortlisten en række former for aggressiv handelspraksis, som altid vil være ulovlig. Disse vil blive behandlet senere.

2.5.4 MFL § 8 - Den økonomiske interesse

Gennemgående for de ovenstående lag i markedsføringsloven er, at der ud over den retsstridende adfærd tillige skal foreligge en væsentlig forvridning af den økonomiske adfærd hos forbrugeren, jf. MFL § 8 for at forbrugeren kan påberåbe sig, at handelspraksissen er vildledende eller aggressiv.

Dette er en ny bestemmelse som fastlægger hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at der er handlet i strid med MFL §§ 4-7.

Det fremgår af MFL § 8, stk. 1, at første betingelse, der skal være opfyldt, er, at den pågældende handelspraksis skal forvride, eller vil kunne forventes at forvride forbrugernes økonomiske adfærd i forhold til produktet. Som nævnt tidligere bliver gennemsnitsforbrugeren her brugt som benchmark for, hvad forbrugeren bør vide og forstå. Opsummerende må denne handelspraksis ikke foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have foretaget. Værd at notere

²² L 40/2016, s.56-57

²³ L 40/2016 s.56-57

sig er, at som det fremgår af § 8, er det ikke et krav, at der sker en forvridning af den økonomiske adfærd. Det er tilstrækkeligt, hvis man kan forvente, at det ville forvride gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd.

Det beror sig derfor på en konkret vurdering af den enkelte sag om, hvorvidt man mærkbart har indskrænket forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, før der er handlet i strid med §§ 4-7. Den konkrete vurdering bygger på en vurdering af, hvorvidt man mener den pågældende handelspraksis er af sådan en kaliber til, at have sådan en virkning på gennemsnitsforbrugerens eller ej.

MFL § 8, stk.2. indeholder princippet om dem, der kan være særligt sårbare overfor den bestemte handelspraksis eller bestemt produkt. Det kan for eksempel være teenagere, der er særligt sårbare overfor en app til telefonen, der slår sig op på, at man får en masse nye venner ved at benytte appen. Når vurderingen af en sådan gruppe skal foretages, skal der kun være tale om at forvride den pågældende sårbare gruppe.

Vi har derfor nu fået konkluderet at gennemgående for MFL §§ 4-7 gælder det, at der skal ske, eller tænkes at kunne ske en forvridning af gennemsnitsforbrugerens økonomiske interesse.

2.5.5 Former for handelspraksis, som altid anses for vildledende eller aggressive

De former for handelspraksis der altid anses som vildledende eller aggressive reguleres i MFL § 9, og nærmere betegnet i bilag 1 til loven. Bilaget kaldes også 'den sorte liste'.

MFL § 9 erstatter bemyndighedsbestemmelsen fra den tidligere lov § 3, stk.4. Bilaget til bekendtgørelse nr. 1084 af 14. september 2007 om urimelig markedsføring i forbrugerforhold gøres til bilag 1 i selve loven. Dette gøres for øge sandsynligheden for, at erhvervsdrivende kan opnå kendskab til disse former for altid vildledende eller aggressive typer af handelspraksis.

Bilag 1 er blevet indsat i loven for at imødekomme direktivet om urimelig handelspraksis bilag I som indeholder en række former for handelspraksis, som altid vil anses som værende

vildledende eller aggressive. Ved disse former ses der bort fra, om den økonomiske interesse forvrides eller ej.²⁴

Bilag 1 indeholder 31 punkter hvoraf de første 23 punkter dækker vildledende handelspraksis og de sidste otte punkter dækker over aggressiv handelspraksis.

Da direktivet er et totalharmoniserings direktiv må der ikke ændres i den uden at det sker på grund af en revision af direktivet.

2.5.6 Overblik over de forskellige lag i markedsføringsloven

Ud fra de ovenstående punkter kan der nu laves en opdelingen af markedsføringslovens bestemmelser. Følgende liste er lavet og skal ses som hvert et lag i markedsføringsloven.

Generalklausulen § 3

- Generalklausulen skal anses som værende øverste led af markedsføringsloven. Den bliver anset som et sikkerhedsnet for de andre klausuler og dækker der hvor de andre ikke kan. Denne generalklausul dækker ikke over økonomisk adfærd og er ikke implementeret i loven som led i handelspraksisdirektivet. MFL § 3 dækker over begrebet god markedsføringsskik.

Generalklausulen § 4

- Såvel som § 3 skal denne generalklausul ligeså betragtes som et sikkerhedsnet. Til forskel skal der ske en forvridding i den økonomiske interesse før § 4 kan gøres gældende. MFL § 4 dækker over begrebet god erhvervsskik som er implementeret i loven på baggrund af handelspraksisdirektivet. Her går begrebet under betegnelsen erhvervsmæssig diligenspligt.

De mindre generalklausuler §§ 5-7

- De mindre generalklausuler såsom vildledning og aggressiv handelspraksis er næste led i loven og dækker over urigtige oplysninger og lignende samt chikane og lignende i aggressiv handelspraksis.

²⁴ Forarbejderne til markedsføringsloven 2017

Sortlisten § 9

- Sortlisten er alle de ting som altid vil blive anset som værende enten vildledende eller aggressiv handelspraksis. Man kan argumentere for sortlisten bør være det øverste lag idet tingene fra bilag 1 altid vil anses som et brud på loven. Men hierarkiet skal ses som en omvendt pyramide, og derfor placeres det i bunden.

Detailregler såsom prisoplysning mv. – Kapitel 4 i MFL

- Detailregler om prisoplysninger og lignede er det nederste lag i markedsføringsloven. Detailreglerne er implementeret i artikel 12, litra a hvor det følger at erhvervsdrivende skal kunne dokumentere rigtigheden af faktuelle oplysninger såfremt en håndhævelsesmyndighed eller forbrugerombudsmanden anmoder om det. Disse behandles ikke yderligere i dette projekt, jf. Afsnit 1.5.

Kapitel 3 – Analyse af domme

3.1 Domsanalyse

Følgende afsnit vil tage udgangspunkt i forskellige domme fra EU-retten og beskrive hvordan de forskellige domme tolker på det lag eller kategori dommen falder under. Der vil ligeledes blive undersøgt om en dom bruges på flere lag af markedsføringsloven.

3.2 Begrundelse for valget af dom C-435/11 omkring Team4Travel

Selve tvisten i dommen bygger på, hvorvidt artikel 6/MFL § 5 kan gøre sig gældende uden kriterierne for artikel 5/MFL § 4 er opfyldt. Med andre ord om de små generalklausuler kan gøre sig gældende uden kriterierne for den store generalklausul *også* skal være opfyldt. Dommen benyttes derfor til at vurdere, hvordan de små generalklausuler spiller sammen med den store.

3.2.1 Beskrivelse af dommen

Dommen C-435/11 omhandler en tvist mellem to konkurrerende østrigske rejseselskaber ved navn CHS og Team4Travel. Deres primære beskæftigelse er at organisere og udbyde skikurser og skiferier i Østrig for grupper af skolebørn fra det forenede kongerige.

