



Skjult reklame på sociale medier

En analyse af forbuddet mod skjult reklame i markedsføringsloven



Et speciale af:

Louise Vandet Iversen

Studienummer: 2014 6392

Anne Kirstine Hejgendorf

Studienummer: 2014 6379

Vejleder: Lektor Marie Jull Sørensen

Abstract

This thesis examines the Danish Marketing Practices Act to determine the applicable law in cases, where an influencer advertises on social media on behalf of traders.

In the last couple of years, the use of so-called “influencers” in marketing-related situations has increased among traders. The use of influencers for marketing purposes has made it more difficult for the consumers to distinguish between personal opinions of a product and corporate commercials, as these influencers are often perceived as private individuals to the consumers. As a result, new issues have surfaced in regard to consumer protection and online marketing, and the marketing legislation has therefore tried to address these issues.

The Danish Marketing Practices Act was amended in 2017 to improve its compliance with EU legislation. Thus, The Danish Marketing Practices Act is a completion of Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. The amendment meant an alteration of the so far applicable section dealing with surreptitious commercial.

The Danish Marketing Practices Act contains a prohibition against surreptitious commercial. The purpose of the prohibition is to obligate traders to clarify the commercial intent of a given commercial practice, including posts on social media, and thereby divert consumers’ attention to the fact that the post is marketing-related. With the increasing use of influencers in online marketing, it is necessary to inform consumers that a post contains commercialized content, in order to let the consumer, make an informed decision of whether to purchase a product or not. The problem complying with the law thus arises, because influencers acting on behalf of a corporation according to the law will be identified with this corporation and not as private individuals. From a practical point of view this means that an influencer advertising on behalf of a corporation, too will be obliged to comply with the rules of The Danish Marketing Practices Act – specifically the prohibition against surreptitious commercial.

The purpose of this thesis is to describe The Danish Marketing Practices Act and the prohibition of surreptitious commercial, and to deduce and determine the statutory requirements for advertising through influencers on social media. To do so the thesis will describe and analyze the Directive 2005/29/EC concerning unfair commercial practices and The Danish Marketing Practices Act. This will be followed by an analysis of the section prohibiting surreptitious commercial. By analyzing guidelines, guidance and decisions from the Danish Consumer Ombudsman, the thesis will seek to determine the practical use of the section prohibiting surreptitious commercial.

Because of a deficiency of practice from the Danish Consumer Ombudsman since the amendment of The Danish Marketing Practices Act in 2017, the thesis attempts to exemplify the practical use of the current section prohibiting surreptitious commercial through an analysis of two selected posts on the social media platform Instagram. Based on the analysis, the thesis will determine what standards both traders and influents must live up to.

The prohibition against surreptitious commercial is an important instrument in marketing law, as it ensures consumers' ability to distinguish between individual opinions and commercial content. However, the analysis of Instagram posts indicates a tendency that some influents have difficulty complying with the law and the prohibition against surreptitious commercial despite thorough legislation and guidelines from The Danish Consumer Ombudsman. Many of these influents are private individuals, and for a layman the requirements of the law can be difficult to understand, though the law considers these people traders. The European Directive concerning unfair commercial practices demands, that enforcement of the marketing legislation is efficient. Given the limited resources of The Danish Consumer Ombudsman and the extent of the social media platforms combined with the many influents not complying with the law, efficient enforcement of the law proves difficult, and therefore the legislation presumably is not sufficiently effective.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	5
1.1. Indledning og problemformulering	5
1.2. Afgrænsning af fokusområde	7
1.3. Metode og retskilder	8
2. Indledende om markedsføringsretten og begrebsdefinitioner	10
2.1 Relevante begreber i markedsføringsretten	10
2.2.1 Gennemsnitsforbrugeren	10
2.2.2 Erhvervsdrivende	14
2.2.3 Handelspraksis	15
2.2.4 Transaktionsbeslutning	16
2.2.5. Reklame	17
2.2 Tæt sammenhæng mellem markedsføringsret og forbrugerret.....	18
3. Retkilder på markedsføringsområdet.....	21
3.1. Handelspraksisdirektivet.....	21
3.1.1 Forbuddet mod urimelig handelspraksis	22
3.1.2 Væsentlig forvridning	24
3.1.3 Vurderingen af, om en handelspraksis er urimelig	24
3.2 Markedsføringsloven.....	25
3.2.1 Markedsføringslovens formål og anvendelsesområde	27
3.2.2 Markedsføringslovens indhold.....	28
3.3 Forbrugerombudsmandens institution.....	29
4. Indholdet i forbuddet mod skjult reklame	32
4.1. Introduktion til markedsføringslovens § 6	32
4.2. Forbuddet mod skjult reklame	33
4.2.1. Kravet om kommerciel hensigt	35
4.2.2. Kravet om tydelighed	38
4.3. Kravet om ikke væsentlig forvridning af den økonomiske adfærd hos en gennemsnitforbruger.....	42
4.4. Opsamling	43
5. En analyse af tydelighedskravet i praksis.....	45

5.1. Indledning.....	45
5.2. Eksempel 1	46
5.2.1. Foreligger der kommerciel hensigt?	46
5.2.2. Opfyldes tydelighedskravet?.....	47
5.2.3. Er indlægget egnet til væsentligt at forvrige forbrugernes økonomiske adfærd?	49
5.2.5. Samlet vurdering af eksempel 1	50
5.3. Eksempel 2	51
5.3.1. Foreligger der kommerciel hensigt?	51
5.3.2. Opfyldes tydelighedskravet?.....	52
5.3.3. Er indlægget egnet til væsentligt at forvrige forbrugernes økonomiske adfærd?	53
5.3.4. Samlet vurdering af eksempel 2	54
5.4. Forbrugerombudsmandens udfordringer i praksis	54
5.5. Opsamling	56
6. Konklusion	57
Litteraturliste.....	60

1. Indledning

1.1. Indledning og problemformulering

I de senere årtier har verden omfavnet den digitale udvikling, og internettet er derfor blevet en integreret del af hele den vestlige verdens dagligdag. Det betyder, at internettet er blevet en fast del af danskerne hverdag. I dag bruger således 88 % af den danske befolkning internettet hver dag.¹ Særligt de sociale medier har gjort deres indtog i danskernes hverdag, og i 2018 brugte danskerne i gennemsnit op til ca. 7 timer på de sociale medier hver dag.²

Dette har åbnet nye døre for markedsføring, fordi erhvervsdrivende via de sociale medier kan nå direkte og målrettet ud til forbrugerne på alle tidspunkter af døgnet. Erhvervsdrivendes markedsføring har derfor udviklet sig i takt med disse tendenser, og anvender som følge heraf i stigende grad de sociale medier til at markedsføre dem selv og deres produkter. Det betyder endvidere, at forbrugerne skal forholde sig til nye typer reklamer, da disse ikke længere kun findes på de traditionelle reklameplatforme, såsom fjernsyn og radio.

De sociale medier har desuden bevirket, at nye aktører er kommet på banen i markedsføringsrelaterede sammenhænge. Sociale medier er uløseligt forbundet med influenter, som er personer, med mange følgere, der skildrer deres private og eventuelt professionelle liv på disse platforme. På grund af deres mange følgere, har influenterne vakt interesse hos de erhvervsdrivende, som ønsker at benytte influenterne som et talerør til forbrugerne og dermed nå ud til en bredere og eventuelt mere veldefineret kreds af forbrugere. Virksomhederne anvender derfor i højere grad influenter som et led i markedsføringen af deres produkter.

Da influenterne oftest skildrer deres private liv og dermed deres personlige holdninger på de sociale medier, kan markedsføring og reklame gennem disse skabe forvirring hos forbrugerne. Personlige holdninger og reklamebudskaber kan for en forbruger være svære at skelne imellem, og de sociale medier har således til en vis grad udvisket det klare skel mellem private meninger om produkter og reklame for erhvervsdrivende. Forbrugeren skal dermed være opmærksom på, hvornår der er tale om reklame.

Lovgiver har med Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring (herefter markedsføringsloven) ønsket at beskytte forbrugerne mod skjult reklame. Et redskab, som lovgivningsmæssigt anvendes til at tydeliggøre skellet mellem private holdninger og reklame, er forbuddet mod skjult reklame, som findes i

¹ Nyt fra Danmarks statistik nr. 245: "IT-anvendelse i befolkningen", s. 2.

² Jan Dohrmann: "Vi bruger mindre tid på medier hver dag: Syv timer og 16 minutter".

markedsføringslovens § 6, stk. 4. Det fremgår af denne bestemmelse, at den kommercielle hensigt med et indlæg tydeligt skal oplyses, så modtageren af et reklamebudskab gøres opmærksom på, at indlægget indeholder reklame. Tidligere har overholdelsen af denne bestemmelse været ligetil, da den erhvervsdrivende selv har været afsender af reklamebudskaberne. I dag, hvor reklame tillige sker gennem influenter, som af forbrugerne opfattes som privatpersoner, er denne bestemmelse derfor yderst relevant.

Udvikling af teknologien og udvidelsen af den digitale færden har medført udfordringer for den retlige regulering på området. Influenter anses på trods af deres status som privatpersoner som erhvervsdrivende i markedsføringsretlig regi og skal dermed overholde markedsføringslovens regler vedrørende reklame. Da disse netop er privatpersoner, har de ofte ikke samme indsigt i reglerne som professionelle aktører, og de kan derfor have svært ved at gennemskue lovgivningens krav til bl.a. markering af reklame. I praksis ses derfor ofte indlæg på de sociale medieplatforme, der ikke overholder de lovpligtige krav til reklamemarkering. Forbrugerombudsmanden har derfor i de senere år haft særligt fokus på blandt andet skjult reklame på sociale medier og ligeledes de nye aktører på markedsføringsområdet, der ikke har samme for forståelse for bestemmelserne som professionelle erhvervsdrivende.

Med ovenstående forhold taget i betragtning er det interessant at undersøge, hvilke regler der gør sig gældende for markedsføring og reklame på internettet ved brug af influenter. Dette speciale søger at beskrive gældende ret i forhold til skjult reklame efter ændringen af markedsføringsloven i 2017. Specialet vil derfor nærmere undersøge markedsføringslovens krav til influenter, der publicerer indlæg indeholdende reklame på de sociale medier.

Specialet vil indledningsvis søge disse forhold undersøgt ved at redegøre for markedsføringslovens opbygning og baggrund. For at klarlægge baggrunden og fundamentet for markedsføringsloven vil relevant EU-retlig regulering blive inddraget, herunder Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (herefter handelspraksisdirektivet). Dette direktiv anvendes desuden til at fastlægge de centrale begreber i markedsføringsretten.

På grund af den digitale verdens udvikling og den stigende brug af online markedsføring har det været nødvendigt at foretage en tilpasning af markedsføringslovgivningen. Specialet vil fokusere på den gældende markedsføringslov, men vil tillige inddrage den tidligere markedsføringslov i et forsøg på at belyse de ændringer, der blev foretaget i 2017 – særligt i relation til bestemmelsen om skjult reklame og kravene indeholdt heri. Specialet vil afslutningsvis illustrere anvendelsen af kravene i praksis gennem analyse og vurdering af udvalgte indlæg fra det sociale medie Instagram, på grund af manglende praksis

på området, og derved søge at demonstrere, hvorledes indlæg indeholdende reklame formentlig bør markeres for at opfylde kravene i markedsføringslovens § 6, stk. 4 i praksis.

1.2. Afgrænsning af fokusområde

Dette speciale beskæftiger sig hovedsageligt med markedsføringslovens bestemmelser og de bagvedliggende direktiver. Andre bestemmelser omhandlende samme eller lignende forhold, herunder Lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handels (herefter e-handelsloven) bestemmelser og ICC's kodeks for reklame og markedskommunikation, vil således alene medtages, såfremt disse findes relevante i den pågældende sammenhæng, men vil ikke i sig selv blive undersøgt nærmere.

Specialet fokuserer på afdækning af forbuddet mod skjult reklame i markedsføringsloven og vil derfor ikke nærmere omtale forhold, som vedrører forbuddet mod uanmodet henvendelse. Specialets hovedfokus er endvidere anvendelse af influenter til markedsføringsformål på de sociale medier, og forholdet hvor medarbejdere reklamerer for den virksomhed, de er ansat i, vil således ikke omtales. Indlæg, der er udarbejdet og publiceret af erhvervsdrivende, berøres ikke, da specialet alene søger at afdække det forhold, hvor en influent markedsfører på vegne af en virksomhed. Specialet fokuserer alene på markedsføring og reklameindlæg, der henvender sig til forbrugere, hvorfor vildledningsforbuddet, der gælder mellem erhvervsdrivende, i henhold til markedsføringslovens § 20, stk. 1 ikke nærmere omtales.

Det forhold, at den erhvervsdrivende sender et produkt til en influent i håb om, at denne vil omtale produktet, kan i medfør af markedsføringsloven anses som en selvstændig handelspraksis. Denne type handelspraksis analyseres ikke yderligere i specialet.

Specialet tager endvidere udgangspunkt i indlæg i form af tekst og billeder, hvorfor de forhold, der gør sig gældende ved reklamevideoer på de sociale medier såvel som såkaldte "produktplaceringer" ikke vil blive analyseret nærmere.

1.3. Metode og retskilder

Specialet anvender den retsdogmatiske metode til at beskrive og analysere gældende ret efter ændringen af markedsføringsloven i 2017. Retsdogmatisk metode indebærer en beskrivelse, analyse samt systematisering af gældende ret ved brug af de relevante retskilder.³

For at besvare specialets problemstilling vil der blive inddraget en række forskellige materialer og retskilder. Det er derfor nødvendigt at foretage en vurdering af disse materials retskildemæssige værdi.

Specialet vil tage udgangspunkt i en ordlydsfortolkning af såvel markedsføringsloven som handelspraksisdirektivet og vil derved søge at udlede, hvilke krav der stilles til influenter i relation til reklame på de sociale medier. Specialet vil ligeledes inddrage markedsføringslovens forarbejder for at fastlægge gældende ret, idet disse udgør et vigtigt fortolkningsbidrag.

I dansk ret er loven en vigtig retskilde på grund af sin særlige demokratiske legitimitet, og loven har derfor en høj retskildemæssig værdi, der medfører, at loven har forrang for en række andre retskilder. Lovens forarbejder indeholder oplysninger om baggrunden for loven og lovgivers intention med de enkelte bestemmelser. Lovforarbejderne anses som følge heraf som et vigtigt bidrag til forståelsen af loven og som en del af den juridiske argumentation.⁴ Endvidere er retspraksis hidrørende fra domstolene en vigtig retskilde og bidrager således til fastlæggelsen af, hvad der er gældende ret. Som følge af manglende retspraksis vedrørende specialets problemstilling, vil retstillingen søges fastlagt gennem analyse og fortolkning af en række udvalgte afgørelser fra Forbrugerombudsmandens på baggrund af den tidligere markedsføringslov. Hertil bemærkes, at den materielle retstilling på mange punkter er den samme. Specialet anvender administrativ praksis fra Forbrugerombudsmanden som et fortolkningsbidrag til at fastlægge gældende ret og for at illustrere anvendelsen af lovgivningens regler i praksis.

Specialet vil søge at fastlægge de relevante centrale begreber i forbrugerretten såvel som i markedsføringsretten. Til dette anvendes både national lovgivning og EU-lovgivning som retskilder. I den forbindelse inddrages handelspraksisdirektivet, som er totalharmoniseret, og markedsføringsloven er derfor en implementering af direktivet i dansk ret.

EU-retten udgør en vigtig retskilde, da EU-retten har forrang for national ret.⁵ Danmark har i kraft af sit medlemskab en forpligtelse til at sikre, at målene i de enkelte direktiver implementeres i national ret.⁶ Det anses ikke for tilstrækkeligt til opfyldelse af et direktiv, at den nationale ret blot indholdsmæssigt

³ Retskilder og retsteorier (2014), s. 30.

⁴ Retssikkerhed og juridisk metode (2018), s. 23-25.

⁵ Retskilder og retsteorier (2014), s. 148.

⁶ Retssikkerhed og juridisk metode (2018), s. 47.

stemmer overens med direktivet. EU-retten stiller tillige krav om, at det korrekte indhold i direktivet skal fremgå af visse retskilder frem for andre. Konkret betyder dette, at direktiver altid kan og normalt også skal opfyldes ved lovgivning.⁷ EU-Domstolens praksis vil desuden inddrages, da domstolens praksis er en vigtig retskilde, som bidrager til fortolkning af handelspraksisdirektivets bestemmelser. Det er de nationale domstole, der indbringer fortolkningsspørgsmål for EU-Domstolen. Da EU-retten har forrang for national ret, vil de nationale domstole herefter skulle følge EU-Domstolens fortolkning.⁸

For at fastlægge gældende ret benyttes desuden Forbrugerombudsmandens udtalelser, vejledninger og retningslinjer. Retningslinjerne er forhandlet med erhvervs- og forbrugerorganisationer, hvorfor de som følge heraf må antages at skulle tillægges en vis praktisk legitimitet. Forbrugerombudsmandens vejledninger må endvidere tillægges en vis værdi, da disse har været i høring inden vedtagelsen. Disse kilder er imidlertid ikke bindende og har ikke status af lovgivning, hvorfor de ikke kan benyttes som et sikkert retsgrundlag, men i stedet benyttes til at give indblik i, hvorledes Forbrugerombudsmanden må formodes at vurdere eventuelle overtrædelser af markedsføringsloven. Materialet får således en vis retskildemæssig værdi i kraft af Forbrugerombudsmandens funktion og status, da Forbrugerombudsmanden af lovgiver er tillagt kompetence til at håndhæve bl.a. markedsføringsloven.

Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med, at markedsføringsloven overholdes, særligt ud fra hensynet til forbrugerne.⁹ Forbrugerombudsmanden er tillagt kompetence til at håndhæve markedsføringsloven og kan som følge heraf iværksætte en række sanktioner over for erhvervsdrivende, herunder påbud og sagsanlæg.¹⁰

Specialet vil til besvarelse af problemstillingen inddrage juridisk litteratur. Juridisk litteratur betragtes ikke som en retskilde og tillægges følgelig ikke retskildemæssig værdi. Den juridiske litteratur bidrager imidlertid til forståelsen af gældende ret og indeholder nyttige redskaber til forståelsen og fortolkningen af lovgivningen.

⁷ Retskilder og retsteorier (2014), s. 151.

⁸ Den Europæiske Unions hjemmeside "Om EU".

⁹ Retskilder og retsteorier (2014), s. 299.

¹⁰ Retskilder og retsteorier (2014), s. 300-301.

2. Indledende om markedsføringsretten og begrebsdefinitioner

2.1 Relevante begreber i markedsføringsretten

Markedsføringsretten er et produkt af EU-retlig regulering, og der er derfor en tæt relation mellem forbrugerretten og markedsføringsretten. Som følge af totalharmonisering på området indeholder handelspraksisdirektivet en række begreber, som dermed også anvendes i markedsføringsloven. De fleste af markedsføringslovens begreber er således fastlagt i EU-retten. Af hensyn til forståelsen af markedsføringslovens anvendelsesområde er det derfor nødvendigt at definere disse begreber nærmere.

2.2.1 Gennemsnitsforbrugeren

Skjult reklame bedømmes ud fra en gennemsnitsforbrugers viden og reaktion, er det nødvendigt at foretage en nærmere præcision af forbrugerbegrebet i markedsføringslovens forstand. Begrebet *forbruger* er et dynamisk begreb, der følger samfundets udvikling. I markedsføringsretten og ligeledes i forbindelse med EU-retlig regulering tager man udgangspunkt i begrebet *gennemsnitsforbrugeren*, som er udviklet gennem EU-Domstolens praksis. Begrebet spiller en essentiel rolle i markedsføringsretten, da bestemmelser, som vedrører forbrugerforhold, tager udgangspunkt i dette begreb.¹¹ Det er således nødvendigt at fastlægge præcist, hvad der forstås ved en *gennemsnitforbruger*, for at kunne analysere indholdet af markedsføringsloven korrekt.

