



AALBORG UNIVERSITET

RETSTILSTANDEN FOR UANMODET HENVENDELSE VED BRUG AF ELEKTRONISK POST

KANDIDATSPECIALE

Udarbejdet af Candra Cristine Larsen, Emilie Sigvartsen & Laura Kristensen

Vejleder: Marie Jull Sørensen



15. maj 2025

Specialets titel:

Retstilstanden for uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post

Specialets titel på engelsk:

The State of Law regarding Unsolicited Communications via Electronic Mail

Periode:

Forårssemesteret 2025

Omfang:

Anslag i alt: 169.321 (inkl. mellemrumsanslag)

Sideantal (uden bilag): 87 sider

Forfattere:

Candra Cristine Larsen

Studienummer: 20206066

Emilie Sigvartsen

Studienummer: 20203700

Laura Kristensen

Studienummer: 20204973

Vejleder:

Marie Jull Sørensen

Afleveringsdato:

15. maj 2025

Abstract

Many traders use direct marketing by sending communications via electronic mail. Spam has therefore become a significant everyday problem, as many recipients find it frustrating since a substantial portion of mails are spam. Spam has been regulated by the Danish Marketing Practices Act since 2000. This thesis examines the state of law regarding Section 10 (1) of the Danish Marketing Practices Act concerning ‘unsolicited communications’ via electronic mail. Section 10 of the Danish Marketing Practices Act is an implementation of Article 13 of the e-Privacy Directive. The thesis utilises the legal-dogmatic method to deduce the state of law by analysing, describing, and systematising relevant legal sources regarding Section 10 (1) of the Danish Marketing Practices Act. The thesis briefly examines Section 10 (2) and (3) of the Danish Marketing Practices Act, which address the exceptions to Section 10 (1) and the conditions for using direct marketing.

The purpose of the provision in Section 10 (1) is to protect the right to privacy. Traders should have the opportunity to contact potential consumers to sell their goods or services, but not without prior consent. No one should have to endure being spammed with countless unsolicited communications urging them to enter into purchase agreements without having consented to this or having the opportunity to decline.

Section 10 (1) of the Danish Marketing Practices Act consists of several criteria for when a communication is unsolicited. The criteria are that the communication must be sent through ‘electronic mail’, directed at ‘someone’, and contain ‘direct marketing’. Furthermore, the recipient must have given prior ‘consent’ for the trader to make contact.

It can be concluded that before a communication is considered unsolicited under Section 10 (1) of the Danish Marketing Practices Act, it must be a communication from a trader, as the Danish Marketing Practices Act only applies to trader activities. Additionally, the provision protects ‘someone’, meaning that the recipient of an unsolicited communication can be anyone, and it can be a communication directed at one or more specific persons. The communication must also be sent via electronic mail, defined in Section 2, No. 15 of the Danish Marketing Practices Act as “Any message in the form of text, voice, sound, or image sent over a public communications network which can be stored on the network or on the recipient’s terminal equipment

until it is collected by the recipient.” Furthermore, the communication must contain direct marketing, understood as a trader contacting a specific person for marketing purposes. The provision also applies to image marketing. Additionally, a prior consent must be given before the trader can legally contact someone in accordance with the provision. This is an opt-in solution, meaning that the trader may not contact the recipient unless they have actively opted in by providing their consent.