Twisten i sagen bygger på spørgsmålet om, hvorvidt Team4Travel har udvist urimelig handelspraksis ved udsendelse af en salgsbrochure, hvori de havde beskrevet visse indlogeringssteder som eksklusive. Team4Travel havde indgået kontrakter med stederne og sikret sig, at der i forvejen ikke var foretaget reservationer af andre bureauer, og ligeledes sikret sig der ikke var plads til andre rejsegrupper på de pågældende hoteller. CHS havde i samme periode og de samme datoer reserveret plads på de selvsamme hoteller.

Uvidende om CHS's reservation udsendte Team4Travel derfor sine salgsbrochurer med priser og muligheden for eksklusivitet. Heri var hævdet, at der i de givne perioder kun kan reserveres indlogering på de givne hoteller via Team4Travel.

CHS har derfor nedlagt påstand om, at udsagnet om eksklusivitet hos Team4Travel i den givne periode er i strid med forbuddet om urimelig handelspraksis over for forbrugerne.

Team4Travel gjorde derimod gældende, at selskabet havde opfyldt sin erhvervsmæssige diligenspligt i form af at have indgået kontrakter med hotellerne og, at de ligeledes ikke var bekendt med CHS også havde en aftale med hotellerne.

3.2.2 Analyse af dommen

For det første skal der først vurderes hvorvidt direktivet om urimelig handelspraksis kan finde anvendelse. På baggrund af handelspraksisdirektivet artikel 2, litra d som beskriver, at en handelspraksis over for forbrugerne kan være kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovring, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne kan det bekræftes, at direktivet finder anvendelse. Dette gøres på baggrund af de informationer der er oplyst i dommen vedrørende Team4Travel og deres udbud af eksklusivitet.

Idet Team4Travel sender en salgsbrochure ud, hvori de tilbyder eksklusivitet og de ikke kan overholde deres lovning på dette, opstår der en vildledning over for forbrugerne. Der er i denne dom tale om en vildledende handling og ikke en udeladelse. En vildledende handling behandles i dansk ret i markedsføringsloven § 5, og i artikel 6 i direktivet.

Som det er gjort klart tidligere i projektet er der to betingelser som skal være opfyldt før direktivets/lovens en handling kan anses for vildledende. Der skal foreligge en vildledning i

form af urigtige oplysninger, der *desuden* fører til en forvridding i den økonomiske interesse, jf. afsnit 2.5.2.

På baggrund af, at Team4Travel slår sig på eksklusivitet, og de ikke kan leve op til den standard, er der tale om vildledning i form af urigtige oplysninger. Det fremgår af artikel 6, stk.1, litra b, at en handelspraksis er vildledende, hvis de urigtige oplysninger omhandler de væsentligste egenskaber ved produktet, såsom i det omfang i hvilket det står til rådighed og dets fordele. Et produkt er i artikel 2 også beskrevet som en tjenesteydelse som er tilfældet i denne dom. Dette slås fast, at det er tilfældet her.

Når der er slået fast, at der foreligger en vildledning, og kan der tages stilling til, om denne vildledning ligeså vil forvride den økonomiske interesse og lede til en transaktionsbeslutning som den gennemsnitlige forbruger ellers ikke ville have truffet.

Det må antages, at når man tilbyder eksklusivitet, så er prisen også derefter. Forbrugerne har højst sandsynligt betalt noget ekstra, og hans transaktionsbeslutning er muligvis givet på baggrund af informationen om eksklusivitet. I forarbejderne til markedsføringsloven § 5, stk.2.nr. 2, at en erhvervsdrivendes handelspraksis anses som vildledende hvis der oplyses noget ukorrekt om produktets væsentligste egenskaber. Nærmere betegnet det omfang, produktet er tilgængeligt i, og produktets fordele. Det samme fremgår af artikel 6, stk. 1, litra b. Selve oplysningen betragtes på baggrund af det som egnet til, at have eller kunne have påvirket beslutningen om at købe. Derfor er den økonomiske interesse blevet forvredet.

I tilfælde som disse skal der altid tages udgangspunkt i hvorvidt gennemsnitsforbrugeren vil være blevet vildledt og økonomisk forvredet. Dette konstateres, at dette er tilfældet i denne sag. Følgende citat udtaget fra dommen bekræfter det;

- Oberster Gerichtshof har imidlertid i sin forelæggelsesafgørelse konstateret, at informationen vedrørende eksklusiviteten i de brochurer, som Team4 Travel har udsendt, er objektivt urigtig og derfor i gennemsnitsforbrugerenes øjne udgør en vildledende handelspraksis som omhandlet i nævnte direktivs artikel 6, stk. 1.

Begge punkter kan derfor bekræftes og MFL § 5 samt artikel 6 vil i dette tilfælde kunne gøres gældende.

Som det blev slået fast i afsnit 2.5.1 skal følgende to følgende betingelser være opfyldt, hvis artikel 5/MFL § 4 skal finde anvendelse; At det er i modstrid mod god erhvervsskik/erhvervsmæssig diligenpligt samt, at der sker en forvridding af den økonomiske interesse.

Der er allerede blevet slået fast, at der sker en forvridding af den økonomiske interesse.

I forhold til hvorvidt Team4Travel's adfærd strider mod god erhvervsskik må det i dette tilfælde være, at det gør de ikke. Team4Travel tager sine forbehold og har lavet en forhåndsftale med indlogeringsstederne, samt at de er uvidende om, at CHS ligeledes har booket sig ind på samme steder som dem idet de sender brochurerne ud. Team4Travel er uvidende omkring situationen og har udsendt sine salgsbrochurer med en overbevisning om, at de havde eksklusivitet på stederne. Derfor har de ikke har handlet imod god erhvervsskik og har overholdt kravet om erhvervsmæssig diligenpligt.

MFL § 4, eller artikel 5 finder derfor ikke anvendelse, da der ikke er tale en krænkelse af god erhvervsskik/erhvervsmæssig diligenpligt. Dette er selvom der er blevet slået fast at der er sket en forvridding af den økonomiske interesse. Begge kriterier er ikke opfyldt og de kan ikke finde anvendelse.

Det slås derfor afsluttende fast, at en særklausul godt kan gøres gældende selvom generalklausulen ikke kan. Af dommen udledes det også, at en vildledning godt kan finde sted på trods af det ikke er en bevidst handling, ligesom det er tilfældet i dommen hvor Team4Travel ikke bevidst har overtrådt reglerne om vildledning.

3.3 Begrundelse for valg af dom C-428/11 omkring Office of Fair Trading

Dommen omhandler aggressiv handelspraksis jf. bilag 1, punk 31. Selve tvisten i dommen går på hvorvidt sortlisten finder anvendelse når der pålægges forbrugeren en udgift som ikke er oplyst på forhånd selvom den kun er af bagatelagtig karakter og der tilbydes flere muligheder for udgiften. Problemet ved, at en eventuel udgift ikke er oplyst på forhånd er, at der opstår en vildledning af forbrugeren. Ligeledes omhandler den fortolkningen af

ordlyden i bilag 1. nr.31 og hvor vidt der skal tages stilling til om der ligeledes kan være tale om vildledning, jf. artikel 6 og 7/MFL § 5 når sortlisten finder anvendelse. Den omhandler derfor sammenspillet mellem sortlisten og de vildledende handlinger i MFL § 5/artikel 6+7 i handelspraksisdirektivet.