En *forbruger* defineres i markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 1, som en *fysisk* eller *juridisk* person, der hovedsageligt handler uden for sit erhverv. Det fremgår af forarbejderne til den gældende markedsføringslov, at denne definition svarer til det almindelige, danske civilretlige forbrugerbegreb.¹² Den danske definition af en *forbruger* er imidlertid mere vidtgående end den EU-retlige.

I handelspraksisdirektivets artikel 2, litra a defineres en *forbruger* således som en *fysisk* person, der ikke udøver erhvervsvirksomhed. Denne definition adskiller sig fra den danske definition af en *forbruger*, da det danske forbrugerbegreb ligeledes omfatter juridiske personer. Forskellen på de to definitioner medfører, at markedsføring, som alene angår juridiske personer, herunder også private juridiske personer,

¹¹ Markedsføringsretten (2017), s. 96-99.

¹² L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35.

f.eks. private foreninger, vil falde uden for handelspraksisdirektivets anvendelsesområde. I disse tilfælde skal markedsføringen alene bedømmes ud fra generalklausulen i markedsføringslovens § 3.¹³ Direktivets forbrugerbegreb kan ikke udstrækkes til også at omfatte ikke-erhvervsdrivende juridiske personer.¹⁴

Det er derfor vigtigt at skelne mellem juridiske og fysiske personer, da begrebet *gennemsnitsforbrugeren* som udgangspunkt kun omfatter fysiske personer.

I den EU-retlige definition opstilles dermed to betingelser for, at en person kan anses som *forbruger*. For det første skal der være tale om en fysisk person. For det andet skal der være en professionel modpart. Hvis disse to betingelser er opfyldt, er der tale om en *forbruger* i henhold til den EU-retlige definition. For at kunne bedømme virksomheders handelspraksis over for forbrugerne ud fra reglerne i markedsføringsloven, er det dog nødvendigt at have et sammenligneligt udgangspunkt. Derfor tager man udgangspunkt i begrebet *gennemsnitsforbrugeren*.¹⁵

Ved vurderingen af, hvad *gennemsnitsforbrugeren* formodes at vide eller burde vide, tager myndigheden hensyn til alle relevante forhold, herunder forholdene på markedet og under hvilke omstændigheder, produkterne sælges. Desuden tages hensyn til betydning af de pågældende produkters egenskaber, hvilke oplysninger forbrugerne bliver givet, og hvor klare eller omfattende disse oplysninger er. Der tages ligeledes hensyn til, hvorledes den pågældende handelspraksis præsenteres.¹⁶ Dette er blandt andet fastslået i sagen C-470/93 "*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*" (afsagt 6. juli 1995).

Sagen blev anlagt mod Mars GmbH (herefter Mars), da sagsøgeren var af den opfattelse, at emballagen på Mars' is var et udtryk for konkurrence af uredelig karakter.¹⁷ Den omstridte emballage var forsynet med angivelsen "+ 10 %", som var påført i en anden farve end den resterende emballage, og som ifølge sagsøger gav forbrugeren indtryk af, at produktets volumen var forøget med den del, som svarede til den farvede angivelse på emballagen.¹⁸ Den farvede angivelse dækkede imidlertid en større andel af emballagen, end hvad der svarede til 10 %. EU-Domstolen fastslog i den forbindelse, at en almindeligt oplyst forbruger må forventes at være klar over, at der ikke er sammenhæng mellem størrelsen på den

¹³ Markedsret del 2 (2015), s. 34-35.

¹⁴ Markedsret del 2 (2015), s. 34-35.

¹⁵ Markedsret del 2 (2015), s. 58-59.

¹⁶ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 47.

¹⁷ EU-Domstolens sag C-470/93 "*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*", præmis 5.

¹⁸ EU-Domstolens sag C-470/93 "*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*", præmis 8.

pågældende angivelse og den faktiske forøgelse af produktets volumen.¹⁹ I sagen fastslog domstolen således, at en *gennemsnitsforbruger* må anses for at være en almindeligt oplyst forbruger. Domstolen fastslog med denne definition, at der skal være den rette balance mellem nødvendigheden af at beskytte forbrugerne og samtidig varetage hensynet til den frie handel. Dette følger endvidere af EU-Domstolens afgørelse i sagen C-315/92 "*Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratoires SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH.*" (afsagt 2. februar 1994). I sagen fastslog EU-Domstolen, at det EU-retlige proportionalitetsprincip medfører, at hensynet til forbrugerbeskyttelse skal afvejes over for det modstående hensyn til den frie handel på et åbent og konkurrencepræget marked.²⁰

Begrebet *gennemsnitsforbruger* er ikke et statistisk begreb.²¹ De nationale domstole og myndigheder skal derfor, under hensyntagen til EU-Domstolens praksis, foretage en konkret vurdering med henblik på at fastlægge gennemsnitsforbrugerens typiske reaktion i det enkelte tilfælde. EU-Domstolen har i sagen C-210/96 "*Gut Springenheide og Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*" (afsagt 16. juli 1998) udtalt, at det ikke er nødvendigt at indhente en sagkyndig undersøgelse eller en meningsmåling for at fastlægge, hvad forbrugerens forventning eller reaktion vil være i forhold til en given handelspraksis.²²

Definitionen af en *gennemsnitsforbruger* er dermed fastlagt af EU-Domstolen, og der er derved tale om en person, der under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold er en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet forbruger, som også fastslået i dommen C-470/93 "*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*", der behandles ovenfor.

2.2.1.1 Særlige grupper af forbrugere

Der findes imidlertid forbrugere, der falder uden for begrebet *gennemsnitsforbruger*, og disses formodede adfærd må derfor fastlægges ud fra andre kriterier, da særligt godtroende forbrugere må betragtes som en særligt sårbar gruppe, jf. markedsføringslovens § 8, stk. 2. Disse forbrugere er personer, der på grund af visse karaktertræk, f.eks. alder, fysiske eller mentale handicap, er særligt modtagelige for en given handelspraksis. Formålet med bestemmelsen er at beskytte forbrugere, der på grund af særlige forhold har lettere ved at tro på visse påstande end andre forbrugere.²³

¹⁹ EU-Domstolens sag C-470/93 "*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*", præmis 24.

²⁰ Markedsret del 2 (2015), s. 59.

²¹ Markedsføringsretten (2017), s. 98.

²² EU-Domstolens sag C-210/96 "*Gut Springenheide og Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*", præmis 31, 35 og 37.

²³ Handelsdirektivets præambelbetragtning nr.19.

Et eksempel på en særligt sårbar gruppe af forbrugere er børn og unge under 18 år. Såfremt en handelspraksis er rettet mod børn og unge under 18 år, skal myndigheder og erhvervsdrivende ved vurderingen af disses forventelige adfærd tage udgangspunkt i et gennemsnitligt barn frem for en *gennemsnitsforbruger*. I den forbindelse skal der desuden tages højde for børnenes alder, da det ikke kan forventes, at et 7-årigt barn bør indse det samme som en teenager på 17 år. Vurderingen skal derfor foretages ud fra et gennemsnitsbarn i den pågældende aldersgruppe.²⁴

Der stilles dermed et skærpet krav til erhvervsdrivende, når disses markedsføring er rettet mod børn og unge – f.eks. skal markedsføring og reklame rettet mod børn og unge ifølge Forbrugerombudsmanden tilpasses et sprog, som er let forståeligt for disse, se nærmere nedenfor i afsnit "4.2.2 Kravet om tydelighed" om dette.²⁵ Dette skyldes, at børn og unge er lettere at påvirke, og at de som følge af manglende erfaring og kritisk sans kan have sværere ved at gennemskue, at der er tale om reklame.²⁶

Særligt i forbindelse med markedsføring på sociale medier, skal erhvervsdrivende derfor være opmærksomme på den gruppe af forbrugere, de henvender sig til. En overvejende del af influencers følgere er unge mennesker – og i mange tilfælde også børn. Når erhvervsdrivende anvender influenter i markedsføringen af sig selv, bør de derfor udvise en højere grad af agtpågivenhed, da kravene i lovgivningen i disse tilfælde skærpes.

Når myndigheder og erhvervsdrivende skal vurdere en handelspraksis i forhold til en særligt sårbar gruppe af forbrugere, må den pågældende handelspraksis ikke formodes at kunne forvride den pågældende forbrugergruppes økonomiske adfærd på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed må forventes at kunne forudse. Rimelighedskriteriet indebærer et element af proportionalitet, når det vurderes, hvilken påvirkning en handelspraksis kan have på sårbare forbrugere, og på den agtpågivenhed, en erhvervsdrivende må forventes at udvise. En erhvervsdrivende kan således kun ifalde ansvar, hvis den negative indvirkning af en given eksponering på en sårbar forbrugergruppe er eller burde være forudsigelig for den erhvervsdrivende.²⁷

Der kan således ikke opstilles krav om, at den erhvervsdrivende gør mere, end hvad der er rimeligt med hensyn til at forudse, om den pågældende handelspraksis kan forvride den økonomiske adfærd hos en klart identificerbar sårbar gruppe af forbrugere, og med hensyn til at tage skridt mod en formindskelse af denne forvridning.²⁸

²⁴ Markedsføringsretten (2011), s. 207-209.

²⁵ "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 6.

²⁶ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 38-39.

²⁷ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 62-64.

²⁸ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 62-64.

Når loven anvender udtrykket *en særligt sårbar gruppe af forbrugere* dækker det over forbrugere, der er særligt modtagelige over for visse former for handelspraksis og derfor skal bedømmes anderledes end ud fra en gennemsnitsforbrugers adfærd. Dette er særligt relevant, når erhvervsdrivende anvender influenter i markedsføringsøjemed, da disse i mange tilfælde henvender sig til et andet forbrugersegment set i forhold til andre former for reklamer, f.eks. fjernsynsreklamer. Som eksempel kan nævnes Instagram, hvor man kun skal være 13 år gammel²⁹ for at kunne registrere sig som bruger. Som følge heraf vil der utvivlsomt være en vis del af brugerne på denne medieplatform, som er børn og unge under 18 år, og som derfor vil være omfattet af den særlige beskyttelse i markedsføringsloven. Influenter, som foretager markedsføring for erhvervsdrivende på de sociale medier, og hvor reklamen desuden henvender sig særligt til børn og unge, bør derfor være særligt opmærksomme på, at lovens krav til den pågældende markedsføring dermed skærpes.

2.2.2 Erhvervsdrivende

Markedsføringsloven finder anvendelse på såvel privat erhvervsvirksomhed som offentlig virksomhed, jf. lovens § 1, stk. 1. Lovens forbud mod skjult reklame fordrer endvidere, at *erhvervsdrivende* klart skal oplyse, at der ved en given handelspraksis er tale om reklame, jf. markedsføringslovens § 6, stk. 4, 1 pkt. For at forstå hvad dette krav nærmere indebærer, og for at fastslå hvorvidt influenter i denne bestemmelses sammenhæng må anses for erhvervsdrivende, er det derfor nødvendigt nærmere at definere, hvad der ved markedsføringsloven forstås ved en erhvervsdrivende.

En *erhvervsdrivende* defineres i handelspraksisdirektivets artikel 2, litra b som en fysisk eller juridisk person, der i forbindelse med en handelspraksis omfattet af direktivet udøver virksomhed. Denne virksomhed skal enten udøves som handlende, håndværker, industridrivende eller som led i et liberalt erhverv. Endvidere betragtes man i henhold til direktivet som *erhvervsdrivende*, hvis man handler på vegne af en erhvervsdrivende eller i den erhvervsdrivendes navn, jf. direktivets artikel 2, litra b.

Definitionen af en *erhvervsdrivende* er bredt, og begrebet skal forstås således, at det omfatter fysiske eller juridiske personer, der udøver privat erhvervsvirksomhed og offentlig erhvervsvirksomhed. Hvorvidt en fysisk person må anses for at udøve erhvervsvirksomhed, beror på en samlet vurdering af den pågældendes forhold. Det er ikke i henhold til loven et krav, at den pågældende udelukkende er beskæftiget som erhvervsdrivende, eller at vedkommende har et fast forretningssted. Det er heller ikke afgørende, om der søges at opnå en gevinst ved virksomheden. Virksomheden må dog have et vist omfang og udøvelsen må have en vis varighed.³⁰

²⁹ Instagrams anvendelsesvilkår.

³⁰ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35.

Personer, der eksempelvis hjemmefra sælger produkter via internettet, og som søger at opnå en profit, eller som køber produkter for at videresælge disse til en højere pris, vil efter en vurdering af det konkrete tilfælde også kunne anses for at udøve privat erhvervsvirksomhed.³¹

Erhvervsdrivende og de personer, som handler på vegne af en erhvervsdrivende, udøver i henhold til loven privat erhvervsvirksomhed. Det gælder også i tilfælde, hvor den erhvervsdrivende har betalt en anden for at markedsføre sine produkter.³²

I tilfælde, hvor en erhvervsdrivende anvender influenter i forbindelse med markedsføring, medfører dette således, at influenten i henhold til lovens regler betragtes som erhvervsdrivende i det omfang denne udøver sin virksomhed på vegne af den erhvervsdrivende eller i den erhvervsdrivendes navn. Da influenten i disse tilfælde betragtes som erhvervsdrivende, forpligtes influenten herved også til at efterleve markedsføringslovens regler på lige fod med andre erhvervsdrivende. Dette må antages at gælde uanset om influenten er beskæftiget som erhvervsdrivende eller blot udøver sit virke som influent i fritidsøjemed, jf. handelspraksisdirektivets artikel 2, litra b.

2.2.3 Handelspraksis

I handelspraksisdirektivet opstilles et forbud mod erhvervsdrivendes udøvelse af urimelig handelspraksis. Dette forbud er ligeledes indarbejdet i markedsføringsloven. En handelspraksis anses således for urimelig, hvis en række nærmere betingelser er opfyldt, se videre nedenfor i afsnit "3.1. Handelspraksisdirektivet". For at forstå anvendelsesområdet for såvel direktivet som markedsføringsloven er det derfor nødvendigt at fastlægge, hvad begrebet handelspraksis indebærer.

Handelspraksisbegrebet defineres i direktivets artikel 2, litra d samt i markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 6, 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".

Begrebet *produkt* omfatter i denne sammenhæng såvel varer og tjenesteydelser som fast ejendom, jf. direktivets artikel 2, litra c.

Handelspraksisbegrebet defineres således ganske bredt, og direktivet stiller endvidere krav om, at den pågældende handelspraksis sker i forbindelse med enten promovning, salg eller udbud af et produkt. Begrebet omfatter desuden såvel handelspraksis før, under og efter en handelstransaktion. En erhvervsdrivendes vejledning om et produkt vil derfor eksempelvis også være omfattet. Dette gælder også salgs-

³¹ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35.

³² L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35.

fremmede foranstaltninger, herunder reklame, da disse har direkte relation til promovning af produkter. En handelspraksis vil således også omfatte tiden efter salget, herunder efterfølgende service og inkassoprocedure.³³

Handelspraksis kan efter en konkret vurdering ligeledes omfatte branding af en virksomheds omdømme, uden at det direkte relaterer sig til virksomhedens produkter. Et godt virksomhedsomdømme kan forøge virksomhedernes indtægter ved at tiltrække forbrugere, og denne type markedsføring kan derfor have en sådan karakter, at den i det enkelte tilfælde må betragtes som en handelspraksis.³⁴

Begrebet handelspraksis omfatter således enhver form for handling, adfærd eller kommunikation, som er foretaget af en erhvervsdrivende. Endvidere er det en betingelse, at handlingen knytter sig til promovning, salg eller udbud af et produkt. Det afgørende element i den henseende må derfor være, at den pågældende handelspraksis udøves i erhvervsøjemed.

2.2.4 Transaktionsbeslutning

Begrebet transaktionsbeslutning defineres i direktivets artikel 2, litra k samt i markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 5 som en beslutning, forbrugeren træffer, der omhandler hvorvidt, hvordan og på hvilke betingelser forbrugeren ønsker at købe, foretage betaling for, beholde eller afhænde et produkt eller udøve en aftalemæssig rettighed i forbindelse med produktet.

Definitionen af en transaktionsbeslutning er ganske bred og dækker således over mere end blot det forhold, at forbrugeren køber produktet eller ej. EU-Domstolen har fastslået, at begrebet også dækker beslutninger direkte knyttet til købet f.eks. om forbrugeren beslutter sig for at gå ind i en butik eller ej.³⁵ I forhold til internettet vil begrebet således også dække, hvis forbrugeren bruger mere tid på internettet på at bestille en vare eller beslutter sig for ikke at skifte til et andet produkt eller en anden udbyder på grund af en given handelspraksis.³⁶ En transaktionsbeslutning kan også omfatte det, at man besøger en erhvervsdrivendes hjemmeside, f.eks. efter at have set en såkaldt bannerreklame eller som følge af et handelstilbud.³⁷

De fleste almindelige handlinger, som en forbruger udfører før et køb må således betragtes som transaktionsbeslutninger. Begrebet omfatter desuden beslutninger, som træffes efter købet af en vare. Det er

³³ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35-36.

³⁴ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35-36.

³⁵ EU-Domstolens sag C-281/12 "Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. arl v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", præmis 35.

³⁶ Markedsføringslovens § 1 (2013), s. 203.

³⁷ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35-36 samt "En omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder", s. 37-40.

vigtigt at bemærke, at forbrugerens beslutning om at foretage et køb anses for en transaktionsbeslutning, uanset om denne beslutning medfører, at der efterfølgende indgås en gyldig transaktion mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende eller ej. Der stilles ikke krav om, at der efterfølgende indgås en bindende købsaftale i aftaleretlig henseende. Forbrugerens beslutning om ikke at købe en vare betragtes også som en transaktionsbeslutning.³⁸

2.2.5. Reklame

Markedsføringsbegrebet omfatter enhver kommerciel handling, der har relation til afsætning.³⁹ Reklamebegrebet er imidlertid ikke nærmere defineret i markedsføringsloven. Af hensyn til forståelsen af nedenstående afsnit samt analyse og fortolkning af markedsføringslovens § 6, stk. 4, som vedrører forbuddet mod skjult reklame, er det således nødvendigt nærmere at fastlægge, hvad der forstås ved dette begreb, og hvad der således omfattes af bestemmelsen. Er der ikke tale om reklame i lovens forstand, er forholdet selvsagt ikke omfattet af forbuddet i § 6, stk. 4. Der tages udgangspunkt i EU-retlige retsakter for at definere begrebet reklame nærmere.

Tidligere var markedsføringslovens reklamebegreb betinget af, at der forelå en aftale mellem den erhvervsdrivende og formidleren af reklamebudskabet i de tilfælde, hvor en anden end den erhvervsdrivende er afsender af et reklamebudskab.⁴⁰ I henhold til den gældende markedsføringslov er reklamebegrebet nu betinget af kommerciel hensigt.⁴¹

Reklamebegrebet må forstås i overensstemmelse med definitionen i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame (herefter vildledningsdirektivet).⁴² Begrebet *reklame* defineres i vildledningsdirektivets artikel 2, litra a som værende "*enhver form for tilkendegivelse i forbindelse med udøvelse af virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøvelse af et liberalt erhverv, som har til formål at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser*".