3.3.1 Beskrivelse af dommen

Dommen handler om en sag mellem på den ene side fem virksomheder, der distribuerer adresseløse forsendelser, samt en række personer der har arbejdet i disse virksomheder, og på den anden side Office of Fair Trading, som har til opgave at sikre håndhævelsen af forbrugerbeskyttelseslove. De fem virksomheder og rækken af personer vil i resten af afsnittet og analysen gå under navnet erhvervsdrivende og Office of Fair Trading herefter benævnt OFT.

OFT har anlagt sag mod de erhvervsdrivende med henblik på at forhindre, at de forsat kan omdele reklamer, der omfatter individuelt adresserede breve, skrabelodder og andre indstiksblade placeret i aviser og blade. I dommen er de omtalte reklamer nummeret som reklame 5-9. OFT har gjort gældende, at disse reklamer ikke er tilladt, eftersom de udgør en urimelig handelspraksis i form af punkt 31 på sortlisten som siger det *altid* vil være en aggressiv handelspraksis hvis der skabes et fejlagtigt indtryk af, at forbrugeren har vundet en præmie og forbrugeren dernæst skal påtage sig en udgift for erhvervelse af præmien. Det fremgår af dommen, at selvom de 5 reklamer er forskellige, så har de en række fællestræk såsom;

- Forbrugeren har fået oplyst, at han kan indløse én præmie eller gevinst af varierende værdi fra præmier på et anseeligt beløb for en præmie.
- Udover reklame 8 skulle forbrugeren i alle tilfælde for at få oplyst, hvilken præmie han kunne indløse enten foretage et overtakseret opkald, sende en tekstbesked med betalingspligt, eller få tilsendt oplysningerne med almindelig post.

Det pointeres, at muligheden for at vælge almindelig post var mindre fremhævet end de andre. Det var på samme tid også den billigste af mulighederne.

- Forbrugeren blev ikke informeret om det mindst mulige tidsrum, der var nødvendigt for at give forbrugeren tilstrækkelige oplysninger til at indløse præmien eller, at minuttaksten var på 1,50 GBP og at de 1,21 GBP var forbeholdt reklamebureauet.

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

- Forbrugeren skulle i visse tilfælde betale en yderligere omkostning til levering og forsikring, som i sidste ende delvist blev anvendt af reklameselskabet.
- Forbrugers omkostninger på enten telefon, sms eller levering og forsikring udgør en værdi svarende til, eller en væsentlig del af den samme værdi som præmien over 99 % havde ret til at modtage.

Sagen var fremlagt for High Court i England og de kom frem til følgende;

- High Court fandt, at de omhandlede reklamer indebar en urimelig handelspraksis i et omfang, der imidlertid var mere begrænset end hævdet af OFT.

De erhvervsdrivende appellerede, hvor OFT kontra appellerede og sagen blev fremlagt for EU Domstolen idet Court of Appeal søger en korrekt fortolkning af punkt 31 på sortlisten, og hvor vidt der går en bagatelgrænse for, hvad udgifter forbrugeren må pålægges.

3.3.2 Analyse af dommen

Punkt 31 på sortlisten omhandler aggressiv handelspraksis. Punktet har følgende ordlyd;

- Der skabes det fejlagtige indtryk, at forbrugeren allerede har vundet, vil vinde eller ved udførelse af en bestemt handling vil vinde en præmie eller et andet tilsvarende gode, selvom faktum er, at der enten ikke findes nogen præmie eller et andet tilsvarende gode, eller at den handling, som skal udføres for at indløse præmien eller et andet tilsvarende gode indebærer, at forbrugeren skal betale et pengebeløb eller på anden måde påtage sig udgifter.

Det fremgår af dommens præmis 25, at bestemmelsen består af to elementer. Første element er, at der skabes et fejlagtigt indtryk om, at forbrugeren allerede har vundet, vil vinde eller ved at udføre en bestemt handling vil vinde. Her optræder der tre fejlagtige indtryk. Det andet element af bestemmelsen går på omstændighederne i forhold til, at der hverken foreligger en præmie eller, at forbrugeren for at opnå præmien skal udføre en handling der indebærer at skulle påtage sig en udgift. Her optræder der to fejlagtige indtryk.

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

De erhvervsdrivende har i dommen lagt vægt på, at del to af punkt 31 ikke kan gøres gældende, såfremt forbrugeren underrettes tilstrækkeligt om udgiften, da der så ikke vil være tale om et fejlagtigt indtryk.

Udgangspunktet er, at hvis der er en omstændighed, hvor forbrugeren skal betale et pengebeløb eller påtage sig en udgift ved indløsning af en vundet præmie, er der tale om urimelig handelspraksis. Dette bekræftes af ordlyden i punkt 31 på sortlisten, som ikke giver udtryk for at tillade selv den mindste udgift. Derfor er der ikke en bagatelgrænse for hvad og hvor meget, den erhvervsdrivende måtte kræve, jf. præmis 31 i dommen.

Dommens præmis 31 lyder som følger;

- Ordlyden indeholder ingen undtagelse, således at udtrykket »på anden måde påtage sig udgifter« ikke synes at tillade den mindste udgift for forbrugeren, hvad enten der er tale om en bagatelagtig udgift i forhold til præmiens værdi eller en udgift, som ikke giver den erhvervsdrivende nogen fordel, såsom udgiften til et frimærke.

De erhvervsdrivende har fremhævet, at der ikke foreligger urimelig handelspraksis, når forbrugeren har flere valgmuligheder for indløsning af præmie. Ud fra ovenstående slås det fast, at dette ikke har betydning. Så længe der er tale om en udgift, er der tale om en urimelig handelspraksis.

Overordnet kan det konkluderes, at der ikke er en bagatelgrænse, og at der altid vil være tale om aggressiv handelspraksis, jf. punkt 31 i bilag 1, hvis forbrugeren skal betale en udgift for en vundet præmie upåagtet at forholdet mellem præmiens værdi muligvis er væsentlig større end udgiften eller ej.

I dommens præmis slås det fast, at et eventuelt indbygget vildledningskriterie i punkt 31 er uforeneligt med formålet i punktet;

- Dette mål nås ikke, såfremt punkt 31 i bilag I til direktivet om urimelig handelspraksis fortolkes således, at det omfatter et element af vildledning, der er forskellig fra de omstændigheder, der er beskrevet i bestemmelsens anden del. Beviset for, at dette forhold foreligger, forudsætter nemlig en række vanskelige vurderinger, der skal

foretages i hvert enkelt tilfælde, og som optagelsen af denne praksis i bilag I netop tilsigter at undgå.