Reklamedefinitionen i vildledningsdirektivet forudsætter dermed et afsætningsfremmende formål, for at der er tale om reklame. Begrebet omfatter derfor enhver form for tilkendegivelse, med hvilken den erhvervsdrivende stræber efter at fremme afsætningen af sine produkter. Det afgørende må i denne sammenhæng antages at være det salgsfremmende element.⁴³

³⁸ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35-36 samt "En omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder", s. 37-40.

³⁹ Markedsføringsretten (2011), s. 123.

⁴⁰ Forbrugerretten I (2015), s. 99-100.

⁴¹ Markedsføringsloven har fået et hovedeftersyn og er blevet mere brugervenlig, s. 3.

⁴² Forbrugerretten I (2015), s. 199.

⁴³ Markedsret del 2 (2015), s. 82.

Reklamebegrebet i markedsføringslovens § 6, stk. 4 har, ifølge forarbejderne til markedsføringsloven, i praksis været fortolket i overensstemmelse med begrebet handelspraksis.⁴⁴ For at en handelspraksis omfattes af § 6, stk. 4 stilles ifølge forarbejderne krav om, at den erhvervsdrivende har en kommerciel hensigt med den pågældende handelspraksis.⁴⁵

Afsætningsfremmende foranstaltninger synes i den juridiske teori at udgøre en central del af *reklamebegrebet*, hvorfor der bør lægges vægt på, om et indlæg overordnet set må antages at skulle have formålet at fremme afsætningen eller have direkte relation til promovning, salg eller udbud, som nævnt i vildledningsdirektivet samt handelspraksisdirektivet.⁴⁶ Afsætningsfremmende formål omfatter ikke alene direkte købsopfordringer, da også generel omtale af virksomheder og disses produkter kan være omfattet.⁴⁷

For at der foreligger en reklame, må der som udgangspunkt være tale om en erhvervsmæssig kommunikation, som sker i afsætningsøjemed. Dette krav må antages at gælde, uanset hvem reklamen henveder sig til, eller hvilket medie den optræder i.⁴⁸ I praksis må reklamebegrebet i markedsføringslovens § 6, stk. 4's forstand dog antages at skulle fortolkes i overensstemmelse med begrebet *handelspraksis*.⁴⁹

2.2 Tæt sammenhæng mellem markedsføringsret og forbrugerret

Forbrugerretten kan anvendes som en samlet betegnelse for den regulering, der påvirker forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Markedsføringsretten er en del af forbrugerretten, men har også aspekter, som falder uden for forbrugerretten. Den regulering, der i daglig tale kendes som forbrugerretten, fokuserer hovedsageligt på forbrugers særlige rettigheder og dermed den individuelle forbrugerbeskyttelse, mens den primære funktion i markedsføringsretten er at sikre, at konkurrencen mellem erhvervsdrivende sker på en loyal måde, og at aftagere af produkterne derfor får mulighed for at træffe et rationelt valg på et informeret grundlag. Markedsføringsretten fokuserer således hovedsageligt på den kollektive forbrugerbeskyttelse.

Dansk forbrugerret er kendetegnet ved dynamiske retsregler, og retsområdet har over den senere årrække udviklet sig hastigt under stor bevågenhed fra EU.⁵⁰ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) indeholder blandt andet en række målsætninger for Unionen. Af traktatens artikel

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

⁴⁵ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 45.

⁴⁶ Markedsret del 2 (2015), s. 84 samt U.2011B.153, s. 1-2.

⁴⁷ U.2011B.153, s. 2.

⁴⁸ Markedsføringsretten (2011), s. 133.

⁴⁹ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 42.

⁵⁰ Dansk Markedsret (2018), s. 221-225.

169, stk. 1 fremgår det eksempelvis, at EU bidrager til at beskytte forbrugernes økonomiske interesser og til at fremme disses ret til oplysninger.

Såvel markedsføringsretten som den generelle forbrugerret har til hensigt at beskytte forbrugeren, som anses for at være den svage part i en handelssituation. Markedsføringsloven er et resultat af stor EU-bevågenhed på området og et ønske om et konkurrencedygtigt indre marked samt en høj forbrugerbeskyttelse. Som en naturlig følge heraf vil nærværende afsnit søge at gennemgå, hvorledes den generelle forbrugerbeskyttelseslovgivning er opbygget, og dermed hvorledes den almindelige forbruger er beskyttet.

Markedsføringsretten er en del af den generelle forbrugerbeskyttende regulering og indeholder ligeledes en række regler, der varetager hensynet til forbrugerbeskyttelsen. Den grundlæggende forbrugerret har således i høj grad sammenhæng med de markedsføringsretlige regler. Eksempelvis omfatter pligten til at udvise god markedsføringsskik i henhold til markedsføringslovens § 3 også en pligt til i øvrigt at overholde den civilretlige forbrugerbeskyttelseslovgivning, herunder forbrugeraftaleloven. Endvidere giver markedsføringsloven mulighed for at gribe ind over for handlinger i strid med god markedsføringsskik, herunder også handlinger, som strider imod lov nr. 1457 af 17. december 2013 om forbrugeraftaler (herefter forbrugeraftaleloven).⁵¹

Direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder (herefter forbrugerrettighedsdirektivet) fastlægger en række aftalemæssige rettigheder for forbrugere.⁵² Direktivet er implementeret i dansk ret, og forbrugeren nyder herigennem en række rettigheder, herunder retten til fortrydelse af et køb, jf. forbrugeraftalelovens § 18, stk. 1.

Forbrugerrettighedsdirektivet indeholder endvidere en række definitioner af forbrugerretlige begreber, som også er videreført i dansk ret, og som fastlægger forbrugerbegrebets omfang. Disse definitioner er gennemgående på forbrugerretsområdet og anvendes således også i markedsføringsretten.

Ifølge forbrugerrettighedsdirektivet skaber forskelle i forbrugernes retsstilling væsentlige hindringer på det indre marked og påvirker således både erhvervsdrivende og forbrugerne. Såvel forbrugere som erhvervsdrivende bør kunne henholde sig til en enkelt reguleringsmæssig ramme, som baseres på tydeligt definerede juridiske begreber, og som overordnet regulerer nærmere definerede aspekter af aftaler mellem erhvervsdrivende for forbrugere i hele EU. Direktivet anfører ligeledes, at forbrugere bør *”nyde godt af et højt fælles beskyttelsesniveau i hele Unionen”*^{53,54}

⁵¹ Gennemførelse af direktivet om forbrugerrettigheder, s. 100-101.

⁵² Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 2.

⁵³ Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 7, sidste pkt.

⁵⁴ Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 6 og 7.

Forbrugerbeskyttelsen bygger derfor på antagelsen, at man ved at opnå et højt niveau af forbrugerbeskyttelse samtidig bidrager til et velfungerende indre marked.⁵⁵ Dette gennemføres ved en indbyrdes tilnærmelse af specifikke aspekter af medlemsstaternes love, som vedrører aftaler indgået mellem forbrugere og erhvervsdrivende, jf. forbrugerrettighedsdirektivets artikel 1.

Ønsket om at opnå den rette balance mellem et højt og ensartet forbrugerbeskyttelsesniveau og virksomhedernes konkurrencemuligheder kan ifølge forbrugerrettighedsdirektivet ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne, men kan bedre opnås på EU-plan.⁵⁶ I henhold til nærhedsprincippet⁵⁷, som findes i artikel 5 i Traktaten om Den Europæiske Union, kan EU derfor vedtage foranstaltninger i overensstemmelse hermed.⁵⁸

Forbrugerrettighedsdirektivet fordrer derfor også, at medlemsstaterne fastsætter regler for de sanktioner, der skal anvendes, såfremt direktivet overtrædes, og at medlemsstaterne ligeledes sikrer, at disse sanktioner iværksættes.⁵⁹ I dansk ret håndhæves en del af de forbrugerbeskyttende regler af Forbrugerklagenævnet, mens de markedsføringsretlige regler håndhæves af Forbrugerombudsmanden.

⁵⁵ Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 65 og TEUF artikel 169, stk. 2, litra a.

⁵⁶ Forbrugerrettighedsdirektivet præambelbetragtning, nr. 4.

⁵⁷ Nærhedsprincippet indebærer, at EU alene må handle, når det er mere fordelagtigt at gennemføre lovgivning på EU-plan end på nationalt, regionalt eller lokalt plan, jf. <https://www.eu.dk/da/fakta-om-eu/saadan-lovgiver-eu/naerhedsprincippet>.

⁵⁸ Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 65.

⁵⁹ Forbrugerrettighedsdirektivets præambelbetragtning nr. 57.

3. Retskilder på markedsføringsområdet

Markedsføringsretten opdeles i en generel del og en speciel del, der regulerer særlige medier eller sektorer. I dansk ret findes de generelle regler om markedsføring primært i markedsføringsloven og forbrugeraftaleloven. Markedsføringsområdet er et dynamisk retsområde, og der er et stadigt behov for at fortolke de gældende bestemmelser i lyset af samfundsudviklingen.⁶⁰

Markedsføringsretten præges af flere forskellige EU-retsakter, herunder handelspraksisdirektivet og i specifik henseende også vildledningsdirektivet. Vildledningsdirektivet beskytter primært erhvervsdrivende i forholdet til andre erhvervsdrivende, hvilket kommer til udtryk i formålsbestemmelsen i artikel 1. Handelspraksisdirektivet regulerer omvendt forholdet mellem forbrugere og erhvervsdrivende, jf. direktivets artikel 1.⁶¹ Idet specialet ikke beskæftiger sig med forholdet mellem erhvervsdrivende, vil vildledningsdirektivet ikke blive gennemgået nærmere.

Forbrugerombudsmanden spiller en særlig rolle i retlig henseende på markedsføringsområdet i dansk ret og er i markedsføringsloven tillagt kompetence til at udfærdige retningslinjer for markedsføring. Forbrugerombudsmanden har således en udfyldende rolle, idet denne skaber normer og udvikler det markedsføringsretlige retsområde på nationalt plan.⁶²

3.1. Handelspraksisdirektivet

Handelspraksisdirektivet gennemfører en række markedsføringsretlige tiltag. Direktivet gennemfører således en række bestemmelser, som har til formål at beskytte forbrugeren mod erhvervsdrivendes vildledende handelspraksis i markedsføringsretligt regi.⁶³ Derfor foretages en tilnærmelse af medlemsstaternes love om urimelig handelspraksis, herunder såkaldt illoyal reklame, som direkte skader forbrugernes økonomiske interesser.⁶⁴ Direktivet vedrører nærmere de former for handelspraksis, som direkte påvirker forbrugernes transaktionsbeslutninger i forbindelse med produkter.⁶⁵ Urimelig handelspraksis må antages ligeledes at omfatte skjult reklame, idet det er anført, at begrebet vildledende handelspraksis ønskeligt omfatter de former for handelspraksis, hvor forbrugeren bedrages og dermed forhindres i at træffe et informeret og effektivt valg, herunder vildledende reklame. Vildledende reklame og skjult reklame må i denne kontekst antages at være to sider af samme sag, idet skjult reklame kan

⁶⁰ Dansk Markedsret (2018), s. 220-221.

⁶¹ Dansk Markedsret (2018), s. 225 og U.2008.B.275, s. 1.

⁶² Dansk Markedsret (2018), s. 221.

⁶³ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 14.

⁶⁴ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 6.

⁶⁵ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 7.

virke vildledende for forbrugeren, der på grund af den manglende eller utilstrækkelige reklamemarkering ikke får de nødvendige og væsentlige informationer for at træffe sin købsbeslutning på oplyst grundlag.

Direktivet er implementeret i dansk ret gennem markedsføringsloven, og derfor har direktivets bestemmelser direkte virkning i dansk ret.⁶⁶

3.1.1 Forbuddet mod urimelig handelspraksis

I artikel 5, stk. 1, opstilles et generelt forbud mod udøvelse af urimelig handelspraksis. Artikel 5, stk. 2 uddyber nærmere, hvornår en handelspraksis anses for urimelig. Det fremgår således, at to kumulative betingelser opstilles, som dermed begge skal være opfyldt, førend den pågældende handelspraksis er at betragte som urimelig. Den pågældende handelspraksis skal for det første være i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt, jf. direktivets artikel 5, stk. 1, litra a.

Begrebet *erhvervsmæssig diligenspligt* er nærmere beskrevet i direktivets artikel 2, litra h, som værende *”standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som skal stå i et rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis og/eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt.”* Begrebet *erhvervsmæssig diligenspligt* omfatter således en standard for de evner og den agtpågivenhed en erhvervsdrivende med rimelighed må kunne forventes at udvise. Begrebet svarer til det i markedsføringslovens § 4 anvendte begreb om *god erhvervsskik*, jf. markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 9.⁶⁷

For det andet skal den pågældende handelspraksis væsentligt forvride eller kunne forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren, som den pågældende handelspraksis rettes mod. Rettes den pågældende handelspraksis mod en særlig gruppe af forbrugere, skal der ved vurderingen af, om den foranlediger en forvridding, tages udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af denne forbrugergruppe, jf. artikel 5, stk. 2, litra b.

Direktivet fastlægger videre i artikel 5, stk. 4, litra a, at en handelspraksis i særdeleshed anses for urimelig, såfremt denne er vildledende. Bestemmelsen henviser til direktivets artikel 7, som omhandler vildledende udeladelser. Af artikel 7, stk. 1 fremgår det, at en handelspraksis er at betragte som vildledende, hvis den i sin faktuelle kontekst udelader væsentlige oplysninger, som en gennemsnitsforbruger har brug for i den givne situation for at træffe en informeret transaktionsbeslutning. Det betragtes desuden som en vildledende udeladelse, hvis den erhvervsdrivende skjuler eller på anden uklar eller uhenigtsmæssig måde formidler væsentlige oplysninger, jf. artikel 7, stk. 2. Endelig er det vildledende, hvis

⁶⁶ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 19.

⁶⁷ Markedsret del 2 (2015), s. 54.

den erhvervsdrivende undlader at oplyse om den kommercielle hensigt ved en given handelspraksis, når denne ikke fremgår tydeligt af konteksten.

Direktivets artikel 7, stk. 2, forpligter derved erhvervsdrivende til at angive den kommercielle hensigt med en given reklame eller anden handling eller markedsføring.⁶⁸ Det er dette, der i dansk ret kendes som forbuddet mod skjult reklame.

EU-Domstolen har i flere domme bekræftet, at handelspraksisdirektivets artikel 6 og 7 skal forstås sådan, at en handelspraksis alene er vildledende i direktivets forstand, når den indeholder urigtige eller vildledende oplysninger, og når den kan foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet.⁶⁹ De to betingelser er kumulative. Forholdene i direktivets bilag 1, pkt. 1-23, også betegnet "sortlisten", anses imidlertid altid for vildledende.⁷⁰

I sagen C-435/11: CHS Tour Services GmbH v. Team4 Travel GmbH (afsagt 19.09.2013) havde en østrigsk rejsearrangør i en salgsbrochure angivet bestemte skisportshoteller som eksklusive i den forstand, at de ikke kunne tilbydes af andre rejsearrangører på specifikke datoer. Hotellerne accepterede imidlertid alligevel gæster fra et konkurrerende rejsebureau på de pågældende tidspunkter og overholdt således ikke den aftaleretlige forpligtelse med CHS Tour Services. Selvom CHS Tour Services ikke var klar over dette brud på kontrakten, var det indiskutabelt, at oplysningerne i brochuren var usande. Under behandling af sagen opstod der tvivl om, hvorvidt en handelspraksis, som er omfattet af direktivets artikel 6, stk. 1 skal være i strid med erhvervsmæssig diligenspligt, jf. artikel 5, stk. 2, litra a, eller om det alene er nok, at den pågældende handelspraksis er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske interesser. EU-Domstolen fastslog, at der uden tvivl var tale om vildledende markedsføring omfattet af handelspraksisdirektivets artikel 6, stk. 1, jf. artikel 5. Når en handelspraksis er omfattet af direktivets artikel 6-9 er det således alene nødvendigt at vurdere, om den pågældende handelspraksis er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske interesser, jf. kravet i artikel 5, stk. 2, litra b. Det var derfor ikke nødvendigt nærmere at undersøge, hvorvidt den pågældende handelspraksis også var i strid med erhvervsmæssig diligenspligt, jf. artikel 5, stk. 2, litra a.⁷¹

EU-Domstolen fastslog i ovenstående sag, at hvor en handelspraksis er omfattet af direktivets artikel 6-9, herunder artikel 7 om vildledende udeladelser, gælder alene de i bestemmelserne opstillede krav. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge kravet om erhvervsmæssig diligenspligt nærmere.

⁶⁸ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 24.

⁶⁹ Markedsret del 2 (2015), s. 56.

⁷⁰ Markedsret del 2 (2015), s. 56.

⁷¹ Markedsret del 2 (2015), s. 54 og EU-Domstolens sag C-435/11 "CHS Tour Services GmbH v. Team4 Travel GmbH", præmis 43-46.

3.1.2 Væsentlig forvridning

Spørgsmålet er herefter, hvornår en væsentlig forvridning antages at foreligge.

Handelspraksisdirektivet definerer i artikel 2, litra e, hvad der ved direktivet må forstås ved *væsentlig forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd*. Det følger af denne bestemmelse, at der foreligger en væsentlig forvridning, såfremt en erhvervsdrivende anvender en handelspraksis, som "*mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet*", jf. artikel 2, litra e. Dette krav indebærer, at markedsføring ikke må være egnet til at indskrænke forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning.⁷² For at en given handelspraksis omfattes af begrebet *væsentlig forvridning*, er det derfor afgørende, at den pågældende handelspraksis er egnet til en mærkbar forvridning af forbrugerens beslutning.⁷³

Det afgørende i relation til, om en handelspraksis væsentligt forvrider eller kan antages væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd er, om forbrugeren foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne under andre omstændigheder ikke ville have truffet. EU-Domstolens brede fortolkning af begrebet *transaktionsbeslutning* medfører, at handelspraksisdirektivet også er anvendeligt i situationer, hvor den erhvervsdrivendes urimelige handelspraksis ikke har foranlediget forbrugeren til at foretage et køb eller tegne en kontrakt. Hvorvidt der foreligger en væsentlig forvridning, afhænger ikke alene af forbrugerens økonomiske adfærd – dvs. forbrugerens transaktionsbeslutning. Det kræver tillige en vurdering af, hvorvidt den pågældende handelspraksis kan forventes at have denne virkning på *gennemsnitsforbrugeren*. De nationale myndigheder bør derfor konkret vurdere sandsynligheden for den virkning, en given handelspraksis vil have for gennemsnitsforbrugerens transaktionsbeslutning.⁷⁴

3.1.3 Vurderingen af, om en handelspraksis er urimelig

Når det skal vurderes, om en handelspraksis er at betragte som urimelig, må det indledningsvis i henhold til direktivet vurderes, om den pågældende handelspraksis er omfattet af sortlisten. Er den enkelte handelspraksis omfattet heraf, er den allerede i kraft af dette forhold ulovlig og i strid med direktivet. Er en handelspraksis ikke omfattet af sortlisten, vurderes herefter, hvorvidt den pågældende handelspraksis er vildledende i henhold til artikel 6-7 eller aggressiv i henhold til artikel 8-9, og om den er egnet til at forvride gennemsnitsforbrugerens transaktionsbeslutning. Er den pågældende handelspraksis ikke i kraft heraf forbudt, vurderes afslutningsvis, om denne er i strid med kravet om erhvervsmæssig

⁷² L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 21.

⁷³ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 35-36.