Dette citat svarer i høj grad på spørgsmålet om hvor vidt der kan foreligge urimelig handelspraksis i form af vildledning hvis sortlisten finder anvendelse. Idet punkterne på sortlisten ikke indeholder et element af vurdering, så kan der ikke indlægges et kriterie om vildledning. I forhold til den før omtalte bagatelgrænse vil ligeledes skulle foretages en vurdering af den enkelte sag, hvilket ville være modsigende i forhold til bilag 1, punkt 31.

Det konkluderes derfor, at hvis et punkt på sortlisten finder anvendelse, så vil der altid være tale om enten vildledende eller aggressivhandelspraksis. Selve en vurdering af hvorvidt MFL §§ 5-8 eller artikel 6-8 i handelspraksisdirektivet kan gøres gældende vil derfor være ubestridt, da der per definition er tale om urimelig handelspraksis, når en sag er omfattet af sortlisten.

Dette stemmer også overens med det lag sortlisten blev placeret i tidligere i projektet.

3.4 Begrundelse for valg af Dom C-59/12 om den tyske sygekasse BKK

Dommen C-59/12 er blevet valgt, fordi den omhandler en lovbestemt offentligretlig sygekasse, og derved er der ikke tale om en instans der handler med gevinst for øje. I dommen er der tale om vildledning, kriteriet om økonomisk forvriddning diskuteres, hvilket er interessant, når det drejer sig om en instans, hvis mål ikke er at tjene penge. Ydermere er der i dommen også en tvist i forhold til, hvor vidt en lovbestemt sygekasse kan ses som erhvervsdrivende og derved overhovedet foretage en vildledende handelspraksis.

3.4.1 Beskrivelse af dommen

Sagen omhandler den lovbestemte tyske sygekasse BKK. BKK er oprettet som en offentlig instans. Ved søgsmålet er der nedlagt påstand om, at BKK skal forbydes at udsende følgende meddelelse, jf. dommens præmis 12;

- »Hvis De forlader BKK [...] nu, binder De Dem til den nye [lovbestemte sygekasse] i de næste 18 måneder. Herved går De glip af de attraktive tilbud, som BKK [...] vil give Dem næste år, og i sidste ende må De muligvis betale mere, hvis den nye kasse ikke kan klare sig med de tildelte penge og derfor kræver et tillægsbidrag.«

Wettbewerbszentrale er af den opfattelse, at ovenstående meddelelse er af vildledende karakter, og at den dermed skal forbydes ifølge direktivet om urimelig handelspraksis. BKK havde i beskeden undladt at oplyse om, at der efter tysk lov er en særligopsigelsesadgang, hvis der opkræves et tillægsbidrag.

BKK er i sagen af den opfattelse, at direktivet om urimelig handelspraksis ikke kan finde anvendelse, da handelspraksis direktivet kun kan finde anvendelse ved *erhvervsdrivendes* handelspraksis og dette ikke er tilfældet, da BKK som offentlig instans ikke handler med gevinst for øje og derved ikke kan optræde som erhvervsdrivende.

Bundesgerichtshof som har behandlet dommen Tyskland er i tvivl om, hvorvidt direktivet skal fortolkes således, at BKK kan agere som virksomhed ved udsendelse af reklamen og derfor om der kan være tale om vildledende handelspraksis.

3.4.2 Analyse af dommen

Selve tvisten i denne dom går ikke på, hvorvidt der hersker tvivl, om der er handlet vildledende. Det fremgår i sagsakterne, at Bundesgerichtshof er af den opfattelse at BKK har udført vildledende handelspraksis, jf. artikel 6, stk. 1, og at det derfor skal forbydes i overensstemmelse med artikel 5, stk.1. I afsnittet omkring de særlige generalklausuler blev det slået fast, at før end MFL § 5/artikel 6, stk. 1 kan finde anvendelse, skal der være tale om vildledning i form af urigtige oplysninger, og der skal ske en forvridning af den økonomiske interesse.

I den udsendte meddelelse fra BKK fremstår det som om, at forbrugeren i sidste ende kan ende med at skulle betale mere. Dette er ikke tilfældet, da der er en særlig opsigelsesadgang i den tyske lov. Der er derfor tale om urigtige oplysninger, og derved sker der en vildledning af forbrugeren. På samme tid sker der under samme forudsætninger en forvridning af den økonomiske interesse, idet de urigtige oplysninger kan føre til en transaktionsbeslutning.

MFL § 5/artikel 6, stk.1 kan derfor godt finde anvendelse i sådanne tilfælde. Derimod hersker der tvivl om, hvorvidt BKK er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde når der er tale om en offentlig instans, hvis opgave er af almen interesse.

Direktivets anvendelsesområder fremgår af artikel 3, stk. 1 og gælder for virksomheders urimelig handelspraksis over for forbrugerne, jf. artikel 5, før, under og efter en

handelstransaktion i forbindelse med et produkt. Umiddelbart siger artikel 3, stk. 1 ikke noget om, hvorvidt det finder anvendelse på offentlige instanser og der må derfor dykkes ned i selve begreberne i artikel 3 for at se, hvad de dækker over. Artikel 2 indeholder definitioner af begreberne anvendt i direktivet.

Et produkt er svarende til enhver vare eller tjenesteydelse, jf. artikel 2, litra c. En virksomheds handelspraksis over for forbrugerne vedrører 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. BKK udøver derved handelspraksis med sin tjenesteydelse over for forbrugerne.

Som nævnt tidligere i dommen angav BKK at de ikke kunne betragtes som erhvervsdrivende hvilket de ikke går ind under da ikke handler med gevinst for øje. Til dette udsagn siger dommens præmis 32 følgende;

- Det fremgår i denne forbindelse umiddelbart af artikel 2, litra b), i direktivet om urimelig handelspraksis, at EU-lovgiver har fastsat en meget bred opfattelse af begrebet »erhvervsdrivende«, der omfatter »en fysisk eller juridisk person«, når denne udøver en aktivitet mod vederlag, og hverken udelukker enheder, der forfølger en opgave af almen interesse eller har en offentligretlig status, fra direktivets anvendelsesområde.

Dette fastslår, at BKK falder under kategorien erhvervsdrivende og at de derfor i direktivets personelle anvendelsesområder også er gældende for en offentlig instans.

Overordnet i dommen er der tale om vildledning gennem urigtige oplysninger samt, at der sker en økonomisk forvriddning, idet der fremgår i meddelelsen er egnet til at påvirke forbrugerens transaktionsbeslutning. Ovenstående citat fra dommen slår ydermere fast, at begrebet erhvervsdrivende fortolkes meget bredt og ikke udelukker enheder på baggrund af status.

3.5 Begrundelse for valg af Dom C-540/08 om det østrigske dagblad Österreich

Dommen C-540/08 benyttes i analysen fordi den indeholder en tvist i forhold til den nationale lovgivning og handelspraksisdirektivet. Den sætter spørgsmålstegn ved hvorvidt

en medlemsstat må vedtage foranstaltninger der er mere restriktive end dem, der fremgår af direktivet. Dommen bringer derfor en anden nuance omkring direktivet ind i analysen og bidrager til en bredere forståelse af helheden. Ydermere bidrager den til at præcisere kravene der, skal gøre sig gældende for at direktivet kan finde anvendelse.

3.5.1 Beskrivelse af dommen

Dommen handler om det østrigske dagblad Österreich. Sagsøgte i dommen er ejeren af dagbladet. Tvisten i sagen er opstået fordi Österreich i dagbladet har organiseret en konkurrence om kåringen af årets fodboldspiller og derved opfordret læserne til at deltage i konkurrencen via internettet, eller via en valgekupon som medfølger ved køb af avisen. Ved deltagelse i konkurrence var der mulighed for at vinde en middag med fodboldspilleren der blev kåret.

Sagsøgeren er i dommen Mediaprint, som mener at den mulighed for at vinde som er forbundet med købet af avisen udgør en tilgift der er ulovlig i henhold til den tyske lov UWG. Handelsgericht Wien som først behandlede sagen tog påstanden til følge hvorefter sagen blev anket hos Oberlandesgericht Wien der fastslog at der kun kan nedlægges forbud mod tilgift, hvis præmien kunne anspore flere personer til at købe avisen. De mente i dette tilfælde ikke, at præmien indeholder en sådan tillokkelseeffekt at det er tilfældet her, henset til omstændigheden, at man ligeledes kunne stemme og deltage i konkurrencen via internettet.

Mediaprint blev derefter givet adgang til at anke og sagen blev herved forelagt EU domstolen med følgende præjudicielle spørgsmål, jf. præmis 13 i dommen;

- Er artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 5, i [direktivet] – eller andre bestemmelser i dette direktiv – til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager samt annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser med undtagelse af tilfælde, der er opregnet udtømmende, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, hvorvidt denne handelspraksis har en vildledende, aggressiv eller på anden måde urimelig karakter, også når denne lovgivning ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugere, men også tjener andre formål,

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

som ikke er omfattet af [direktivets] materielle anvendelsesområde, såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere medkonkurrenter?

- Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende: Er den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence en urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i [direktivet], alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen?»

3.5.2 Analyse af dommen

Det overordnet i dommen er hvorvidt om direktivet kan fortolkes således, at det er til hinder for den nationale lovgivning der indeholder et generelt forbud mod salg og tilgift. For at kunne finde besvarelsen på det skal det først slås først hvorvidt om salg og tilgift udgør en handelspraksis i henhold til direktivet.

I direktivets artikel 2, litra d er begrebet handelspraksis beskrevet som følger;

- virksomheders handelspraksis over for forbrugerne« (i det følgende også benævnt »handelspraksis«): 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

Yderligere i dommens præmis 17 fremgår følgende om forståelsen af formuleringen handelspraksis;

- I den forbindelse bemærkes, at direktivets artikel 2, litra d), ved at anvende en særligt bred formulering definerer »handelspraksis« som »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«.

Ud fra ovenstående definition af en handelspraksis og underbygget af præmis 17 i dommen kan det slås fast at der er tale om en handelspraksis. En gratis deltagelse i en konkurrence

ved køb af avisen er omfattet af en erhvervsdrivendes forretningsstrategi og tilsigter direkte promovering og salgsfremme for denne. Direktivet finder derfor anvendelse.

Yderligere kan det slås fast, at definitionerne i direktivet virker til at skulle opfattes bredt. Analysen i afsnit 3.4.2 bidrager til denne vurdering. Her blev det slået fast at begrebet erhvervsdrivende, jf. artikel 2, litra b, skal opfattes meget bredt.

Næste tvist i dommen er hvorvidt direktivet – når det nu finder anvendelse – kan være til hinder for den nationale lovgivning. Handelspraksisdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv hvilket betyder medlemsstaterne ikke kan vedtage foranstaltninger der er mere restriktive end dem, der fremgår af direktivet.

I dommens præmis 27 står der følgende der bekræfter det;

- I den henseende skal det understreges, at direktivet tilsigter en udtømmende harmonisering af reglerne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne.

Derfor slås det fast at direktivet kan være til hinder for den nationale lovgivning. En national lov, som fastsætter strengere foranstaltninger end dem, der er omhandlet i direktivet strider imod artikel 4 som indeholder forbud for medlemsstaterne at opretholde eller vedtage sådanne foranstaltninger.

Det andet spørgsmål i dommen er hvorvidt salg og tilgift skal anses for en urimelig handelspraksis i artikel 5, stk.2.

Her fremgår følgende af præmis 43 i dommen;

- Som det blev bemærket i præmis 35 i nærværende dom, kan en handelspraksis, når den er omfattet af direktivets anvendelsesområde og ikke indgår i dettes bilag I, kun anses for urimelig og dermed forbydes på grundlag af en konkret analyse, især i lyset af kriterierne ifølge direktivets artikel 5-9.

Som blev stået fast tidligere i projektet, og ifølge artikel 5 skal følgende to betingelser være opfyldt før der kan være tale om urimelig handelspraksis. Den er i modstrid med kravet om

erhvervsmæssig diligenspligt/god erhvervsskik og væsentligt forvrider eller kan forventes at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren.

Den nationale domstol vil derfor skulle fortage en konkret analyse af hvorvidt muligheden for at deltage i konkurrencen for i hvert fald den pågældende kundekreds, udgør en udslagsgivende grund til at købe en avis. I henhold til artikel 5, stk.2, litra b skal der tages stilling til den handelspraksis kan medføre, eller forventes at medføre en væsentlig forvridding af forbrugers økonomiske adfærd.

Før artikel 5 kan finde anvendelse skal der også tages stilling til om handlingen strider mod erhvervsmæssig diligenspligt som omhandlet i direktivets artikel 5, stk.2, litra b.

Om dette siger dommens præmis 47 følgende;

- Henset hertil skal det andet spørgsmål besvares med, at den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence ikke udgør en urimelig handelspraksis som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 2, alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af de pågældende forbrugere, udgør den udslagsgivende grund til at købe avisen.

Ovenstående citat skal forstås således, at de forbrugere der allerede i forvejen læste avisen ikke er blevet økonomisk forvredet. Da de i forvejen allerede var forbrugere avisen har muligheden for deltagelse en konkurrence ikke været udslagsgivende for grunden til de købte den. Omvendt er de forbrugere der eventuelt købte avisen for at kunne deltage i konkurrencen heller ikke blevet økonomisk forvredet.

Dommen har overordnet set bidraget til en forståelse af direktivets position i forhold til den nationale lovgivning. Ydermere har den bidraget til forståelsen af artikel 5 og bragt lys over nogle af nuancerne i artiklen. Den har ligeledes bidraget til at fastslå, at definitionerne i artikel 2 generelt virker til at skulle opfattes bredt.

3.6 Begrundelse for valg af dommen C-281/12 om den italienske reklamebrochure

Dommen C-281/12 vil bidrage til vurderingen af om definitionerne i artikel 2 i handelspraksis direktivet skal opfattes bredt. Modsat de andre domme der er anvendt tager denne dom udgangspunkt i en af de andre definitioner i artikel 2. Derfor vil det kunne bidrage til

vurderingen af om artikel 2 generelt opfattes bredt. Ydermere vil den give en anden nuance af forståelsen af artikel 6 og derved give en bedre forståelse af helheden i artikel 6.