⁷⁴ "En omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder", s. 40-42.

diligenspligt, og om den er egnet til at forvrilde gennemsnitsforbrugerens transaktionsbeslutning. Er den pågældende handelspraksis ikke i strid med disse regler, kan den betragtes som lovlig.⁷⁵

Ifølge direktivet er det desuden nødvendigt, at medlemsstaterne indfører sanktioner for overtrædelse af direktivets bestemmelser og tillige sikrer, at disse regler håndhæves. Sanktionerne skal endvidere være effektive og stå i forhold til overtrædelsens omfang og karakter samt have en afskrækkende virkning.⁷⁶

Handelspraksisdirektivet omfatter alene forhold, som vedrører beskyttelsen af forbrugernes økonomiske interesser.⁷⁷ Nationale bestemmelser, som ikke varetager forbrugerbeskyttelseshensyn, falder uden for handelspraksisdirektivets anvendelsesområde, jf. sag C-599/11 Pelckmans Turnhout.⁷⁸

3.2 Markedsføringsloven

Beslutningen om ændring og fornyelse af den tid markedsføringslov skete efter en åbningskrivelse fra Europa-Kommissionen, som påpegede, at Danmark på en række punkter tilsyneladende ikke havde implementeret handelspraksisdirektivet korrekt. Ændringerne var således begrundet i et ønske eller mål om at opnå en lovgivning i bedre overensstemmelse med den overstatslige EU-lovgivning på området. Endvidere er det i de almindelige bemærkninger til lovforslaget til markedsføringsloven af 2017 anført, at den teknologiske udvikling har medført nye markedsføringsmuligheder for virksomhederne. Denne udvikling har dels medført udfordringer for virksomhederne, som har haft et usikkert grundlag for at vurdere, om deres kommunikation var i overensstemmelse med lovens regler herfor, og dels for forbrugerne, som har kunnet være usikre på deres rettigheder. På baggrund heraf nedsattes et udvalg om markedsføringsloven i slutningen af 2014. Udvalgets opgave var at foretage et omfattende eftersyn af den dagældende markedsføringslov samt udarbejde et udkast til en forenklet markedsføringslov med det formål at understøtte *"gode og ensartede forbrugerforhold i lyset af den teknologiske udvikling inden for kommerciel kommunikation og ikke pålægger erhvervslivet unødvendige byrder"*.⁷⁹

Målet om at skabe et fælleseuropæisk enhedsmarked kræver, at samtlige virksomheder underlægges de samme regler med hensyn til markedsføringen af deres produkter eller tjenesteydelser. Der foreligger fra EU-siden således flere og flere retsakter og domme, der specificerer de krav, der stilles til markedsføring og markedskommunikation.⁸⁰

⁷⁵ Markedsret del 2 (2015), s. 57.

⁷⁶ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 22.

⁷⁷ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 20.

⁷⁸ Markedsret del 2 (2015), s. 43.

⁷⁹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16.

⁸⁰ Markedsret del 2 (2015), s. 40.

De fleste ændringer var ifølge lovforslagets bemærkninger af lovteknisk karakter og har således ikke medført materielle ændringer af loven.⁸¹ Udvalget lagde i sit arbejde især vægt på, at den nye markedsføringslov skulle understøtte et velfungerende marked og fair konkurrence såvel som hensynet til en hensigtsmæssig forbrugerbeskyttelse. Udvalget inddrog både praktiske erfaringer og de håndhævelsesmæssige udfordringer, som Forbrugerombudsmandsinstitutionen havde oplevet.⁸²

Den nugældende markedsføringslov trådte i kraft i 2017 og indførte nye retningslinjer for virksomhedernes markedsføringsaktiviteter, herunder en materiel ændring af forbuddet mod skjult reklame for særligt at tilpasse lovgivningen til den stigende grad af markedsføring via sociale medier.⁸³

Som udgangspunkt har enhver ret til at markedsføre sine varer og tjenesteydelser. Begrænsninger af retten hertil forudsætter lovhjemmel eller en overskridelse af generalklausulernes krav om overholdelse af god markedsføringsskik.⁸⁴

Det er et naturligt led i enhver markedsøkonomi, at udbydere af varer og tjenesteydelser kan formidle oplysninger om deres produkter til forbrugerne. Markedsføring, og særligt reklamer, kan også betragtes som ytringer, og skal derfor ses i lyset af den generelle grundlovssikrede ret til ytringsfrihed. Man taler her om kommerciel ytringsfrihed. Hensynet til ytringsfriheden må derfor vejes op mod de andre beskyttelsesværdige hensyn.⁸⁵

Markedsføringsloven indeholder særlige bestemmelser med henblik på tilsyn med overholdelse af lovens forskrifter. Forbrugerombudsmanden fører tilsyn og er tillagt kompetence til at håndhæve markedsføringsloven, se nærmere nedenfor i afsnit "3.3. Forbrugerombudsmandens institution".⁸⁶

Loven bygger på en forudsætning om, at såvel erhvervslivet som forbrugerne overordnet har en sammenfaldende interesse i, at udøvelse af erhvervsvirksomhed skal ske i overensstemmelse med god markedsføringsskik og lovens bestemmelser i øvrigt. Inddragelsen af en forbrugersynsvinkel har medført et nyt syn på reklame. Reklame er traditionelt set blevet anset som et vigtigt konkurrencemiddel for virksomhederne og ligeledes et middel, som kan anvendes til at fremme salget af varer og tjenesteydelser. I dag benyttes reklame ikke alene i salgsfremmende øjemed men også til information og kommunikation med køberne. De tidligere gældende principper for loyal reklame fokuserede primært på et såkaldt sandhedskrav, men i dag er dette sandhedskrav suppleret med et vist oplysningskrav og et forbud

⁸¹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 18.

⁸² L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16.

⁸³ Dansk Markedsret (2018), s. 237-241.

⁸⁴ Dansk Markedsret (2018), s. 217.

⁸⁵ Dansk Markedsret (2018), s. 218-219.

⁸⁶ Dansk Markedsret (2018), s. 220.

mod angivelser, der er utilbørlige. Hensynet hertil er indarbejdet i markedsføringslovens bestemmelser.⁸⁷

3.2.1 Markedsføringslovens formål og anvendelsesområde

Markedsføringsrettens primære formål er at sikre, at konkurrencen mellem erhvervsdrivende sker på en loyal måde og sådan, at købere af produkter kan træffe rationelle valg på baggrund af pris, service og kvalitet. Markedsføringsloven bygger på den præmis, at forbrugerne og erhvervslivet har en sammenfaldende interesse i, at der i erhvervsøjemed handles i overensstemmelse med god markedsføringsskik.⁸⁸ Loven fastlægger reglerne for virksomheders markedsføring over for forbrugere og deres adfærd i forhold til hinanden i markedsføringsmæssig regi. Markedsføringsloven er derfor et vigtigt regelsæt for virksomheder og forbrugere, idet loven sikrer et vist niveau af forbrugerbeskyttelse og samtidig skaber rammerne for effektiv konkurrence og handel på rimelige vilkår.⁸⁹ Ét af de redskaber, der i dansk ret benyttes til at sikre netop det høje niveau af forbrugerbeskyttelse, er forbuddet mod skjult reklame, som er hjemlet i markedsføringslovens § 6, stk. 4.

Den nugældende markedsføringslov er teknologineutral og finder derfor anvendelse uanset hvilken type medie, markedsføringen optræder i. Lovens primære formål er at sikre, at erhvervsvirksomhed drives på en tilbørlig måde og under hensyntagen til andre erhvervsdrivende samt til forbrugerne og almene samfundsinteresser. Erhvervsdrivende skal derved udvise god markedsføringsskik.⁹⁰

Markedsføringsloven har blandt andet til formål at forhindre, at forbrugernes opmærksomhed bortledes fra et produkts pris og kvalitet. Et eksempel på dette er, at prissløring overordnet set hindres ved reglerne om god markedsføringsskik samt vildledningsforbuddet og endvidere ved Forbrugerombudsmandens udstedelse af retningslinjer, som skal sikre, at erhvervsdrivende overholder markedsføringslovens regler.⁹¹ Markedsføringslovgivningen bygger på den opfattelse, at erhvervsudøvelse er et samfundsanliggende, og derfor skal der ske en afvejning af forskellige interesser.⁹²

Markedsføringslovens regler finder anvendelse, når erhvervsdrivende markedsfører sig på det danske marked. Det er uden betydning, om udenlandske udbydere er etableret i Danmark. Det EU-retlige virkningsprincip medfører, at det er tilstrækkeligt, at deres markedsføring retter sig mod det danske marked.⁹³

⁸⁷ Markedsret del 2 (2015), s. 50-52.

⁸⁸ Markedsføringsretten (2011), s. 19-21.

⁸⁹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16.

⁹⁰ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 16-17.

⁹¹ Markedsføringsretten (2011), s. 22.

⁹² Dansk Markedsret (2015), s. 217-218.

⁹³ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 34.

Markedsføringsloven gælder for erhvervsdrivende og finder således anvendelse på ”*privat erhvervsvirksomhed samt på offentlig virksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet*”, jf. markedsføringslovens § 1, stk. 1. Loven tager således udgangspunkt i, at alle udbydere på markedet er underlagt samme grundlæggende vilkår. Om et konkret forhold er omfattet af loven, afhænger således af handlingens karakter og ikke virksomhedens organisationsform.⁹⁴

Offentlig virksomhed, der omfattes af loven på linje med privat erhvervsvirksomhed, vil f.eks. omfatte transport af personer eller gods. Som udgangspunkt gælder markedsføringslovens regler for alle brancher og alle former for erhvervsvirksomhed.⁹⁵

Begrebet *markedsføring* skal forstås forholdsvis bredt og set i forhold til loven må det antages, at begrebet indebærer enhver handling af erhvervsmæssig karakter, for så vidt denne handling er egnet til at krænke de rettigheder, der beskyttes ved loven. Markedsføringsloven omfatter således den fulde proces lige fra den indledende reklame, til produktion og salg og efterfølgende til inkassoprocedure. Det er uden betydning, om den erhvervsdrivende har til formål at opnå en økonomisk vinding, da det afgørende i denne sammenhæng er, at handlingen sker i erhvervsøjemed. Det er heller ikke afgørende, om den konkrete handling har et salgsfremmende formål, om end der antageligt må stilles krav om, at handlingen har en vis relation til markedet.⁹⁶ Markedsføring omfatter dermed enhver handling eller undladdelse, som forbindes med erhvervsmæssig omsætning, og hvis karakter er egnet til at krænke markedsføringslovens beskyttelsesinteresser.⁹⁷

3.2.2 Markedsføringslovens indhold

Markedsføringslovens § 3 indeholder en generalklausul, som pålægger erhvervsdrivende at udvise god markedsføringsskik. Markedsføringslovens § 6, herunder § 6, stk. 4, er således udtryk for specialbestemmelser, som tillader en bestemt markedsadfærd, hvis en række nærmere krav er opfyldt. Er en bestemt reklameform dermed tilladt efter denne specialbestemmelse, vil bestemmelsen i realiteten være udtryk for, at der udvises god markedsføringsskik.⁹⁸

Generalklausulen gælder markedsføring såvel i forbrugerregi som over for andre erhvervsdrivende.⁹⁹ Det fremgår endvidere af generalklausulen i § 3, at handelspraksis, som er rettet mod børn og unge, skal udformes under særlig hensyntagen til børns og unges manglende erfaring og kritiske sans.¹⁰⁰

⁹⁴ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 20.

⁹⁵ Markedsret del 2 (2015), s. 19-22.

⁹⁶ Markedsføringsretten (2011), s. 27.

⁹⁷ Markedsret del 2 (2015), s. 24-25.

⁹⁸ Markedsret del 2 (2015), s. 30.

⁹⁹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 17-21.

¹⁰⁰ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 18 samt specielle bemærkninger, s. 38-39.

Markedsføringslovens § 6 opstiller et forbud mod vildledende markedsføring. Forbuddet medfører, at f.eks. reklamer og andet markedsføringsmateriale skal være udformet i overensstemmelse med reglerne herfor. Markedsføringen må derfor ikke udelade oplysninger, som har betydning for forbrugerens vurdering af tilbuddet. Den erhvervsdrivende skal generelt set optræde loyalt og ærligt, og må ikke anvende markedsføringsmetoder, der er vildledende eller urimelige over for forbrugerne.¹⁰¹ Herved forbydes markedsføring, der udsætter forbrugeren for en utilbørlig påvirkning. Det er et krav, at markedsføringen har kommercielt sigte og på denne måde er egnet til at forvride forbrugerens økonomiske adfærd.¹⁰²

Markedsføringslovens § 6, stk. 4, indeholder et forbud mod skjult reklame. For at afgrænse bestemmelsens anvendelsesområde er det derfor afgørende at sondre mellem, hvorvidt der er tale om reklame eller anden markedsføring. Er der tale om reklame, skal forholdet henføres under § 6, stk. 4. Er der derimod tale om vildledende markedsføring, skal forholdet henføres til § 6 om vildledning.¹⁰³

3.3 Forbrugerombudsmandens institution

Forbrugerombudsmanden er i kraft af markedsføringsloven tillagt kompetence til at føre tilsyn med markedsføringslovens overholdelse i Danmark, jf. markedsføringslovens § 25. Forbrugerombudsmandens opgave er derfor at føre tilsyn med, om loven og de regler, der er udstedt i medfør af loven, bliver overholdt. Forbrugerombudsmanden varetager primært hensynet til forbrugerne, men kan dog også prioritere andre hensyn i sit arbejde.¹⁰⁴ Forbrugerombudsmanden er dermed ikke afskåret fra at behandle rene erhvervsforhold.¹⁰⁵ Forbrugerombudsmanden varetager i sit arbejde hensynet til forbrugerne, ved blandt andet at fremme forbrugernes kendskab til deres rettigheder og ved at sørge for, at loven håndhæves over for erhvervsdrivende, der ikke overholder reglerne heri.¹⁰⁶ Den nuværende Forbrugerombudsmand i Danmark er Christina Toftegaard Nielsen.¹⁰⁷

Forbrugerombudsmanden kan på eget initiativ optage sager til behandling, men sager kan også optages til behandling på baggrund af indkomne klager. Der påhviler ikke Forbrugerombudsmanden en forpligtelse til at behandle sager, og hun beslutter således selv, hvorvidt en sag skal behandles, og hvordan de

¹⁰¹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 17.

¹⁰² L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 22.

¹⁰³ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 22.

¹⁰⁴ Dansk Markedsret (2018), s. 436.

¹⁰⁵ Markedsføringsretten (2017), s. 80.

¹⁰⁶ Forbrugerombudsmandens "Strategi og vision".

¹⁰⁷ Forbrugerombudsmandens "Hvem er vi".

forskellige typer af sager skal prioriteres.¹⁰⁸ Det fremgår af myndighedens hjemmeside, at Forbrugerombudsmandens institution har udvalgt en række indsatsområder, som denne har særligt fokus på. Et af disse punkter er ”klassisk reklame”. Under denne kategori forefindes f.eks. skjult reklame.¹⁰⁹ Skjult reklame er således et område, som Forbrugerombudsmanden har særligt fokus på og derfor prioriterer på nuværende tidspunkt.

Håndhævelsesmyndigheden har forskellige redskaber til at føre tilsyn med og håndhæve markedsføringsloven. Denne håndhævelse skal varetages ud fra et såkaldt forhandlingsprincip, jf. markedsføringslovens § 28, stk. 1. Dette indebærer, at myndigheden ved forhandling skal søge at påvirke erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med god markedsføringsskik og til at overholde de øvrige bestemmelser i lovgivningen på markedsføringsområdet. Såfremt myndigheden bliver bekendt med en mulig overtrædelse af markedsføringsloven, vil denne som udgangspunkt i første omgang rette henvendelse til den erhvervsdrivende med henblik på at indskærpe lovens regler eller via forhandling søge at opnå tilsagn fra den erhvervsdrivende om at ændre den pågældende handelspraksis.¹¹⁰ Forbrugerombudsmanden kan anlægge sager ved domstolene om forbud og påbud til erhvervsdrivende. Endvidere kan der anlægges sager om erstatning og vederlag.¹¹¹ Forbrugerombudsmanden har kompetence til selv at møde i såvel strafferetlige som civile sager.¹¹²

Såfremt Forbrugerombudsmanden ikke gennem forhandlinger formår at få en erhvervsdrivende til at ændre sine handlinger, kan Forbrugerombudsmanden udstede et påbud til den erhvervsdrivende.¹¹³ Disse påbud er strafsanktionerede, hvorfor tilsidesættelse af påbuddet kan straffes med bøde eller fængsel i op til 4 måneder, jf. markedsføringslovens § 37, stk. 1.

Myndigheden har endvidere mulighed for at udstede retningslinjer inden for nærmere angivne lovområder. Disse retningslinjer benyttes ikke alene mod en enkeltstående erhvervsdrivende for at få denne til at efterleve markedsføringslovens regler, men har ligeledes til formål at præcisere det materielle indhold af bestemmelserne i markedsføringsloven.¹¹⁴ I praksis har retningslinjerne i mange tilfælde karakter af samregulering, da disse ofte er udarbejdet på baggrund af forudgående forhandlinger med forbru-

¹⁰⁸ Dansk Markedsret (2018), s. 437.

¹⁰⁹ Artikel: ”særlige indsatsområder”.

¹¹⁰ Markedsføringsretten (2017), s. 80.

¹¹¹ L 40 -2016-17, almindelige bemærkninger, s. 18.

¹¹² Markedsføringsretten (2017), s. 82-83.

¹¹³ Dansk Markedsret (2018), s. 445.

¹¹⁴ Dansk Markedsret (2018), s. 445.

ger- og erhvervsorganisationer på markedet, hvorved såvel forbruger- som erhvervsinteresser er repræsenteret.¹¹⁵ Retningslinjerne har i sig selv ikke høj retskildemæssig værdi, men idet generalklausulen om god markedsføringskik er en retsstandard, får retningslinjerne fra Forbrugerombudsmanden alligevel en form for værdi, og de kan derfor benyttes som fortolkningsbidrag til generalklausulen.¹¹⁶

Udover retningslinjer kan håndhævelsesmyndigheden udstede ensidigt fastsatte vejledninger. Disse indeholder Forbrugerombudsmandens generelle fortolkninger af bestemmelserne i loven. Myndigheden kan endvidere afgive en forhåndsbesked i forhold til vurdering af lovligheden af markedsføringsforanstaltninger. Forhåndsbeskeder afgives på anmodning fra en erhvervsdrivende og gives derfor til den enkelte erhvervsdrivende, jf. markedsføringslovens § 30, stk. 1. I en forhåndsbesked meddeler myndighedens sin opfattelse af lovligheden af en påtænkt markedsføring.¹¹⁷ En sådan forhåndsbesked er ikke retligt bindende for parterne, men alene vejledende.

Overtrædelser af markedsføringsloven kan sanktioneres ved forbud eller påbud. Forbud og påbud er en præcisering og dermed en indskærpelse af den erhvervsdrivendes eksisterende pligter i forhold til en given handelspraksis. Forbrugerombudsmanden kan nedlægge forbud eller påbud efter markedsføringslovens § 24, stk. 1, hvis det er klart, at der foreligger en overtrædelse af loven, og hvis forhandling må anses for formålsløs. Et påbud kan af den, dette er rettet imod, begæres indbragt for domstolene, i hvilket tilfælde Forbrugerombudsmanden er forpligtet til at anlægge sagen til pådømmelse ved domstolene. Forbrugerombudsmandens påbud er således ikke endegyldige, og det er derfor i sidste ende domstolene, der fastslår gyldigheden af et nedlagt påbud.¹¹⁸

Både retningslinjer og vejledninger fra Forbrugerombudsmanden kan bidrage til afklaring af retstilstanden på områder, der hidtil har været uafklarede.¹¹⁹ Forbrugerombudsmanden spiller derfor en vigtig rolle i forhold til forståelsen af markedsføringslovens regler, da det udsendte materiale i kraft af Forbrugerombudsmandens status har en udfyldende effekt og bidrager til fortolkning af markedsføringslovens indhold. Forbrugerombudsmandens håndhævelse af markedsføringslovens regler er særdeles vigtig, da Forbrugerombudsmanden herved kan sanktionere erhvervsdrivende, som ikke overholder loven, og da disse sanktioner ligeledes har en afskrækkende effekt. Det er ifølge handelspraksisdirektivet et krav, at håndhævelsen af markedsføringsloven er effektiv, jf. handelspraksisdirektivets artikel 13.