3.6.1 Beskrivelse af dommen

Dommen omhandler Trento Sviluppo som driver flere store supermarkeder i Italien. Disse supermarkeder er tilknyttet COOP Italia som er en stor distributionsgruppe. Trento Sviluppo er en af de sagsøgte i dommen.

Den anden sagsøgte i dommen er Centrale Adriatica som leverer tjenesteydelser i COOP Italia. I marts 2008 begyndte Centrale Adriatica en kampagne ved nogle af salgsstederne i COOP Italia, hvor en række produkter kunne erhverves til en fordelagtig pris. I en reklamebrochure der blev udbudt i forbindelse med kampagnen var der blandt andet en bærbar computer.

En forbruger havde efterfølgende været nede i et af supermarkederne og forsøgte at erhverve sig denne bærbar uden held. Han klagede derfor over reklamebrochuren der ifølge ham indeholdt urigtige oplysninger da produktet ikke var til rådighed i perioden hvor kampagnen varede. Forbrugerne klagede derfor til AGCM som indledte procedure mod Trento Sviluppo og Centrale Adriatica vedrørende urimelig handelspraksis. Sagen førte til at begge selskaber blev pålagt bødestraf.

Efterfølgende appellerede de til Consiglio di Stato til prøvelse af afgørelsen. Den forelæggende ret er i tvivl om rækkevidden af begrebet vildledende handelspraksis og ønsker derfor besvarelse på følgende præjudicielle søgsmål;

- Skal artikel 6, stk. 1, i direktiv 2005/29[...], for så vidt angår den del, hvor den italienske version anvender ordene »e in ogni caso«, fortolkes således, at blot ét af elementerne i den første del af dette stykke er tilstrækkeligt med henblik på at godtgøre, at der foreligger en vildledende handelspraksis, eller således, at et yderligere element er nødvendigt for at godtgøre, at der foreligger en sådan handelspraksis, nemlig det element, at denne handelspraksis kan forlede forbrugeren til at træffe transaktionsbeslutningen?

3.6.2 Analyse af dommen

Som det fremgår af ovenstående spørgsmål fra dommens præmis 22 ønskes der en klargørelse af hvorvidt begge elementer i artikel 6, stk.1 skal finde anvendelse før at der foreligger en vildledende handelspraksis. Det fremgår af præmis 22 at Consiglio di Stato ønsker en klargørelse af spørgsmålet på baggrund af den italienske sprogversion af direktivet.

I dommens præmis 26 er følgende angivet;

- Ifølge fast retspraksis kan den formulering, der er anvendt i en sprogversion af en EU-retlig bestemmelse, ikke alene tjene som grundlag for bestemmelsens fortolkning eller i denne henseende tillægges større betydning end de øvrige sprogversioner. Dette ville være i strid med kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner skal den pågældende bestemmelse derfor fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i.

I ovenstående citat bliver fastslået, at der i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner, så skal direktivet fortolkes på baggrund af den almindelige og tænkte opbygning og formål.

Der må derfor tages udgangspunkt i den almindelige opbygning af artikel 6, stk.1 om vildledende handlinger som udgør en af to former for urimelig handelspraksis, som er forbudt ved artikel 5. De to former er henholdsvis vildledende handelspraksis og aggressiv handelspraksis. Som det er blevet slået fast tidligere i projektet er en handelspraksis urimelig, hvis den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt og væsentligt forvrider eller kan forventes at forvride gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd i forhold til produktet.

Da artikel 6 udgør en bestemt kategori af urimelig handelspraksis i artikel 5 skal begge af dele kunne gøres gældende før den kan finde anvendelse.

Dette fremgår af præmis 30;

- Eftersom vildledende handelspraksis som omhandlet i artikel 6 i direktiv 2005/29 udgør en bestemt kategori af urimelig handelspraksis som omhandlet i nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, skal en sådan praksis nødvendigvis have alle karakteristika ved en sådan urimelig praksis, herunder skal denne praksis kunne forvride en gennemsnitsforbrugers økonomiske adfærd væsentligt ved at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.

Dommen har nu bidraget til forståelsen af artikel 6 og har fastlagt at begge punkter i artikel 5 skal gøre sig gældende før artikel 6 kan finde anvendelse.

Yderligere bidrager dommen til forståelsen af begrebet transaktionsbeslutning og hvordan det skal forstås. I dommens præmis 36 fremgår følgende;

- Det fremgår af selve ordlyden af artikel 2, litra k), i direktiv 2005/29, at begrebet »transaktionsbeslutning« er defineret bredt. I henhold til denne bestemmelses ordlyd er en transaktionsbeslutning nemlig »en beslutning, der træffes af en forbruger, om hvorvidt, hvordan og på hvilke betingelser han vil købe«. Dette begreb omfatter derfor ikke blot beslutningen om at købe eller om ikke at købe et produkt, men også en beslutning med direkte tilknytning hertil, herunder beslutningen om at gå ind i forretningen.

Præmissen redegør for forståelsen af begrebet og slår samtidigt fast at dette begreb også skal forstås bredt. Ligesom det var tilfældet med de andre begreber i analysen af de andre domme.

Overordnet benyttes denne dom til at fastslå, at begge elementer vedrørende en urimelig handelspraksis skal kunne gøres gældende før artikel 5 kan finde anvendelse. Ydermere bidrager dommen til forståelse af begrebet transaktionsbeslutning og slår ligesom i de andre domme fast at definitionerne i artikel 2 skal opfattes og anvendes bredt.

3.7 Begrundelse for valg af dom C-206/11 om Georg Köck

Denne dom handler om virksomheders urimelig handelspraksis overfor forbrugerne på det indre marked. Selve tvisten handler om handelspraksisdirektivet er til hinder for en national lovgivning. Ydermere tages der i dommen stilling til hvor vidt forskellige punkter i sortlisten

kan finde anvendelse og benyttes i analysen til at danne et mere klart overblik over brugen af sortlisten.

3.7.1 Beskrivelse af dommen

Dommen handler om Georg Köck, der er indehaver af en forretning i Innsbruck i Østrig. Her havde han markedsført sig i en avis med et totaludsalg. Han reklamerede yderligere foran forretningen med plakatstandere og vinduesmærkater. Udover at anvende ordet totaludsalg anvendte han også udtryk som alt skal væk og op til 90% rabat. Georg Köck havde ikke ansøgt den lokale forvaltningsmyndighed om tilladelse hertil.

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb som er modparten i sagen anlagde sag an mod Georg Köck da der ikke var intet en forhåndstilladelse til annonceringen af udsalget, hvilket der er krav på ifølge den nationale lovgivning. Georg Köck blev først frifundet, hvorefter sagen blev appelleret hvor frifindelsen blev omstødt. Georg Köck prøvede dernæst sagen hos Oberlandesgericht Innsbrucks hvilket har medført følgende præjudicielle spørgsmål, jf. præmis 23;

- Er [direktivets] artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 5, [...] – eller andre bestemmelser i dette direktiv – til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere et udsalg uden tilladelse fra den kompetente administrative myndighed, og en sådan annoncering i en domstolsprocedure derfor skal forbydes, uden at domstolen i denne sag skal efterprøve, om denne handelspraksis har en vildledende, aggressiv eller på anden måde urimelig karakter?

3.7.2 Analyse af dommen

Som det er set i de andre domme der er analyseret skal der først tages stilling hvorvidt artikel 2 kan finde anvendelse. Ligesom det var tilfældet i afsnit 3.5.2 skal der tages stilling til hvorvidt der er tale om en handelspraksis jf. artikel 2, litra d.

Følgende fremgår af dommens præmis 26;

- I den forbindelse bemærkes, at direktivets artikel 2, litra d), ved at anvende en særligt bred formulering definerer »handelspraksis« som »en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne

Som det fremgik i beskrivelsen så markedsførte Georg Köck sig med udsalg og store rabatter, hvilket falder under ordlyden at en handelspraksis som en handling, herunder reklame og markedsføring, foretaget med direkte relation til promovering og salg. Det følger på baggrund heraf at artikel 2, litra d finder anvendelse i dommen og følgelig henhører under direktivets anvendelsesområder.

Dernæst skal der i dommen tages stilling til hvorvidt der er tale om en handelspraksis hvor bilag 1(sortlisten) finder anvendelse. Her slår præmis 36 med følgende citat fast, at det gør den ikke;

- En handelspraksis, der består i annoncering af et udsalg som omhandlet i UWG's § 33a, stk. 1, og som iværksættes af en erhvervsdrivende, der ikke har indhentet en forhåndstilladelse hertil fra den kompetente administrative myndighed, kan imidlertid ikke anses for i sig selv at henhøre under de former for handelspraksis, der er opregnet i bilag I til direktivet.

Der blev i dommen set nærmere på punkt 4, 7 og 15 på sortlisten. I henhold til punkt 4 er der tale om hvis den erhvervsdrivende hævder, at dennes handelspraksis er blevet godkendt eller tilladt af en offentlig eller privat instans, selvom det ikke er tilfældet. Det ville i dommen svare til Georg Köck hævde han havde fået tilladelse til at markedsføre sig som han gjorde. Det er ikke tilfældet og punkt 4 finder derfor ikke anvendelse.

I henhold til punkt 7 på sortlisten der omhandler falsk angivelse, der forleder forbrugeren til at tro, at det pågældende produkt kun vil være tilgængeligt i meget begrænset tid, eller kun tilgængeligt på visse betingelser i meget begrænset tid for at fremme umiddelbar transaktionsbeslutning hos forbrugeren. Dette er i Georg Köck's situation heller ikke tilfældet og punkt 7 finder derfor ikke anvendelse.

Sortlisten punkt 15 vedrører at den erhvervsdrivende hævder at skulle lukke eller flytte til andre lokaler selvom det ikke er tilfældet. I hovedsagens handelspraksis er der ikke tale om lignende og den finder derfor heller ikke anvendelse på Georg Köck og hans situation.

Hvorvidt direktivet er til hinder for den nationale lovgivning fremgår af præmis 47 som lyder;

- Direktivet er dels til hinder for nationale retsfor skrifter, der udelukker en kontrol efter de kriterier, der er fastsat i direktivets artikel 5-9, af en handelspraksis, der ikke er omfattet af bilag I til direktivet.

Dette skal forstås således at, direktivet er til hinder at det pågældende land udelukker muligheden for kontrol af direktivets artikel 5-9. Det kan for eksempel være kontrol omkring der foreligger en vildledning og en forvriddning af den økonomiske interesse. Det må de kun så længe den handelspraksis der behandles falder under bilag 1.

Afsluttende i dommen siger præmis følgende som bekræfter det førnævnte;

- Det følger af samtlige ovenstående bemærkninger, at direktivet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en national ret påbyder at ophøre med en handelspraksis, der ikke er omfattet af bilag I til samme direktiv, med den begrundelse alene, at denne praksis ikke er blevet forhåndsgodkendt af den kompetente administrative myndighed, uden at retten selv foretager en prøvelse af, om den pågældende praksis er urimelig efter de kriterier, der er angivet i direktivets artikel 5-9

I dette citat bliver det slået fast at en national ret *ikke* påbyde at en handelspraksis skal ophøre uden prøvelse af kriterierne i artikel 5-9, med mindre der er tale om en handelspraksis hvor bilag 1 finder anvendelse.

3.8 Begrundelse for valg af dom C-261/07 om Total Belgium

Twisten i denne sag bygger på hvorvidt direktivet er til hinder for, at en national lov kan finde anvendelse. Den anvendes i projektet til, at illustrerer at direktivet foretager en totalharmonisering i relation til urimelig handelspraksis.

3.8.1 Beskrivelse af dommen

Sagen handler om Total Belgium som er et datterselskab af Totalkoncernen som sælger brændstof på tankstationer. Twisten i sagen opstår ved at de har tilbudt de forbrugere, der er indehaver af et Total-Club-kort, at hver gang de tanker minimum 25 liter brændstof på deres bil eller 10 liter brændstof på deres knallert så er de vederlagsfrit dækket en vejservicetjeneste i tre uger. Der er altså tale om en tilgift.

På baggrund af dette anlagde VTB der opererer indenfor vejservicesektoren et søgsmål mod Total Belgium hvor denne handelspraksis skal bringes til ophør i henhold til national lov.

3.8.2 Analyse af dommen

Der må først i analysen fastslås om tilgift udgør en handelspraksis i henhold til handelspraksisdirektivet.

Dette gøres i artikel 2 af direktivet som indeholder en definitionsforklaring. Som det er blevet slået fast i analysen allerede anvendes en bred formulering i definitionen af begrebet handelspraksis. I præmis 49 fremgår følgende;

- I den forbindelse bemærkes, at direktivets artikel 2, litra d), ved at anvende en særligt bred formulering definerer begrebet handelspraksis som »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«.

En tilgift konkluderes på baggrund af dette at udgøre en kommerciel handling der tilsigter promovning og afsætning. Derved slås det fast, at en tilgift er omfattet af en erhvervsdrivendes handelspraksis, jf. artikel 2, litra d og er derfor omfattet af direktivets anvendelsesområder.

Direktivet af et totalharmoniseringsdirektiv og medlemsstaterne må derfor ikke vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end det fremgår af direktivet.

Tvisten i dommen opstår da der i den nationale lov er fastsat forbud mod tilgift, selvom dette ikke er omfattet af sortlisten. Præmis 61 siger følgende om det;

- Som anført i denne doms præmis 55, opregner bilaget imidlertid på udtømmende vis de eneste former for handelspraksis, der under alle omstændigheder er forbudt, og som derfor ikke skal vurderes i hvert enkelt tilfælde.

Ud fra dette kan det udledes at direktivet er til hinder for den nationale lovgivning. I den nationale lovgivning af 1991-lovens artikel 54 forbydes tilgift på præventiv vis uden at

forudsætte en efterprøvelse af urimelighedskriterierne i artikel 5-9. Dette strider imod artikel 4 og omtales således i præmis 63;

- Herved vil en regel af en sådan karakter som den i hovedsagen omhandlede komme i strid med indholdet af direktivets artikel 4, som udtrykkeligt forbyder medlemsstaterne at opretholde eller vedtage mere restriktive nationale foranstaltninger, selv når sådanne foranstaltninger har til formål at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.