¹¹⁵ Markedsføringsretten (2017), s. 82.

¹¹⁶ Dansk Markedsret (2018), s. 446.

¹¹⁷ Dansk Markedsret (2018), s. 447.

¹¹⁸ Markedsføringsretten (2017), s. 82-86.

¹¹⁹ Dansk Markedsret (2018), s. 446

4. Indholdet i forbuddet mod skjult reklame

4.1. Introduktion til markedsføringslovens § 6

Et af de redskaber, der anvendes for at sikre et højt niveau af forbrugerbeskyttelse i EU, er vildledningsforbuddet, herunder forbuddet mod skjult reklame, som er hjemlet i hhv. markedsføringslovens § 6, stk. 1 og stk. 4. Som følge af virksomhedernes stigende anvendelse af influenter til markedsføring på de sociale medier er forbuddet mod skjult reklame er derfor blevet særligt aktuelt og relevant. I dag er det almindeligt, at disse influenter, udover deres personlige meninger, også deler reklamer for virksomheders produkter på deres sociale medier. Dette har affødt en række problemstillinger, der kræver en nærmere gennemgang af bestemmelsen i § 6 for at kunne belyses tilstrækkeligt. Det er først og fremmest nødvendigt med en nærmere introduktion af bestemmelsen for at fastlægge dennes relevans. De følgende afsnit vil søge at klarlægge, hvilke betingelser der opstilles, for at et forhold omfattes af bestemmelsen vedrørende skjult reklame. Analysen indeholder dernæst en gennemgang af bestemmelsens krav til reklamemarkering, og hvad disse krav nærmere indebærer. Kapitlet vil afslutningsvis søge at fastlægge, hvornår et indlæg er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Dette krav analyseres, da det opstilles som betingelse for, at et forhold kan omfattes af markedsføringslovens § 6.

Markedsføringslovens § 6 er en del af vildledningsforbuddet i dansk markedsføringsret. Bestemmelsen indeholder et forbud mod vildledende udeladelser, der skader forbrugerens økonomiske interesser. Det grundlæggende i vildledningsforbuddet er dermed, at erhvervsdrivendes handelspraksis ikke må indeholde urigtige oplysninger, eller på anden måde må kunne forventes at vildlede gennemsnitsforbrugeren.¹²⁰ Markedsføringslovens § 6 er en gennemførelse af artikel 5, stk. 1, 3 og 4 samt artikel 7 i handelspraksisdirektivet.¹²¹ Handelspraksisdirektivet fokuserer i høj grad på indsatsen mod vildledende og aggressiv handelspraksis.¹²²

¹²⁰ Markedsføringsretten (2017), s. 95.

¹²¹ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 23.

¹²² Markedsføringsretten (2017), s. 93.

4.2. Forbuddet mod skjult reklame

I henhold til markedsføringslovens § 6, stk. 1, må en erhvervsdrivendes handelspraksis ikke vildlede ved at udelade eller skjule væsentlige oplysninger eller præsentere væsentlige oplysninger på en uklar, uforståelig, dobbeltydig eller uhensigtsmæssig måde. Den erhvervsdrivende skal derfor også klart oplyse om den kommercielle hensigt med enhver form for handelspraksis, herunder reklame, jf. markedsføringslovens § 6, stk. 4. Bestemmelsen er en gennemførelse af handelspraksisdirektivets artikel 7, stk. 2, som omhandler vildledende udeladelser.

Markedsføringslovens § 6, stk. 4, opstiller et forbud mod skjult reklame i forbindelse med markedsføring. Formålet med dette forbud er, at forbrugerens opmærksomhed henledes på, at der er tale om reklame for et produkt, og at forbrugeren derved får mulighed for at vurdere budskabet set i det lys.¹²³ Det fremgår således af præambelen til handelspraksisdirektivet, at "*begrebet vildledende handelspraksis omfatter de former for praksis, herunder vildledende reklame, hvor forbrugeren bedrages og dermed forhindres i at træffe et informeret og således effektivt valg*".¹²⁴

Markedsføringslovens § 9 fastlægger endvidere, at en erhvervsdrivende ikke må anvende de former for handelspraksis, der opregnes i lovens bilag 1. Dette forbud gælder uanset, at den erhvervsdrivende ikke har handlet i strid med lovens §§ 5-7, herunder også forbuddet mod skjult reklame. Bilag 1 til markedsføringsloven oplister specifikke former for handelspraksis, som altid anses for vildledende. Som *vildledende handelspraksis* betragtes deriblandt handelspraksis, hvor en erhvervsdrivende usandfærdigt påstår eller giver indtryk af, at denne ikke handler som led i sit erhverv eller sin profession, jf. pkt. 22. Ligeledes anses det for vildledende, hvis den erhvervsdrivende i modstrid med sandheden udgiver sig for at være forbruger, jf. pkt. 22. Det vil derfor altid være et udtryk for vildledende handelspraksis, hvis en influent foretager markedsføring for en erhvervsdrivende og udgiver sig for at være forbruger, da influenten i sådanne tilfælde i lovens øjne anses for at være erhvervsdrivende.

Med § 6, stk. 4, indføres et forbud mod skjult reklame, der varetager hensynet til forbrugerne, og hensigten med forbuddet er derfor at give forbrugeren rigere mulighed for at træffe en beslutning på et informeret grundlag.

Bestemmelsen omfatter flere typer markedsføring, herunder både markedsføring af et specifikt produkt, men også branding, hvor det er et brand, der omtales, og ikke blot et enkelt produkt. Forbuddet mod skjult reklame omfatter endvidere markedsføring i alle klassiske medier såvel som sociale medier,

¹²³ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 78.

¹²⁴ Handelspraksisdirektivets præambelbetragtning nr. 14.

f.eks. Instagram. Derudover finder bestemmelsen anvendelse på den erhvervsdrivendes handelspraksis før, under og efter en handel.

Forbuddet mod skjult reklame indebærer en forpligtelse for den erhvervsdrivende til klart at oplyse om den kommercielle hensigt med en given handelspraksis. Andre end den erhvervsdrivende kan imidlertid også pålægges forpligtelsen og dermed få ansvaret for, at der oplyses tilstrækkeligt om den kommercielle hensigt. Har den erhvervsdrivende således gjort, hvad denne kunne, for at oplyse f.eks. et reklamebureau om, at reklame skal markeres tydeligt, har denne som udgangspunkt opfyldt sin pligt i relation til bestemmelsens krav.¹²⁵ Forbrugerombudsmanden har i den henseende udtalt, at det efter hendes opfattelse ikke er nok, at den erhvervsdrivende har oplyst influenten om, at reklame skal markeres, men at der også må foreligge en form for tilsynspligt for den erhvervsdrivende, der således må sikre, at reglerne overholdes. Hvor langt denne pligt rækker, er imidlertid uafklaret.¹²⁶ Både reklamebureauer, der formidler kontakt mellem en erhvervsdrivende og en influent samt influenten selv, der lægger indlægget med omtale af et produkt op på de sociale medier, kan blive ansvarlige, når reklameindholdet ikke markeres tydeligt nok.¹²⁷ Ansvaret for medvirken til en lovovertrædelse følger de almindelige strafferetlige bestemmelser om medvirken.¹²⁸ I henhold til Lovbekendtgørelse nr. 1156 af 20. september 2018 af straffelovens § 23, stk. 1, 1. pkt., omfattes alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen.

At det ikke kun er den erhvervsdrivende, der kan ifalde ansvar, hvis en reklame ikke markeres tilstrækkeligt tydeligt, illustreres af Forbrugerombudsmandens afgørelse i sag 14/09254, hvor Forbrugerombudsmanden politianmeldte en erhvervsdrivende og et reklamebureau, som derefter blev sanktioneret ved bøde for skjult reklame på en sangerindes Instagramprofil. I dette tilfælde blev både den erhvervsdrivende såvel som reklamebureauet anset som ansvarlige for overtrædelsen af forbuddet, og Forbrugerombudsmanden gjorde i denne forbindelse sangerinden opmærksom på *"at man kunne ifalde et strafferetligt ansvar for at overtræde eller medvirke til at overtræde forbuddet mod skjult reklame"*.¹²⁹

For at et forhold kan omfattes af bestemmelsen vedrørende skjult reklame, skal der først og fremmest foreligge reklame i bestemmelsens forstand. Det skal derfor undersøges, om der foreligger kommerciel hensigt. Herefter skal det undersøges, om reklameindholdet må anses for skjult, eller om reklamen er markeret tilstrækkeligt tydeligt. Foreligger der en kommerciel hensigt, og kan det samtidig konstateres, at reklameindholdet ikke er markeret tilstrækkeligt tydeligt, må det herefter vurderes, hvorvidt der kan

¹²⁵ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 215.

¹²⁶ Forbrugerombudsmandens udtalelser d. 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet.

¹²⁷ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 2.

¹²⁸ Rapport fra markedsføringsudvalget, s. 215.

¹²⁹ Sagsnummer 14/09254 – "Virksomhed og mediebureau vedtog bøder for skjult reklame" (17. august 2017)

ske en væsentlig forvriddning af den økonomiske adfærd hos en gennemsnitsforbruger. Det fremgår af markedsføringslovens § 8, stk. 1, at dette er en betingelse for, at der handlet i strid med § 6. Hvis ikke den pågældende reklame er egnet til at foranledige en væsentlig forvriddning af den økonomiske adfærd hos forbrugerne, er der således ikke tale om et brud på reglerne om skjult reklame. I stedet kan forholdet klassificeres som et brud på generalklausulen i § 3 om god markedsføringsskik.

4.2.1. Kravet om kommerciel hensigt

4.2.1.1 Det dagældende krav om en egentlig aftale

Ifølge forarbejderne til markedsføringsloven af 2012 indeholdt forbuddet mod skjult reklame i den tidligere lovs § 4, stk. 1, (den nuværende lovs § 6, stk. 4) et krav om, at der skulle foreligge en egentlig aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten, for at forholdet var omfattet af bestemmelsen. Forelå der ikke en aftale mellem disse parter, var der således ikke tale om reklame i bestemmelsens forstand, hvorfor forholdet faldt uden for bestemmelsens anvendelsesområde. Kravet om en aftale bestod dog kun i situationer, hvor en erhvervsdrivende henvendte sig til en privatperson for at få denne til at omtale sit produkt, og bestemmelsen opstillede således ikke krav om en egentlig aftale, i tilfælde hvor en erhvervsdrivende henvendte sig til en anden erhvervsdrivende.¹³⁰ Kravet om en egentlig aftale er ikke videreført i gældende ret, men kravet er alligevel analyseret nedenfor for at danne baggrund for analysen af det nuværende krav om kommerciel hensigt.

De krav, der i henhold til den tidligere bestemmelse blev stillet til typen af aftale mellem de to parter, fremgår ikke af forarbejderne, og der skulle således foretages en konkret vurdering i den enkelte sag.¹³¹ Forbrugerombudsmanden har dog udtalt, at det ikke har betydning, hvem af parterne, der havde taget initiativet til en aftale, om den erhvervsdrivende havde stillet krav til udformning af eksponeringen, eller om der forelå en form for betaling. Hertil bemærkes dog, at Forbrugerombudsmanden anså det som en stærk indikator på, at der forelå en aftale mellem parterne, såfremt influenten modtog betaling for eksponeringen.¹³²

De krav, der blev stillet til aftalen, kan illustreres ved Forbrugerombudsmandens afgørelse i sagen 13/07021 (Arla-dommen). I denne sag kontaktede den erhvervsdrivende en blogger gennem et reklamebureau og tilbød herigennem bloggeren et nyt produkt. I et uddrag af mailen fra den erhvervsdrivende, stod der følgende:

¹³⁰ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 2.

¹³¹ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 213.

¹³² Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, s. 213.

"Så spørgsmålet er, om du har lyst til at smage en Bubble Latte og være med til at starte trenden herhjemme? Hvis du takker ja, skal du se det som en gave fra Arla. Du er velkommen til at tage billeder af produkterne og lægge dem på din Instagram-konto eller blog, men det er intet krav!"¹³³

Den erhvervsdrivende fremførte, at korrespondancen alene havde til hensigt at få bloggerens accept til fremsendelse af produktet, og at der dermed ikke var indgået en egentlig aftale om reklame af produktet på bloggerens sociale medier.

Forbrugerombudsmanden fastslog imidlertid, at formålet med mailen havde været at få bloggeren til at omtale det pågældende produkt på sin blog. Forbrugerombudsmanden lagde desuden vægt på, at den erhvervsdrivende i korrespondancen havde omtalt bloggen i rosede vendinger og havde draget paralleller til det omtalte produkt, samt at bloggeren også selv havde fået indtryk af, at der var tale om en opfordring til at omtale produktet.¹³⁴

Forbrugerombudsmanden fandt således, at der forelå en aftale mellem den erhvervsdrivende og bloggeren til trods for, at den erhvervsdrivende i sin mail havde skrevet, at det ikke var et krav, at bloggeren omtalte produktet på sin blog. At den erhvervsdrivende havde anført dette i mailkorrespondancen, ansås af Forbrugerombudsmanden som et forsøg på at sløre formålet med henvendelsen.¹³⁵

Arla-dommen illustrerer, at der i henhold til tidligere praksis kunne foreligge en aftale mellem influenten og den erhvervsdrivende, selvom der ikke fra den erhvervsdrivendes side blev stillet krav til udformning af eksponeringen, og uagtet at det ikke direkte fremgik af korrespondancens ordlyd, at de indgik en aftale.

4.2.1.2 Det nugældende krav om kommerciel hensigt

Kravet om en egentlig aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten videreførtes, som nævnt ovenfor, ikke i den nugældende markedsføringslovs § 6, stk. 4, hvorfor der i gældende ret alene opstilles et krav om "kommerciel hensigt". Ændringen af markedsføringsloven har dermed medført en skærpelse af forbuddet mod skjult reklame, og med den aktuelle ordlyd vil flere situationer således omfattes af bestemmelsen, idet det ikke skal bevises, at der foreligger en egentlig aftale.

For at fastslå, om der foreligger en kommerciel hensigt med en given handelspraksis, skal der foretages en konkret vurdering i den enkelte situation. På nuværende tidspunkt foreligger der ikke retspraksis, der illustrerer denne vurdering tydeligt, og følgende afsnit er således baseret på Forbrugerombudsmandens notater, udtalelser samt udsendte materiale.

¹³³ Sagsnummer: 13/07021 - "Blogindlæg var skjult reklame" (05. december 2014)

¹³⁴ Sagsnummer: 13/07021 - "Blogindlæg var skjult reklame" (05. december 2014)

¹³⁵ Sagsnummer: 13/07021 - "Blogindlæg var skjult reklame" (05. december 2014)

En erhvervsdrivende har som udgangspunkt en kommerciel hensigt, hvis denne henvender sig til en influent med det formål at få influenten til at omtale et produkt og dermed fremme den erhvervsdrivendes salg. Ved vurderingen af, om der foreligger kommerciel hensigt, er det underordnet, hvem der har taget initiativ til en korrespondance mellem den erhvervsdrivende og influenten. Ydermere er det efter ændringen af loven videreført, at det er underordnet, om den erhvervsdrivende har stillet krav til indholdet og udformningen af produkteksponeringen. Der er en formodning om, at der foreligger kommerciel hensigt, hvis den erhvervsdrivende sender et produkt til influenten som gave, eller for at influenten kan teste produktet, dvs. når influenten modtager et produkt til eje.¹³⁶

Der vil altid foreligge kommerciel hensigt, hvis en aftale om promovning af et produkt er indgået mellem de to parter. Det er underordnet i denne sammenhæng, om den pågældende aftale er skriftlig, mundtlig eller stiltiende.¹³⁷ Desuden foreligger der, ifølge Forbrugerombudsmanden, en aftale om eksponering – og dermed kommerciel hensigt, hvis influenten har en aftale med virksomheden om at være dennes ambassadør, hvis influenten arrangerer konkurrencer på vegne af virksomheden, hvis influenten enten modtager betaling pr. tryk på link, der henviser til hjemmesiden, eller hvis influenten får procenter ved køb af den erhvervsdrivendes produkter for derefter at omtale produktet på de sociale medier.¹³⁸

Har en influent og en erhvervsdrivende indgået en aftale om reklame, og er denne aftale udløbet, kan der i nogle tilfælde foreligge kommerciel hensigt alligevel. Dette gør sig f.eks. gældende, hvis influenten publicerer indlæg, hvor produktet har en væsentlig placering, og hvis influenten fortsat "tagger" den erhvervsdrivende i indlægget.¹³⁹ Dette hænger sammen med, at forbuddet mod skjult reklame finder anvendelse på alle former for handelspraksis før, under og efter en handel. Der skal i dette tilfælde foretages en vurdering af, om indlægget har reklameværdi for den erhvervsdrivende.

Der forekommer naturligvis også situationer, hvor der ikke kan fastslås en kommerciel hensigt. Et eksempel på dette kan være, hvis influenten omtaler et produkt på eget initiativ. Det skal derfor i det konkrete tilfælde vurderes, om influenten omtaler produktet på eget initiativ eller efter henvendelse fra en erhvervsdrivende.¹⁴⁰ Hvis en influent omtaler et produkt på eget initiativ og dermed uden forudgående kommunikation med den erhvervsdrivende, foreligger der som udgangspunkt ikke en kommerciel hensigt bag indlægget.¹⁴¹ Der foreligger som udgangspunkt heller ikke kommerciel hensigt, hvis influenten ikke modtager et produkt eller betaling, men blot modtager en pressemeddelelse fra virksomheden, som

¹³⁶ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 5.

¹³⁷ "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 2.

¹³⁸ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 4.

¹³⁹ Forbrugerombudsmandens "Ofte stillede spørgsmål".

¹⁴⁰ "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 1.

¹⁴¹ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 5.

influenter derefter omtaler på sine sociale medier. I dette tilfælde modtager influenter ikke en belønning fra virksomheden, men kun en pressemeddelelse.¹⁴²

Kort sagt betyder ovenstående, at alle indlæg, der er et resultat af kontakt mellem den erhvervsdrivende og influenter, og som skaber en reklameværdi for den erhvervsdrivende, som udgangspunkt skal markeres som reklame.¹⁴³

4.2.2. Kravet om tydelighed

Markedsføringslovens § 6, stk. 4, opstiller, som anført tidligere, et krav om, at den kommercielle hensigt med enhver form for handelspraksis *klart* skal oplyses. Det er imidlertid ikke anført i markedsføringsloven eller dennes forarbejder, hvordan det skal markeres, at der er tale om et indlæg med kommerciel hensigt.¹⁴⁴ Det fremgår dog af markedsføringslovens § 6, stk. 5, at der skal tages hensyn til, om den erhvervsdrivende anvender et medie, hvor der er begrænset plads eller tid til at formidle, at der foreligger en kommerciel hensigt. Det er helt essentielt i markedsføringsretten, at forbrugeren kan identificere reklame, og det må derfor kun være i tilfælde, hvor reklameindholdet fremgår meget tydeligt af sammenhængen, at tydelige angivelser af reklame må udelades på grund af begrænsninger i ord eller tid.¹⁴⁵ På mange sociale medier er der ikke et begrænset antal ord eller sekunder stillet til rådighed til et indlæg, og der er derfor i få tilfælde tale om et medie, hvor den erhvervsdrivende eller influenter ikke har mulighed for at oplyse om den kommercielle hensigt.