Afsluttende konstateres det, at den nationale lov der forbyder tilgift strider imod direktivet, og derfor er direktivet ligeledes til hinder for den nationale bestemme, jf. artikel 4.

Kapitel 4 - Konklusion

Formålet med dette projekt er at redegøre for markedsføringslovens opbygning og analysere markedsføringslovens interne hierarki. Projektet har haft til formål at skabe en generel forståelse af markedsføringsloven og dens opbygning, for dernæst at skabe et overblik over de forskellige klausuler i loven, herunder generalklausulerne i MFL §§ 3 og 4 som dækker over god markedsføringskik og god erhvervsskik. Dernæst om særklausulerne vedrørende vildledende handling eller udeladelser eller aggressiv handelspraksis i MFL §§ 5-7. Der er blevet skabt et overblik og en forståelse af kriterierne og betingelserne der skal opfyldes før de hver især kan finde anvendelse.

Der er med udgangspunkt i problemformuleringen anvendt relevante domme fra EU-domstolen for at kunne analysere lovens interne hierarki. Det er blevet slået fast at der hersker en form for internt hierarki hvor hver klausul spiller en rolle. I dette hierarki agerer generalklausulerne som de mere overordnede klausuler og de optræder som en form for sikkerhedsnet for de andre særklausuler. MFL § 3 og MFL § 4 er forskellige på det punkt, at § 3 ikke behandler spørgsmålet om der sker en forvridning af den økonomiske adfærd. Det gør § 4 derimod, § 4 er implementeret i loven som en del af handelspraksisdirektivet og optræder heri som erhvervsmæssig diligenspligt. Begge opfattes i praksis som en generalklausul og placeres derfor sideordnede i hierarkiet i projektet. Det samme gør sig gældende for de to særklausuler. Gennemgående for særklausulerne i §§ 5-7 er, at der altid skal foreligge en økonomisk forvridning, eller kan forventes at ske en økonomiske forvridning hos gennemsnitsforbrugeren. Ved MFL § 5-6 skal der ligeledes ske en vildledning og ved MFL

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

§ 7 skal der foreligge en aggressiv handelspraksis i form af for eksempel chikane eller lignende.

Ydermere er der blevet slået fast, at særklausulerne godt kan gøres gældende selvom generalklausulen ikke kan, jf. afsnit 3.2.2.

Det slås fast at begge kriterier *altid* skal gøre sig gældende før de kan finde anvendelse. Særklausulerne optræder derfor som det næste lag i hierarkiet.

Afsluttende behandles sortlisten i opgaven. Sortlisten/bilag 1 gælder forskellige typer af handelspraksis der *altid* vil blive opfattet som enten vildledende eller aggressive. Hvis sortlisten finder anvendelse skal der *aldrig* foretages en vurderingssag af hvorvidt det er vildledende eller økonomiske forvridende. De 31 punkter på sortlisten indeholder ikke et vurderingskriterie ligesom er tilfældet i MFL §§ 4-7. Sortlisten betegnes som det sidste lag i det interne hierarki.

Det konkluderes derfor at der hersker et internt hierarki i markedsføringsloven hvilket der er blevet redegjort for og analyseret på i projektet.

Abstract

Based on the Danish law of marketing this thesis will present the historical aspect of the law. Furthermore, the objective is to account for the law of marketing and how the construction of the law is. The law operates in Denmark by securing fair conditions for consumers, companies and the society in general. The first law of marketing was founded in 1974 in Denmark and is getting developed in line with the society's development. The latest revision of the law was in 2017. That revision secured that the marketing of law meets the requirements of the EU. The Unfair Commercial Practices Directive was fully implemented in the law for Denmark to meet the requirement of EU. Beyond the things in the unfair commercial practices' directive the marketing of law also is trying to protect the safety, health environment etc.

The marketing of the is build around two general clause that appears in the law as a security net for the rest of the law. Furthermore, the law is built around special clauses regarding misrepresentation of the consumer and aggressive commercial practices.

This thesis is using rulings from the EU to account for the intern hierarchy within the law by setting and to prime the requirements for each of the different clauses in the law can be applied. The objective of this thesis is additionally to look how the different clauses as the general clause and the special clause is working together.

By doing this the thesis is trying to state what is take for each clause to be find its use. In the special clause found in the marketing of law §§ 5-7 the consumer needs to be misled by actions or omissions and in either case causes the consumer to take a transaction decision that he would not have taken otherwise.

Litteraturliste

Love, forarbejder og direktiver

- **Markedsføringsloven** (Lov nr. 426 af 3. maj 2017 – Lov om markedsføring)
- **L 40/2016** (Lovforslaget som fremsat – Forslag til lov om markedsføring, fremsat den 12. oktober 2016 af Erhvervs- og vækstministeren (Troels Lund Poulsen))
- **L 40/2016** (Betænkning over lovforslag)
- **L 40/2016** (Skriftlig fremsættelse af lovforslag)
- **Direktiv om urimelig handelspraksis/handelspraksisdirektivet** (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomhedernes urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked)
- **Forbrugerkommisionens betænkning II** (Betænkning nr. 681/1974 (Betænkning II))
- **Markedsføringslovsudvalget, juli 2016** (Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Valby 2016)

Afgørelser

- C-435/11 om Team4Travel (EU-domstolen)
- C-428/11 om Office of Fair Trading (EU-domstolen)
- C-59/12 om BKK (EU-domstolen)
- C-540/08 om Österreich (EU-domstolen)
- C-281/12 om Trento Sviluppo (EU-domstolen)
- C-206/11 om Georg Köck (EU-domstolen)
- C-261/11 om Total Belgium (EU-domstolen)

Bøger

- Palle Bo *Madsen* (Markedsret del 2 – markedsføringsret og konkurrenceværn, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 6. udgave 2015)
- Bent Ole Gram *Mortensen* og Michael *Steinicke* (Dansk markedsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 5. udgave 2018)
- Caroline *Heide-Jørgensen* (Lærebog i konkurrence og markedsføringsret, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København, 3. udgave 2017)

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

- Carsten *Munk-Hansen* (Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014)

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

Titelblad

Uddannelse: Kandidatuddannelsen i jura ved Aalborg Universitet

Fagmodul: Kandidatspeciale (30 ETCS)

Titel: Markedsføringslovens opbygning og det interne hierarki

Anslag: 83491

Fagområde: Markedsret

Vejleder: Lektor Marie Jull Sørensen

Forfatter: Andreas Lapirtis ([Studienr. 2012-4852](#))

Afleveringsdato: 28. januar 2019

Statistik:	
Sider	45
Ord	12.513
Tegn (uden mellemrum)	71.169
Tegn (med mellemrum)	83.491
Afsnit	388
Linjer	1.203

Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk

Side 2 af 45 12513 ord Dansk 09:46 28-01-2019