Hvordan influenter vil markere, at der er tale om reklame for et produkt, er overladt til influenter selv at beslutte, så længe det klart og tydeligt fremgår, at der er tale om reklame. Det skal ligeledes være tydeligt, hvem der reklameres for. Kravet om, at det skal fremgå tydeligt, hvem en influenter reklamerer for, er fastslået af de nordiske forbrugerombudsmande i deres standpunkt til handel og markedsføring på internettet, ligesom det er et krav i henhold til e-handelslovens § 9, stk. 1.

Det vigtigste er, at forbrugere har mulighed for at identificere, at der er tale om reklame, når de ser omtalen af produktet.¹⁴⁶ Af handelspraksisdirektivets artikel 7, stk. 2, fremgår det, at det må anses for en vildledende udeladelse, hvis den erhvervsdrivende undlader at angive den kommercielle hensigt med en given handelspraksis, *hvis den ikke allerede fremgår tydeligt af sammenhængen* (egen fremhævning). Kravet om tydelig markering af den kommercielle hensigt indeholder således ikke et krav om

¹⁴² Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 5

¹⁴³ Forbrugerombudsmandens "Ofte stillede spørgsmål".

¹⁴⁴ Notat: "Budskaber fra informationsmøde", s. 2.

¹⁴⁵ Markedsføringsretten (2017), s. 175.

¹⁴⁶ "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 2.

skriftlighed.¹⁴⁷ Fremgår en kommerciel hensigt tydeligt ud fra helhedsindtrykket af indlægget, er influenten derfor ikke yderligere forpligtet til at anføre, at indlægget er reklame.¹⁴⁸

Placeringen af reklamemarkeringen spiller en væsentlig rolle i helhedsvurderingen af indlægget. Forbrugerombudsmanden fastslår i sin anbefaling "Gode råd til influenter om skjult reklame" at markeringen bør placeres i starten af influentens indlæg, og at denne placering i så fald vil overholde tydelighedskravet. Hvis markeringen i modsat fald er placeret nederst i et indlæg, kan dette tale imod, at tydelighedskravet anses for opfyldt. Med andre ord bør det ikke være nødvendigt for forbrugeren at skulle lede efter markeringen ved f.eks. at skulle "scrolle ned" ned i indlægget for at fastslå, at der er tale om reklame for et produkt.¹⁴⁹ Udover at overveje placeringen af reklamemarkeringen bør influenten også overveje, hvilken skriftstørrelse og skriftfarve denne benytter til markeringen. Skriftfarven skal ligeledes vurderes i forhold til baggrundsfarven.¹⁵⁰ Disse to faktorer spiller således også ind i vurderingen af, om markeringen er tilstrækkelig tydelig.¹⁵¹ Dette vil blive eksemplificeret i *kapitel 5 "En analyse af tydelighedskravet i praksis"*.

Når influenten har besluttet, hvor markeringen skal placeres samt i hvilken skriftfarve og -størrelse markeringen skal fremgå, er det ikke uden betydning, hvilke ord der benyttes. Forbrugerombudsmanden har udtalt, at ordene, der anvendes til markeringen, skal være ord, som af forbrugerne klart opfattes som reklamemarkeringer. Det er således ikke et krav, at specifikke ord anvendes, men Forbrugerombudsmanden foreslår, at man anvender ord som "reklame" eller "annonce". Ord og sætninger som "i samarbejde med [den erhvervsdrivendes navn]" eller "sponsoreret" forbindes ikke tilstrækkeligt med reklame hos forbrugerne.¹⁵² Dette hænger bl.a. sammen med, at ordet "sponsoreret" har en anden betydning i radio- og fjernsynslovgivningen, hvor sponsoreret indhold ikke må indeholde promovering for den virksomhed, der har sponsoreret indholdet.¹⁵³

Sproget spiller også en vigtig rolle i vurderingen af, om markeringen af reklame er tydelig nok. Således skal danske indlæg som udgangspunkt være markeret på dansk.¹⁵⁴ Det betyder desuden, at såfremt in-

¹⁴⁷ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 9.

¹⁴⁸ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 1.

¹⁴⁹ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 2.

¹⁵⁰ Standpunkt: "Nordisk standpunkt om skjult reklame", s. 8.

¹⁵¹ Notat: "Budskaber fra informationsmøde", s. 7.

¹⁵² "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 2.

¹⁵³ Pressemeddelelse: "Reviderede anbefalinger til influenter".

¹⁵⁴ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 8.

fluentens indlæg er på engelsk og dermed retter sig til personer, der forstår engelsk, vil det være tilstrækkeligt at markere indlægget på engelsk med ord som "advertisement" eller "commercial promotion".¹⁵⁵

I sag 14/09254 fastslog Forbrugerombudsmanden, at det ikke er nok at "tagge" produktets navn for at opfylde tydelighedskravet, dvs. at tilføje et hashtag med produktets navn. Det er, ifølge Forbrugerombudsmanden, heller ikke tilstrækkeligt at "tagge" virksomhedens navn i indlægget eller oplyse, hvor produktet er købt.

Nogle sociale medier, f.eks. Instagram, har lanceret en funktion, hvor indlæg med kommerciel hensigt kan markeres som reklame ved tilføjelse af en standardiseret tekst. På Instagram fungerer funktionen således, at indlæg markeres "*Betalt partnerskab med [den erhvervsdrivendes navn]*". Spørgsmålet er imidlertid, om denne markering opfylder tydelighedskravet.

Forbrugerombudsmanden overvejer på nuværende tidspunkt, om formuleringen opfylder kravet til tydelighed, men har dog udtrykt betænkeligheder ved denne type markering. Først og fremmest har Forbrugerombudsmanden betænkeligheder i forhold til ordlyden af markeringen. Efter hendes opfattelse forbindes ordlyden ikke tilstrækkeligt med reklamemarkering hos forbrugerne. Dette er i tråd med den tidligere beskrivelse af ordlyden i nærværende afsnit. Det er heller ikke ud fra denne markering klart for forbrugerne, hvilken type partnerskab influenten har indgået med den erhvervsdrivende. Forbrugeren kan således foranlediges til at tro, at influenten har været med til at skabe produktet i samarbejde med den erhvervsdrivende, og derfor kan stå inde for kvaliteten af produktet.¹⁵⁶ Forbrugerombudsmanden vil dog ikke forfølge sager, hvor indlæg anvender denne reklamemarkering, før hun endeligt har taget stilling til, om markeringens ordlyd og placering opfylder kravet om tydelighed.¹⁵⁷ Forbrugerombudsmanden kan ikke forfølge sager med tilbagevirkende kraft, og influenterne kan således indtil videre benytte standardmarkeringen uden at risikere, at sagen forfølges senere.

4.2.2.1. Særlige grupper af forbrugere

Som anført i kapitel 2, afsnit 2.2.1 "*Gennemsnitsforbrugeren*" kan nogle forbrugergrupper ikke vurderes ud fra betragtningen af en gennemsnitsforbruger, men må i stedet anses for at være særligt sårbare forbrugere. Når reklame henvender sig til en sådan forbrugergruppe, f.eks. børn, foretages vurderingen af, hvad forbrugeren burde indse, med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af denne forbrugergruppe.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 8.

¹⁵⁶ Forbrugerombudsmandens udtalelser d. 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet.

¹⁵⁷ Notat: "Budskaber fra informationsmødet", s. 8.

¹⁵⁸ Vejledning: "Børn, unge og markedsføring", s. 4.

For at fastlægge, om en reklame henvender sig til en særlig gruppe af forbrugere, må der foretages en helhedsvurdering, hvori der lægges vægt på reklamens udformning og indhold, hvor reklamen vises, hvilken type produkt, der er tale om, og om det pågældende produkt i reklamen anvendes af en bestemt gruppe af forbrugere.¹⁵⁹ Det betyder, at der skal tages stilling til, om det anvendte medie retter sig til børn, samt om produktet, der reklameres for, henvender sig til børn, hvilket f.eks. vil være tilfældet, hvis der reklameres for legetøj eller slik.¹⁶⁰ Handelspraksis, der ikke særligt henvender sig til børn og unge under 18 år, anses som udgangspunkt ikke for at være rettet mod disse, men kan imidlertid anses for at være omfattet af de særligt beskyttende regler, hvis konkrete forhold taler for det. Såfremt influenten selv er under 18 år, eller hvis en betydelig del af influentens følgere er under 18 år, må influentens indlæg på de sociale medier anses som henvendt til børn.¹⁶¹

Idet børn anses som en særligt sårbar gruppe af forbrugere, nyder disse en særlig beskyttelse, jf. handelspraksisdirektivet, artikel 5, stk. 3. Derfor skærpes kravet til tydelighed yderligere, hvis influenten henvender sin omtale af et produkt til personer under 18 år. Udover et krav om tydelig markering af reklamen, er det således også et krav, at influentens målgruppe indser eller burde indse, at der er tale om reklame, idet den pågældende handelspraksis i modsat fald vil være i strid med forbuddet mod skjult reklame.

Jo yngre en målgruppe er, desto tydeligere skal det derfor anføres, at indlægget indeholder reklame for et produkt. Det er fortsat frit for influenten at beslutte, hvordan denne vil markere et indlæg med kommerciel hensigt som reklame, selvom indlægget henvender sig til børn. Forbrugerombudsmanden mener heller ikke i dette tilfælde, at markeringer som "sponsoreret indlæg" eller "sponsoreret af [den erhvervsdrivendes navn]" opfylder kravet om tydelighed, når et reklamebudskab er rettet mod børn.¹⁶² Derimod vil kravet være opfyldt, hvis indlægget indleder med ord som "reklame" eller "annonce", og hvis disse markeringer er anført med store bogstaver.¹⁶³

Det er således i en vis grad samme vurdering af tydelighedskravet i forhold til markering af reklame, der skal foretages, når en handelspraksis retter sig mod børn og unge. Det afgørende i forhold til såvel almindelige forbrugere som børn og unge, er derfor, hvorvidt et gennemsnitligt medlem af denne gruppe af forbrugere indser, at der er tale om reklame.

Det bemærkes i den henseende, at der udover et skærpet tydelighedskrav også gælder andre bestemmelser i markedsføringsloven, der indebærer en særlig beskyttelse af børn. Eksempelvis er det forbudt

¹⁵⁹ Markedsføringsretten (2017), s. 97.

¹⁶⁰ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 39.

¹⁶¹ L 40 -2016-17, specielle bemærkninger, s. 39.

¹⁶² Vejledning: "Børn, unge og markedsføring", s. 20.

¹⁶³ "Gode råd til influenter om skjult reklame", s. 6.

at opfordre børn til at foretage køb eller opfordre disse til at overtale deres forældre til at foretage køb.¹⁶⁴

4.3. Kravet om ikke væsentlig forvridning af den økonomiske adfærd hos en gennemsnitforbruger

I henhold til markedsføringslovens § 8, stk. 1, er det en betingelse for, at en handelspraksis kan anses for at overtræde forbuddet om skjult reklame, at den pågældende handelspraksis væsentligt forvrider eller vil kunne forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. En væsentlig forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd er defineret i markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 6, som anvendelse af en handelspraksis, der mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning og dermed medfører, at forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som vedkommende ellers ikke ville have truffet.¹⁶⁵ En handelspraksis må derfor ikke påvirke gennemsnitsforbrugeren beslutningsgrundlag i en sådan grad, at denne foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet. Der stilles således ikke store krav til for, at der vil foreligge en væsentlig forvridning i lovens forstand, når definitionen af transaktionsbeslutning tages i betragtning.¹⁶⁶

Egnetheden til at forvride ved den pågældende handelspraksis skal vurderes for at fastlægge, om denne betingelse er opfyldt. Der stilles ikke krav om, at en væsentlig forvridning rent faktisk finder sted, men blot at den pågældende handelspraksis er egnet hertil.¹⁶⁷ Der kræves således ikke bevis for, at forbrugeren rent faktisk foretager en transaktionsbeslutning, der er afviger fra den beslutning, som forbrugeren ville have truffet, hvis denne ikke var blevet udsat for en specifik handelspraksis, f.eks. et indlæg med kommerciel hensigt på sociale medier.¹⁶⁸

Der skal foretages en konkret vurdering af den enkelte handelspraksis, og i den forbindelse skal det vurderes, om det er sandsynligt, at en forvridning vil kunne forekomme. Det betyder, at den påvirkning, som en forbruger udsættes for, ved f.eks. et indlæg med kommerciel hensigt, skal være mærkbar nok til

¹⁶⁴ Markedsføringslovens bilag 1, nr. 28.

¹⁶⁵ Markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 6.

¹⁶⁶ Markedsføringsretten (2017), s. 116.

¹⁶⁷ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 62.

¹⁶⁸ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 62.

at kunne ændre forbrugerens transaktionsbeslutning.¹⁶⁹ I vurderingen heraf indgår de oplysninger forbrugeren gives, hvor klare disse oplysninger er, og hvordan en handelspraksis præsenteres.¹⁷⁰ En erhvervsdrivende kan dermed forhindre, at en handelspraksis anses for egnet til en væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske forhold, hvis denne f.eks. giver klarere eller mere omfattende oplysninger.

I vurderingen af, hvorvidt der sker en væsentlig forvridning hos en *gennemsnitsforbruger*, som beskrevet i afsnit 2.2.1 "Gennemsnitsforbrugeren", medtages desuden de sociale, kulturelle og sproglige forhold, der gør sig gældende i hver enkelte medlemsstat, og hvad der i øvrigt kan forventes af en gennemsnitsforbruger i den pågældende medlemsstat.¹⁷¹ Disse forhold medtages, da markedsføringsloven er en del af fællesskabsretten. Det betyder, at en erhvervsdrivende i én medlemsstat kan være forpligtet til at give mere omfattende oplysninger for at undgå en vildledning af forbrugerne, hvor dette kan være unødvendigt i en anden medlemsstat.¹⁷² I vurderingen skeles dog til andre medlemsstater. Hvis en handelspraksis er typisk i andre medlemsstater, og dermed ikke er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske forhold, taler dette imod, at der vil være tale om væsentlig forvridning i den pågældende medlemsstat.¹⁷³

Den samlede vurdering tager udgangspunkt i gennemsnitsforbrugeren og dennes viden og typiske reaktion. Også i forbindelse med vurderingen af væsentlig forvridning tages der hensyn til særlige grupper af forbrugere.¹⁷⁴ Det betyder, at kravene skærpes i forhold til en handelspraksis, der henvender sig til denne type forbrugere. I disse tilfælde skal vurderingen således foretages med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af den pågældende forbrugergruppe.

4.4. Opsamling

Ændringerne i markedsføringsloven, som blev gennemført i 2017, medførte en ny retstilstand for så vidt angår forbuddet mod skjult reklame, som har stor betydning for markedsføringsaktiviteter på sociale medier via influenter. Det er således ikke længere kun, når der foreligger en egentlig aftale mellem den erhvervsdrivende og influenten, at en handelspraksis vil være omfattet af forbuddet mod skjult reklame. I henhold til gældende ret er det alene tilstrækkeligt, at der foreligger kommerciel hensigt med den pågældende handelspraksis, f.eks. et indlæg med reklameomtale af et produkt. Flere typer af handelspraksis vil derfor i henhold til det nuværende retsgrundlag være omfattet af bestemmelsen.

¹⁶⁹ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 50.

¹⁷⁰ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 62.

¹⁷¹ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 63.

¹⁷² Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 63.

¹⁷³ Rapport fra udvalg om markedsføringslovens, s. 63.

¹⁷⁴ Markedsføringslovens § 8, stk. 2.

Kommerciel hensigt foreligger, når en handelspraksis har en reklameværdi for den erhvervsdrivende, samtidig med, at influenten modtager en fordel, f.eks. gratis produkter, og dermed når influenten ikke omtaler en erhvervsdrivende eller dennes produkter på eget initiativ. Hvis dette er tilfældet, foreligger der en kommerciel hensigt, og det skal herefter fastslås, om tydelighedskravet i markedsføringslovens § 6, stk. 4 er opfyldt.

Der skal foretages en helhedsvurdering af indlægget med henblik på at vurdere, om tydelighedskravet er opfyldt, og influenten skal eksempelvis tage hensyn til placering af reklamemarkeringen, skriftstørrelsen og -farven samt ordlyden. Indlægget skal derfor i sin helhed fremstå på en sådan måde, at forbrugeren indser, at der er tale om en reklame.

Hvis tydelighedskravet ikke opfyldes, skal det herefter vurderes, om indlægget er egnet til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd, jf. markedsføringslovens § 8, stk. 1. Dette er en betingelse for, at forbuddet mod skjult reklame kan sanktioneres, og det har sammenhæng med de krav, der stilles i handelspraksisdirektivets artikel 5, stk. 2. Forbrugeren skal dermed vurderes til at kunne foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet, førend der foreligger en væsentlig forvridding. I denne vurdering lægges vægt på, hvilke oplysninger, der er givet, men også hvordan indlægget i sin helhed er opstillet. Hvis det ikke kan konstateres, at der foreligger egnethed til væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske forhold, kan det pågældende indlæg ikke henføres under markedsføringslovens § 6, stk. 4, men skal i stedet vurderes i forhold til generalklausulen om god skik i markedsføringslovens § 3, stk. 1. Der stilles i praksis ikke store krav for, at der foreligger en væsentlig forvridding af gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd.

5. En analyse af tydelighedskravet i praksis

5.1. Indledning

I dette kapitel søges anvendelsen af markedsføringslovens § 6, stk. 4, i praksis illustreret. Dette sker gennem analyse af udvalgte eksempler på indlæg fra den sociale medieplatform Instagram. I denne analyse vurderes det, hvorvidt indlæggene har kommerciel hensigt og dermed må betragtes som reklame. Det vurderes videre, om den kommercielle hensigt med indlæggene er tydeligt markeret, således at tydelighedskravet også er opfyldt. Er tydelighedskravet ikke opfyldt, er indlægget som udgangspunkt i strid med markedsføringslovens § 6, stk. 4. Som allerede nævnt er det i henhold til markedsføringslovens § 8, stk. 1, en betingelse for, at § 6 må konstateres overtrådt, at den pågældende handelspraksis er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Analysen vil derfor ligeledes inddrage dette i vurderingen af de to indlæg.

Analysen af to konkrete indlæg er baseret på ovenstående kapitler og de retskilder, som indgår heri. Analysen er ikke baseret på eksempler eller konkrete sager fra Forbrugerombudsmanden, da disse indlæg er fundet på det sociale medie Instagram af specialets forfattere. Vurderingen nedenfor er således udtryk for forfatternes egne konklusioner.

5.2. Eksempel 1



Eksempel 1¹⁷⁵

5.2.1. Foreligger der kommerciel hensigt?

For at et indlæg kan kategoriseres som reklame, og for at influenten, Stephania Potalivo, dermed forpligtes til at markere opslaget som reklame, skal der, som beskrevet i afsnit "4.2.1 Kravet om kommerciel hensigt", foreligge kommerciel hensigt bag indlægget. Foreligger der ikke kommerciel hensigt med et givent indlæg, falder indlægget uden for anvendelsesområdet af markedsføringslovens § 6, stk. 4.

Stephania Potalivo er en kendt personlighed i Danmark og optræder blandt andet på fjernsyn. Det fremgår af hendes Instagramprofil, at hun følges af ca. 252.000 personer.¹⁷⁶ De produkter, som optræder og eksponeres i indlæg på hendes Instagramkonto, udbredes dermed til en relativt stor gruppe af forbrugere, og kan dermed skabe en stor reklameværdi for erhvervsdrivende, hvis disse kan få deres produkter eksponeret på netop hendes Instagramprofil. Dette forhold kan i en konkret situation tale for, at erhvervsdrivende, som henvender sig til Stephania Potalivo, som udgangspunkt vil henvende sig med en kommerciel hensigt.

¹⁷⁵ Billedet er taget fra Stephania Potalivos Instagram-profil den 19. maj 2019, se litteraturlisten.

¹⁷⁶ Stephania Potalivos Instagram-profil (19. maj 2019)

På selve billedet udstilles et produkt fra en erhvervsdrivende. Det fremgår også tydeligt af billedet, at Stephania Potalivo har drukket af produktet, ligesom det tydeligt fremgår præcist hvilket produkt, hun har modtaget. Selve etiketten vender udad på billedet og giver forbrugeren rig mulighed for at se såvel navn som mærke på produktet. Det taler for, at der foreligger kommerciel hensigt, at hele opsætningen af billedet kredser om produktet, og at produktet derved eksponeres tydeligt. Hvis produktet er modtaget til eje, taler dette ligeledes for, at der foreligger en kommerciel hensigt med indlægget.¹⁷⁷ Det fremgår imidlertid ikke af indlægget, om hun har modtaget produktet fra den erhvervsdrivende eller har købt det selv. Produktet er en dagligvare, hvilket kan tale for, at Stephania Potalivo selv har købt produktet. Det kan derfor ikke med sikkerhed vurderes, hvad der er tilfældet i den konkrete situation.

Det fremgår øverst af indlægget, at dette er omfattet af et "*betalt partnerskab med Arladk*". Det fremgår altså, at Stephania Potalivo har indgået et partnerskab med Arladk, og dette kan indikere, at Stephania Potalivo har indgået en aftale med Arladk om at reklamere for deres produkter. Dette kan dog ikke entydigt fastslås, da det ikke kan udledes af teksten, hvad "*betalt partnerskab*" konkret indebærer for de to parter. Foreligger der en eksplicit aftale om eksponering af et produkt, vil der dog altid foreligge kommerciel hensigt.

Det må konstateres, at der med stor sandsynlighed må være tale om et indlæg med kommerciel hensigt. Dette medfører, at der er tale om reklame i markedsføringslovens § 6, stk. 4's forstand, hvorfor indlægget skal markeres som reklame. Denne markering skal således opfylde bestemmelsens krav om tydelighed.

5.2.2. Opfyldes tydelighedskravet?

Det fremgår af Forbrugerombudsmandens anbefaling "*Gode råd til influenter*", at der skal foretages en helhedsvurdering af tydeligheden ved markering af reklame i hvert enkelt indlæg med kommerciel hensigt. I det følgende vurderes således, om det fremgår ud fra helheden af ovenstående indlæg, at dette indeholder reklame, og om forbrugeren tillige vil indse dette.

Vurderingen skal foretages på baggrund af, hvad et gennemsnitligt medlem af den forbrugergruppe, som indlægget henvender sig til, vil kunne indse. Stephania Potalivo er, som nævnt ovenfor, kendt fra fjernsyn, og har medvirket i flere tv-serier på bl.a. TV2 og TV2 Charlie. Disse tv-serier henvender sig hovedsageligt til personer over 18 år. Instagram har imidlertid en aldersgrænse på 13 år, hvorfor børn og unge under 18 år også har adgang til mediet og dermed Stephania Potalivos profil. Dette taler således for, at produktet også kan henvende sig til disse. Produktet som vises, må antages ikke at være henvendt direkte til en bestemt persongruppe, blandt andet fordi der er tale om en dagligvare, som de fleste dermed

¹⁷⁷ "*Gode råd til influenter om skjult reklame*", s. 5.

har adgang til. Dette taler imod, at der er tale om et indlæg, der er rettet mod en særlig sårbar forbrugergruppe. Indlægget skal således vurderes ud fra en gennemsnitsforbruger, som er beskrevet i kapitel 2, afsnit "2.2.1 Gennemsnitsforbrugeren".

I ovenstående indlæg er standardmarkeringen på Instagram benyttet til at markere opslaget som reklame. Dette er en markering, der findes øverst i indlægget med ordene "betalt partnerskab med Arladk". Som nævnt har Forbrugerombudsmanden ikke officielt taget stilling til, om denne type markering opfylder tydelighedskravet. Hun har imidlertid udtalt, at denne markering muligvis ikke lever op til kravene om tydelighed, idet ordlyden af markeringen ikke forbindes naturligt med reklame hos forbrugerne.¹⁷⁸

Før denne funktion blev indført på Instagram, fandtes markeringen for reklame i lignende indlæg i brødteksten til billederne. Dette benyttes stadig oftest af influenter. Forbrugeren er således vant til, at markeringen befinder sig i brødteksten ved billedet og kigger ikke nødvendigvis over billedet efter en markering for reklame. Placeringen af reklamemarkeringen taler således imod, at opslaget er markeret tydeligt.

Ydermere fremgår det af Forbrugerombudsmandens anbefaling "Gode råd til influenter", at også skriftstørrelse på markeringen kan have indflydelse på, om et indlæg er markeret korrekt. I dette tilfælde er skriftstørrelsen af markeringen væsentligt mindre end resten af teksten. Navnet på Instagram-kontoen findes lige over markeringen og er markeret med fed, hvilket får markeringen til at synes endnu mindre og ubetydelig i forhold til resten af indlægget. Dette taler således også imod, at indlægget er markeret tydeligt. Skriftfarven er dog set i forhold til baggrundsfarven tydelig, da det er farverne sort på hvid, hvorfor det er nemt at læse for forbrugeren. Dette taler for, at markeringen er tilstrækkeligt tydelig.

Ifølge Forbrugerombudsmandens anbefaling bør ordvalget i markeringen vælges med omhu, idet forbrugeren nemt skal kunne udlede fra ordvalget, at der er tale om reklame. Derfor anbefaler Forbrugerombudsmanden at bruge ord som "annonce" eller "reklame".¹⁷⁹ Disse ord forbindes naturligt med reklame af forbrugerne, og det bør ordene, der bruges til markering også gøre. Ordvalget "betalt partnerskab med Arladk" indeholder ikke samme naturlige forbindelse til reklame. Det er således ikke tydeligt ud fra denne ordlyd, hvilken type partnerskab, der er tale om. Forbrugere kan derfor foranlediges til at tro, at produktet er skabt i et samarbejde mellem Stephania Potalivo og Arladk, og derfor er et produkt, som hun kan indestå for kvaliteten af. Desuden kan ordet "betalt partnerskab" skabe yderligere forvirring om, hvorvidt der er tale om reklame, da det ikke fremgår, hvad Stephania Potalivo er blevet betalt

¹⁷⁸ Forbrugermandens udtalelse den 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet.

¹⁷⁹ "Gode råd til influenter om skjult reklame" s. 2.

for. Idet der er tale om en standardmarkering, kan en kontinuerlig anvendelse dog føre til, at forbrugere begynder naturligt at forbinde dette med reklame. Dette kan dog ikke antages at være tilfældet på nuværende tidspunkt.

Det bør bemærkes at "betalt partnerskab med Arladk" er en standardtekst, der ikke kan ændres, hvorfor det ikke er muligt at ændre markeringen til en ordlyd, der mere naturligt forstås som reklame.

Ud fra ovenstående må det således konstateres, at den kommercielle hensigt med indlægget ikke er markeret tilstrækkeligt tydeligt. Kravet hertil i markedsføringslovens § 6, stk. 4, kan derfor ikke anses for overholdt.

5.2.3. Er indlægget egnet til væsentligt at forvrrede forbrugernes økonomiske adfærd?

Idet det er vurderet ovenfor, at der er tale om skjult reklame, skal det desuden vurderes, hvorvidt indlægget er egnet til væsentlig forvridding af forbrugernes økonomiske adfærd og dermed er i strid med markedsføringslovens § 6. En forvridding vil betyde, at forbrugeren foranlediges til at foretage en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have foretaget. Der stilles ikke store krav for, at der foreligger væsentlig forvridding af gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd. Hvis forbrugeren f.eks. blot bruger længere tid på internettet på baggrund af indlægget, vil der således foreligge væsentlig forvridding.

I ovenstående eksempel gives ikke faktuelle oplysninger om produktet, hvorfor dette ikke kan medføre en forvridding, idet der ikke er nogle oplysninger for forbrugeren at forholde sig til. Der foreligger således hverken urigtige eller vildledende oplysninger i teksten til opslaget, der kan foranledige forbrugeren til at købe produktet på et dermed ikke informeret grundlag. Manglen på oplysninger kan imidlertid tale for, at der sker en forvridding af forbrugernes økonomiske adfærd, fordi forbrugere ikke får tilstrækkeligt med oplysninger til ikke at foretage et informeret valg, end hvis der forelå tilstrækkeligt med oplysninger.

Influenten som person i ovenstående eksempel spiller også en stor rolle i denne vurdering. Stephania Potalivo er en kendt dansker, der har stor succes indenfor film og fjernsyn. På billedet drikker hun af produktet fra Arladk, og af billedteksten fremgår det, at hun benytter produktet, når hun har lange dage med filmoptagelser. Indlægget indeholder således rosende vendinger om produktet, og det kan derfor ses som en anbefaling af produktet, som kan få forbrugere til at foretage en transaktionsbeslutning, de ellers ikke ville have foretaget. Hele opsætningen kan således tale for, at der vil ske en forvridding af forbrugernes økonomiske adfærd.

Det betyder, at hvis indlægget ikke er markeret som reklame, vil indlægget være egnet til at kunne væsentligt forvride forbrugernes økonomiske adfærd, idet en kendt tv-personlighed anbefaler produktet.

Dette indlæg er således egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd.

5.2.5. Samlet vurdering af eksempel 1

Det kan fastslås, at der foreligger kommerciel hensigt bag indlægget fra Stephania Potalivo. Det betyder, at det skal markeres tydeligt, at der er tale om reklame. Ud fra placering og især ordlyd af markeringen af reklame, vurderes det, at denne ikke lever op til tydelighedskravet i markedsføringslovens § 6, stk. 4, og der foreligger derfor som udgangspunkt skjult reklame. En betingelse for, at det kan fastslås, at denne handelspraksis er i strid med markedsføringslovens § 6, er imidlertid, at indlægget skal være egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. En vurdering af selve indlægget sammenholdt med Stephania Potalivos kendte personlighed fastslår, at indlægget er egnet til dette. Indlægget ovenfor vil derfor være i strid med markedsføringslovens § 6. Det bør dog bemærkes, at Forbrugerombudsmanden ikke vil forfølge sager, der benytter standardmarkeringen på Instagram, før hun har taget endeligt stilling til markeringens lovlighed.

5.3. Eksempel 2



Eksempel 2¹⁸⁰

5.3.1. Foreligger der kommerciel hensigt?

Som udgangspunkt vil der foreligge en kommerciel hensigt, hvis en erhvervsdrivende henvender sig til en influent med det formål at få denne til at omtale sit produkt og derved fremme salget.

Af ovenstående indlæg fremgår, at der er tale om reklame. Man er således ikke i tvivl om, at influenten reklamerer for en virksomhed, og kravet om kommerciel hensigt anses derved for opfyldt. Som følge heraf omfattes indlægget af markedsføringslovens § 6, stk. 4.

Da det er konstateret, at indlægget har kommerciel hensigt, skal det herefter ifølge bestemmelsen vurderes, om indlægget opfylder tydelighedskravet.

¹⁸⁰ Billedet er taget fra Sarah Frosts Instagram-profil den 17. april 2019, se litteraturliste.

5.3.2. Opfyldes tydelighedskravet?

Kravet om tydelighed indebærer, som allerede nævnt, at det skal fremgå tydeligt af indlægget, at der er tale om reklame, ligesom det skal være tydeligt, hvem influenten markedsfører for. Der stilles ikke krav til selve markeringsformen, men det skal fremgå klart og tydeligt af indlægget som helhed, at der er tale om reklame. Både placering af teksten og selve tekstens ordlyd må derved inddrages i vurderingen af, om tydelighedskravet er overholdt. I det følgende vurderes derfor, om indlægget ud fra et helhedsindtryk tydeligt angiver, at det indeholder reklame, og om forbrugeren endvidere vil kunne indse dette.

Vurderingen skal foretages på baggrund af, hvad et gennemsnitligt medlem af den forbrugergruppe, som indlægget henvender sig til, vil kunne indse. Sarah Frost, som står bag indlægget, er uddannet makeup-artist og promoverer derfor forskellige skønhedsprodukter på Instagram. Det må antages, at en del af hendes følgere derfor kan være børn eller unge. Hvis indlægget henvender sig til børn og unge, skærpes kravene til reklamemarkeringen derfor yderligere. Makeup er et produkt, der ikke fortrinsvis henvender sig direkte til personer af en særlig aldersgruppe. Da reklame for skønhedsprodukter primært henvender sig til personer over 18 år, og da indlægget ikke direkte henvender sig til børn og unge, må vurderingen af, om tydelighedskravet må anses for opfyldt derfor tage udgangspunkt i en gennemsnitsforbruger.

Influenten har i det pågældende indlæg valgt at anvende netop ordet "reklame". Dette er i overensstemmelse med Forbrugerombudsmandens vejledninger om, hvilke ord der bør anvendes i forbindelse med markeringen af et indlæg som værende reklame. Tydelighedskravet må derfor i denne henseende anses for at være opfyldt.

I vurderingen af, om tydelighedskravet er opfyldt, må placeringen af reklamemarkeringen inddrages. Skriftstørrelse og skriftfarve indgår ligeledes i denne vurdering. I ovenstående er ordet "reklame" placeret midt på billedet. Denne placering vil umiddelbart tale for, at tydelighedskravet er opfyldt, da en placering midt på billedet er let at se for modtageren. Reklamemarkeringen er imidlertid anført i en meget lille skriftstørrelse, og kan let overses, da den er placeret lige under en tekst, der er anført med en meget større skriftstørrelse. Reklamemarkeringen fremstår ikke i en markant eller fremtrædende skriftstørrelse eller -type, og placeringen under virksomhedens navn, som anvender en mere fremtrædende skrift, synes at bidrage til, at reklamemarkeringen synes svær at se. Endvidere har markeringen samme skriftfarve som baggrundsfarven, hvorfor dette får markeringen til at virke yderligere ubetydelig. Placeringen af reklamemarkeringen er ud fra en helhedsvurdering uhensigtsmæssig og svær at se, og dette taler således imod, at tydelighedskravet må anses for opfyldt.

Forbrugerombudsmanden har desuden i praksis fastslået, at det ikke er nok blot at "tagge" produktets eller virksomhedens navn for at tydelighedskravet kan anses for opfyldt. I ovenstående eksempel er

virksomhedens navn "tagget" på billedet. Virksomhedens navn fremgår midt på billedet og med tydelig skrift, skriftstørrelse og -farve. Dette alene er dog, ifølge de nordiske forbrugerombudsmænd, ikke nok til at opfylde tydelighedskravet i markedsføringslovens § 6, stk. 4.

Reklamemarkeringen må vurderes til ikke at fremstå tydeligt, og det må antages, at det kan være svært for en forbruger at indse, at der er tale om en reklame. Tydelighedskravet kan ikke anses for opfyldt, hvis en forbruger skal "lede" efter reklamemarkeringen.

Der er desuden tale om en såkaldt "story" på Instagram, som alene vises i et par sekunder, før den forsvinder igen. Hvis forbrugeren alene har få sekunder til at kigge på billedet, må det anses for usandsynligt, at forbrugeren lægger mærke til reklamemarkeringen.

Tydelighedskravet må derfor antages ikke at være opfyldt tilstrækkeligt.

5.3.3. Er indlægget egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd?

I ovenstående eksempel ses et indlæg fra Instagram, som indeholder reklame for virksomheden We Brush. Indlægget indeholder ingen brødtekst, og analysen baseres således alene på ovenstående billede og opsætningen af dette. Ved vurderingen af, om indlægget kan foranledige en væsentlig forvridding af forbrugernes økonomiske interesser, må både billedet og opsætningen af indlægget i øvrigt vurderes ud fra en helhedsbetragtning. Personen bag indlægget er makeupartist og har omtrent 10.000 følgere¹⁸¹ på Instagram. Mange af hendes indlæg på Instagram indeholder omtale af forskellige skønhedsprodukter og anbefalinger af disse. Det må derfor antages at have en særlig indflydelse på hendes følgere og deres købsbeslutninger, når hun poster et indlæg, som indeholder de produkter, hun selv anvender.

Hvis forbrugeren havde indset, at der var tale om reklame fra influentens side og ikke et produkt, som influenten af egen interesse havde købt, må det antages, at forbrugeren med denne viden måske ikke ville foretage sig noget eller købe produktet.

Det må anses for at være overvejende sandsynligt, at et indlæg med den pågældende udformning vil foranledige en forbruger, som ser det pågældende indlæg med "tag" af den erhvervsdrivendes navn, til at undersøge den erhvervsdrivende nærmere, hvis forbrugeren ikke i forvejen er bekendt med virksomheden. Ud fra det ovenfor anførte om transaktionsbeslutninger, er det nok, at forbrugeren foretager en anden transaktionsbeslutning end denne ellers ville have foretaget, hvis forbrugeren ikke havde set indlægget. I dette tilfælde, hvor den erhvervsdrivende er "tagget", har forbrugeren let tilgang til at besøge dennes hjemmeside. På baggrund af, at markedsføringsloven ikke stiller store krav for, at der foreligger

¹⁸¹ Sarah Frosts Instagram-profil 17. april 2019.

væsentlig forvridning, vurderes det, at indlægget er egnet til væsentligt at forvråde forbrugernes økonomiske adfærd.

Ud fra indlæggets manglende oplysninger og opsætning foranlediges forbrugeren med overvejende sandsynlighed til at foretage en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have foretaget, og derved vurderes der at foreligge en væsentlig forvridning af dennes økonomiske interesser.

5.3.4. Samlet vurdering af eksempel 2

Det må konstateres, at indlægget ovenfor indeholder kommerciel hensigt, idet influenten i det konkrete tilfælde har markeret indholdet som reklame. Placeringen af reklamemarkeringen midt på billedet taler for, at tydelighedskravet er opfyldt. Markeringen er dog anført i en meget lille skriftstørrelse og desuden placeret i umiddelbar nærhed til en anden tekst med en større skriftstørrelse. Det må derfor umiddelbart fastslås, at markeringen ud fra en helhedsbetragtning ikke overholder tydelighedskravet. Det må konstateres, at en gennemsnitsforbruger sandsynligvis ikke vil indse, at der er tale om reklame i det konkrete tilfælde. Desuden har influenten alene oplyst, hvem der reklameres for, ved at "tagge" virksomhedens navn. På baggrund af ovenstående må det antages, at indlægget i sin helhed er egnet til væsentligt at forvråde forbrugernes økonomiske interesser, hvorfor indlægget må anses for at være i strid med markedsføringslovens § 6, stk. 4.

5.4. Forbrugerombudsmandens udfordringer i praksis

Af handelspraksisdirektivet fremgår, at EU's medlemsstater skal fastsætte sanktioner for overtrædelse af bestemmelserne i markedsføringsloven. Disse sanktioner skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsens omfang og have en afskrækkende virkning, og medlemsstaterne skal sikre, at sanktionerne gennemføres.¹⁸² Som tidligere nævnt er Forbrugerombudsmanden tillagt kompetence til at håndhæve markedsføringslovens bestemmelser. Forbrugerombudsmanden møder dog i praksis udfordringer i henhold til håndhævelsen af loven. Disse udfordringer adresseres nedenfor.

Analysen af de udvalgte indlæg fra Instagram illustrerer den formodede praktiske anvendelse af markedsføringslovens regler om skjult reklame. De udvalgte indlæg er ikke enestående, og det må derfor antages, at langt fra alle influenter, der benytter sociale medier i markedsføringsregi, har kendskab til markedsføringslovens regler. De to indlæg ovenfor tyder tværtimod på, at tydelighedskravet i markedsføringslovens § 6, stk. 4, ikke efterleves i praksis. Problemstillingen opstår, fordi mange influenter er privatpersoner og derfor ikke kender til hverken markedsføringslovens regler eller kravene til rekla-

¹⁸² Handelspraksisdirektivet, artikel 13.

memarkering. Når influenter spreder reklamebudskaber på vegne af en erhvervsdrivende, betragtes influenten imidlertid som værende erhvervsdrivende i markedsføringslovens forstand. Influenteren er derfor forpligtet til at overholde reglerne heri, herunder også forbuddet mod skjult reklame.

Den manglende overholdelse af reglerne om reklamemarkering udfordrer Forbrugerombudsmandens virke, da hun nu skal henvende sig til en helt ny type aktører. Forbrugerombudsmanden har forsøgt at afhjælpe influenternes ukendskab til loven ved at udgive anbefalingen ”Gode råd til influenter om skjult reklame” og holde informationsmøder. Dette har sammenhæng med forhandlingsprincippet, hvor Forbrugerombudsmanden først og fremmest søger at påvirke de markedsføringsretlige aktører til at efterleve loven gennem dialog. Ordlyden og opsætningen i vejledningen er udformet på en letforståelig måde, da det primært henvender sig til influenter, der ikke har erfaring som erhvervsdrivende eller med fortolkning af lovttekster. Forbrugerombudsmanden har herved forsøgt at henvende sig direkte til influenterne i et dagligdagssprog for at mindske den manglende overholdelse af forbuddet mod skjult reklame, og vejledningen indeholder derfor guidelines, der er letforståelige.

Omfanget af de sociale medier udgør ligeledes en udfordring for Forbrugerombudsmandens virke. De sociale medier er omfangsrige, og Forbrugerombudsmanden har ikke ubegrænsede ressourcer, hvorfor hun må prioritere, hvilke sager hun vil undersøge nærmere. Forbrugerombudsmanden har ikke mulighed for at gennemgå samtlige indlæg på de sociale medier for at afgøre, om disse overholder reglerne i markedsføringsloven. Det kan endvidere være problematisk, at de indlæg, der findes på de sociale medier senere kan redigeres, så de er i overensstemmelse med loven.¹⁸³ Forbrugerombudsmanden har i den forbindelse udtalt, at det er væsentligt, at der er vilje til at overholde reglerne i markedsføringsloven. Det har endvidere været nødvendigt at opstille et forbud mod skjult reklame, da det ellers vil være nødvendigt at markere, når der *ikke* er kommerciel interesse, og at der derfor *ikke* er tale om reklame.¹⁸⁴

Forbrugerombudsmanden står også over for en række udfordringer i forhold til håndhævelsen af forbuddet mod skjult reklame. Det er dermed ikke alene mangel på ressourcer, der udfordrer Forbrugerombudsmandens institution, men også jurisdiktionsmæssige problemstillinger. Forbrugerombudsmanden har umiddelbart vurderet, at den nye standardmarkering af reklameopslag på Instagram ikke er i overensstemmelse med reglerne om reklamemarkering. Jurisdiktionen spiller i dette tilfælde en afgørende rolle for håndhævelsesmulighederne, da Instagram er etableret i Irland. I kraft heraf har Forbrugerombudsmanden ingen jurisdiktion og dermed ikke kompetence til at foretage sig noget i forhold til indlæg, der anvender den nævnte standardmarkering. Viser standardmarkeringen sig derfor at være

¹⁸³ Forbrugerombudsmandens udtalelser d. 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet

¹⁸⁴ Forbrugerombudsmandens udtalelser d. 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet

ulovlig, kan Forbrugerombudsmanden udelukkende rette henvendelse til de irske myndigheder og opfordre til iværksættelse af sanktioner.¹⁸⁵

Ovenstående problemstillinger må anses for at udgøre en væsentlig hindring for den effektive håndhævelse af markedsføringslovens bestemmelser, som der stilles krav om. Omfanget af de sociale medier og jurisdiktionsmæssige udfordringer kan dermed bevirke, at handelspraksisdirektivets regler ikke håndhæves så effektivt, som man ved vedtagelse af reglerne har ønsket. Handelspraksisdirektivet overlader håndhævelsen til den enkelte medlemsstat, og en mulig løsning på ovennævnte problemstillinger kræver f.eks. en nærmere regulering fra EU's side og dermed en ensartning af håndhævelsen.

5.5. Opsamling

Fælles for de to eksempler i ovenstående vurdering er, at der foreligger kommerciel hensigt bag indlæggene, hvorfor der er tale om reklame. Det vurderes desuden, at begge indlæg ikke opfylder tydelighedskravet i markedsføringslovens § 6, stk. 4. Det betyder, at ud fra en helhedsvurdering kan forbrugeren sandsynligvis ikke formodes at indse, at der er tale om reklame. I det første eksempel benyttes Instagrams standardmarkering. Ordlyden af denne markering må antages ikke tilstrækkeligt at forbindes med reklame af forbrugerne. I det andet eksempel er ordlyden i overensstemmelse med Forbrugerombudsmandens vejledning "Gode råd til influenter". Selvom markeringens placering midt på billedet kan tale for, at tydelighedskravet er opfyldt, må skriftstørrelsen efter omstændighederne bevirke, at tydelighedskravet i § 6, stk. 4, må anses for opfyldt. Begge influenter har i kraft af deres profession samt opsætning af indlæggene mulighed for at påvirke deres følgere til at foretage en transaktionsbeslutning, der afviger fra den beslutning, disse ellers ville have truffet. Det må derfor ud fra en helhedsbetragtning vurderes, at indlæggene er egnede til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Begge indlæg må derfor antages at være i strid med markedsføringslovens § 6, stk. 4, om skjult reklame.

¹⁸⁵ Forbrugerombudsmandens udtalelser d. 26. april 2019 ved oplæg på Aalborg Universitet

6. Konklusion

Sociale medier benyttes i stigende grad til reklame for virksomheder og disses produkter. Særligt influenter har på markedsføringsrettens område vakt stor interesse, da virksomhederne i højere grad anvender disse i reklame- og markedsføringsøjemed. Dette har medført nye udfordringer for dansk markedsføringsret, da markedsføringsloven indtil 2017 ikke var formuleret med henblik på at tage højde for denne type markedsføring og den nye type aktører. En ændring af den dagældende markedsføringslov var derfor nødvendig af hensyn til de nye markedsføringsmetoder via sociale medier og for at sikre, at handelspraksisdirektivet blev implementeret korrekt.

Som den indledende gennemgang af såvel handelspraksisdirektivet som forbrugerrettighedsdirektivet har vist, tildeles forbrugere i kraft af en omfattende EU-retlig regulering en helt særlig beskyttelse. Denne særlige beskyttelse er begrundet i et hensyn til forbrugeren, som anses for at være den svage part i en given handelssituation. Den EU-retlige opfattelse er ligeledes, at et velfungerende indre marked ikke kan opnås uden en effektiv beskyttelse af forbrugerne. For at sikre en ensartet håndhævelse af den EU-retlige regulering, har det været nødvendigt at skabe et sammenligneligt udgangspunkt for især forbrugerbegrebet. EU-Domstolen har således gennem praksis udviklet begrebet *gennemsnitsforbrugeren*. Definitionen af dette begreb indebærer, at medlemsstaterne i forbindelse med vurderingen af en given handelspraksis skal tage udgangspunkt i gennemsnitsforbrugeren, der ifølge EU-Domstolens praksis skal anses for at være en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet forbruger. Denne definition har selvsagt også betydning i markedsføringsretlig henseende.

Markedsføringsloven er et resultat af den omfattende EU-retlige regulering på området, og da handelspraksisdirektivet er totalharmoniseret, indgår begreberne heri således også i den danske markedsføringslovgivning. Markedsføringsloven har derfor tæt sammenhæng med handelspraksisdirektivet og indeholder som følge heraf et forbud mod handelspraksis, der som følge af udeladelser eller uklare oplysninger må antages at være vildledende for forbrugerne. Som en del af vildledningsforbuddet indeholder markedsføringsloven endvidere et forbud mod skjult reklame. Ændringerne af den gældende markedsføringslov i 2017 blev gennemført for at bringe loven i overensstemmelse med handelspraksisdirektivet. De fleste ændringer medførte ikke nogen materiel ændring af retsstillingen og havde dermed alene karakter af lovtekniske ændringer.

Ændringen af markedsføringsloven medførte dog en materiel ændring for så vidt angik forbuddet mod skjult reklame. Hvor lovgivningen tidligere opstillede et krav om en egentlig aftale mellem en erhvervsdrivende og en influent, før et forhold kunne betragtes som reklame og dermed var omfattet af bestemmelsen, er det i henhold til den gældende lov alene et krav, at der foreligger kommerciel hensigt bag en

given handelspraksis, jf. § 6, stk. 4. Ændringen har medført en skærpelse af gældende ret for så vidt angår forbuddet mod skjult reklame, da flere forhold med den aktuelle ordlyd i loven vil være omfattet af bestemmelsen – særligt i forhold til markedsføring gennem influenter på sociale medier. Forbuddet mod skjult reklame indeholder dermed en forpligtelse for den erhvervsdrivende og enhver, der handler på vegne af denne eller i dennes navn, til tydeligt at oplyse om den kommercielle hensigt med en given handelspraksis. Konkret betyder dette, at influenter i markedsføringslovens øjne anses for at være erhvervsdrivende og dermed også har pligt til at overholde de i loven gældende bestemmelser, herunder også forbuddet mod skjult reklame. Kommerciel hensigt foreligger, når influenten ikke omtaler et produkt på eget initiativ, og når omtalen har reklameværdi for den erhvervsdrivende.

Kan det konstateres, at der foreligger kommerciel hensigt med en given handelspraksis, stiller lovens § 6, stk. 4, endvidere krav om, at den kommercielle hensigt markeres tydeligt. Det fremgår imidlertid ikke direkte af loven, hvordan reklameindhold skal markeres for at efterleve dette tydelighedskrav. For at fastslå, hvad kravet i realiteten indebærer er det derfor nødvendigt at benytte Forbrugerombudsmandens vejledninger og lovforarbejderne. Heraf fremgår det, at reklame skal vurderes således, at forbrugeren kan identificere, at der er tale om en sådan. Det medfører, at influenter, der foretager markedsføring på vegne af erhvervsdrivende, skal være særligt opmærksomme herpå, når de publicerer indlæg på de sociale medier – særligt da en del af brugerne på de sociale medier udgøres af børn og unge. I tilfælde hvor reklamen henvender sig direkte til børn og unge skærpes tydelighedskravet dermed.

Er et indlæg indeholdende reklame på f.eks. Instagram ikke markeret tilstrækkeligt tydeligt, vil forbuddet mod skjult reklame være overtrådt, såfremt det pågældende indlæg er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Der stilles ikke høje krav, for at dette er opfyldt, og det er således nok, at forbrugeren overvejer at træffe en anden transaktionsbeslutning end denne ellers ville have truffet, hvis forbrugeren ikke havde set indlægget med den skjulte reklame.

Forbrugerombudsmanden spiller en essentiel rolle for dansk markedsføringsret, fordi det er denne, der fører tilsyn med, at loven overholdes, og overtrædelser kan sanktioneres. Markedsføringsloven hjemler således flere redskaber, som Forbrugerombudsmanden kan benytte for at håndhæve loven effektivt. Dette speciales vurdering af indlæg fra Instagram vidner imidlertid om, at Forbrugerombudsmanden står over for visse udfordringer. Omfanget af de sociale medier er enormt, og Forbrugerombudsmanden har med begrænsede ressourcer store vanskeligheder med at føre tilsyn med alle indlæg herpå. Dette betyder, at nogle indlæg fra influenter ikke vil være markeret korrekt. Dette hænger muligvis sammen med, at mange influenter ikke anser sig selv som erhvervsdrivende, og heller ikke har den fornødne viden om markedsføringsloven til at kunne efterleve reglerne. Forbrugerombudsmanden har forsøgt at afhjælpe dette gennem letforståelige vejledninger udfærdiget i dagligdagssprog. Det er desuden ikke

givet, at de sociale medier, der benyttes i Danmark, kan nås via markedsføringsloven, hvorfor Forbrugerombudsmanden som følge af jurisdiktionsmæssige problemstillinger ikke på fuld og effektiv måde kan håndhæve markedsføringsloven.

Det kan konkluderes, at ændringerne i markedsføringsloven har ført til, at flere indlæg i henhold til markedsføringslovens bestemmelser vurderes til at være reklame og derfor skal markeres som sådan. Markeringen skal være tilstrækkeligt tydelig til, at en gennemsnitsforbruger bør indse, at der er tale om reklame. Hvis dette ikke er tilfældet, vil reklamen opfattes som skjult reklame, såfremt denne også er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd.

Det kan således overordnet konkluderes, at ændringen af markedsføringsloven har medført en række udvidede krav for så vidt angår forbuddet mod skjult reklame, som ikke alene erhvervsdrivende men også influenter skal overholde. Selvom influenterne i markedsføringslovens øjne anses for at være erhvervsdrivende, tyder det på, at disse i praksis har svært ved at efterleve lovens krav, da de ikke har samme viden som professionelle aktører. Endvidere tyder det på, at der er udfordringer med håndhævelsen af forbuddet i praksis.

Litteraturliste

Love og direktiver

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (*handelspraksisdirektivet*).
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame (*vildledningsdirektivet*).
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder (*forbrugerrettighedsdirektivet*).
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.
- Lov nr. 1457 af 17. december 2013 om forbrugeraftaler (*forbrugerftaleloven*).
- Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring (*markedsføringsloven*).
- Lovbekendtgørelse nr. 1156 af 20. september 2018 af straffeloven (*straffeloven*).

Forarbejder

- L 40 Forslag til lov om markedsføring, samling 2016-17, fremsat den 12. oktober 2016, vedtaget ved Lov nr. 426 af 03/05/2017 (*L 40 -2016-17*).
- Betænkning nr. 1540 "Gennemførelse af direktivet om forbrugerrettigheder". Betænkning afgivet af Justitsministeriets arbejdsgruppe om gennemførelse af direktivet om forbrugerrettigheder. (2013).
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Rapport fra udvalg om markedsføringsloven*, juli 2016.

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene — Vejledning om gennemførelse og anvendelse af direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, som ledsager dokumentet Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget — <i>En omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder</i> – SWD/2016/0163 final af 25. maj 2016.
<p>Materiale fra forbrugerombudsmanden</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Anbefalinger: <i>"Gode råd til influenter om skjult reklame"</i> (2017). ➤ Artikel: <i>"Særlige indsatsområder"</i> (18. oktober 2018). ➤ Forbrugerombudsmandens <i>"Hvem er vi"</i> - https://www.forbrugerombudsmanden.dk/om-os/hvem-er-vi/ (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Forbrugerombudsmandens <i>"Ofte stillede spørgsmål"</i> - https://www.forbrugerombudsmanden.dk/hvad-gaelder-ofte-stillede-spoergsmaal/reklame-paa-sociale-medier/ (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Forbrugerombudsmandens <i>"Strategi og vision"</i> - https://www.forbrugerombudsmanden.dk/om-os/strategi-og-vision/ (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Notat: <i>"Budskaber fra informationsmødet"</i> (2017). ➤ Pressemeddelelse: <i>"Reviderede anbefalinger til influenter"</i> (14. december 2017). ➤ Standpunkt: <i>"De nordiske forbrugerombudsmænd standpunkt til handel og markedsførings på internettet - oktober 2015"</i>. ➤ Standpunkt: <i>"Nordisk standpunkt om skjult reklame"</i> (10. maj 2016). ➤ Vejledning: <i>"Børn, unge og markedsføring"</i> (2014).
<p>Domme og afgørelser</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ EU-Domstolens sag: C-210/96, "Gut Springenheide og Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt". ➤ EU-Domstolens sag: C-281/12 "Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. arl v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato".

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ EU-Domstolens sag: C-435/11: "CHS Tour Services GmbH v. Team4 Travel GmbH". ➤ EU-Domstolens sag: C-470/93 " Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH". ➤ EU-Domstolens sag: C-559/11 "Pelckmans Turnhout". ➤ EU-Domstolens sag: C-315/92 "Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratoires SNC og Estée Lauder Cosmetics GmbH." ➤ Forbrugerombudsmandens afgørelse: 13/07021 - "blogindlæg var skjult reklame" (5. december 2014). ➤ Forbrugerombudsmanden afgørelse: 14/09254 - " Virksomhed og medie bureau vedtog bøder for skjult reklame" (17. august 2017).
Bøger	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Eriksen, Ulrich Birch: <i>Markedsføringslovens § 1</i>. 1. udg. Karnov Group Denmark, 2013. ➤ Kristoffersen, Sonny: <i>Forbrugerretten I</i>. 5. udg. Karnov Group Denmark, 2015. ➤ Madsen, Palle Bo: <i>Markedsret del 2</i>. 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015. ➤ Mortensen, Bent Ole Gram og Michael Steinicke: <i>Dansk Markedsret</i>. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018. ➤ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: <i>Markedsføringsretten</i>. 2. udg. Ex Tuto Publishing, 2011. ➤ Høilund, Dorte: <i>Retssikkerhed og juridisk metode</i>. 2. udg. Hans Reitzels Forlag, 2018. ➤ Trzaskowski, Jan m.fl.: <i>Markedsføringsretten</i>. 3. udg. Ex Tuto Publishing, 2017. ➤ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: <i>Retskilder og retsteorier</i>. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
Artikler	<ul style="list-style-type: none"> ➤ EU-Oplysningen: "Nærhedsprincippet og nationale parlamenters rolle" (28.03.2018) - https://www.eu.dk/da/fakta-om-eu/saa-dan-lovgiver-eu/naerhedsprincippet (tilgået d. 19. maj 2019).

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Jan Dohrmann: "Vi bruger mindre tid på medier hver dag: Syv timer og 16 minutter" - https://www.dr.dk/om-dr/fakta-om-dr/dri2018/vi-bruger-mindre-tid-paa-medier-hver-dag-syv-timer-og-16-minutter (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Jan Trzaskowski: U.2008.B.275 "Urimelig handelspraksis – Europæisering af dansk markedsføringsret". ➤ Jesper Løffler Nielsen: U.2011B.153 "Fra »reklame« til »kommerciel kommunikation« - Om reklamebegrebets udvikling og fortolkning i forhold til internettet". ➤ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: "Markedsføringsloven har fået et hovedeftersyn og er blevet mere brugervenlig" (29. juni 2017) - https://www.kfst.dk/media/46417/markedsfoeringsloven-publikation.pdf. ➤ Nyt fra Danmarks statistik nr. 245: "IT-anvendelse i befolkningen" (20. juni 2018) - https://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/nyt/GetPdf.aspx?cid=24592.
<p>Hjemmesider</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Den Europæiske Unions hjemmeside "Om EU": https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_da (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Instagrams anvendelsesvilkår: https://help.instagram.com/581066165581870 (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Sarah Frosts Instagram-profil: https://www.instagram.com/sarahfrost/?hl=da (tilgået d. 19. maj 2019). ➤ Stephania Potalivos Instagram-profil: https://www.instagram.com/stephaniapotalivo/?hl=da (tilgået d. 19. maj 2019).