Unsolicited communications may also, in certain cases, be regulated by other provisions, than Section 10 (1), specifically the Danish Marketing Practices Act Annex No. 26 regarding persistent and unwanted solicitations, as well as Section 7 of the Danish Marketing Practices Act concerning aggressive commercial practices.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	6
2. Metode	7
3. Den retlige ramme	11
3.1. Markedsføringsloven	12
3.1.1. Spamforbuddet	13
3.2. Lovens materielle anvendelsesområde	15
3.3. Lovens geografiske anvendelsesområde	16
3.4. Markedsføringslovens opbygning	16
3.5. Forbrugerombudsmandens institution	18
3.5.1. Forhandlingsprincippet	19
3.5.2. Forhåndsbeskeder	20
3.5.3. Retningslinjer	20
3.5.4. Vejledninger	21
3.6. Retsmidler og retshåndhævelse	21
4. Uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post	22
4.1. Erhvervsdrivende	24
4.1.1. Privat erhvervsvirksomhed	26
4.1.2. Offentlig erhvervsvirksomhed	27
4.1.3. Fysisk person	27
4.1.4. Almennyttige foreninger	30
4.2. Nogen	31
4.3. Elektronisk post	32
4.3.1. Enhver meddelelse	35
4.3.2. Sendes via et offentligt kommunikationsnet	35
4.3.3. Sendes til en bestemt bruger	37
4.3.4. Lagres indtil meddelelsen hentes	37
4.3.5. Indbakkerekklamer	39
4.3.6. Sociale medier	41
4.4. Direkte markedsføring	45
4.4.1. Nyheder og nyhedsbreve	48
4.4.2. Påmindelser	49
4.4.3. Markeds- og tilfredshedsundersøgelser	50
4.4.4. Brugeranmeldelser af købsoplevelser	52
4.4.5. Servicemeddelelser	53
4.5. Samtykke	55
4.5.1. Frivilligt	57
4.5.2. Specifikt	61
4.5.3. Informeret	61
4.5.4. Utvetydigt	63

4.6. Tilbagekaldelse af samtykke	68
4.7. Undtagelsen til spamforbuddet	70
4.8. Betingelser ved anvendelse af direkte markedsføring	72
5. Aggressiv handelspraksis	73
5.1. Transaktionsbeslutning	75
5.2. Gennemsnitsforbrugeren	76
5.3. Samspil	78
6. Konklusion	80
Litteraturliste	83

1. Indledning

Den teknologiske udvikling har givet erhvervsdrivende nye måder at markedsføre sig på, hvilket har medført både muligheder og udfordringer. Erhvervsdrivende kan være usikre på, hvorvidt deres markedsføring ved brug af elektronisk post holder sig inden for lovens rammer, mens forbrugerne i samme henseende kan være i tvivl om, hvilke rettigheder de har som forbruger.¹ Anvendelsen af elektronisk post til markedsføring er en nem, effektiv og billig kommunikationsform for erhvervsdrivende, der herved kan målrette deres henvendelser indeholdende markedsføring mod enkeltpersoner ved brug af eksempelvis e-mail. Dette kan til gengæld virke generende for modtageren, der ikke har samtykket til at modtage den pågældende henvendelse.

Spam er blevet et stort problem, idet en betydelig mængde af de e-mails, som lander i modtagerens indbakke, er spam.² Spam skal forstås som en masseudsendelse af markedsføring.³ Forbrugerombudsmanden har i de senere år modtaget mere end 20.000 klager årligt over uanmodede e-mails med markedsføring, hvilket vidner om problemets omfang og aktualitet i en retlig kontekst.⁴ Spam kan påføre modtagerne omkostninger samt lægge beslag på modtagekapaciteten, hvilket kan forhindre dem i at modtage andre relevante e-mails.⁵ Regulering af spam er derfor vigtigt.

En central bestemmelse i denne henseende er markedsføringslovens § 10, stk. 1, idet den indeholder et forbud for erhvervsdrivende mod at rette henvendelse til nogen med henblik på direkte markedsføring ved brug af elektronisk post, medmindre der er givet et forudgående samtykke fra modtageren. Ovenstående problematikker har givet anledning til nærmere undersøgelse af markedsføringslovens § 10 stk. 1. Specialets problemformulering er således:

En analyse af retstilstanden vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1.

¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19

² Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 319

³ Lovforslag nr. L 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbruger aftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.2., s. 5945

⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 6

⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

Spamforbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1, lyder som følgende:

“En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax med henblik på direkte markedsføring, medmindre den pågældende har givet sit forudgående samtykke hertil. Inden der gives samtykke, skal den pågældende oplyses om, at samtykket kan trækkes tilbage. Den erhvervsdrivende skal give mulighed for let og gebyrfrit at tilbagekalde samtykket.”

Specialets formål er at fastlægge retstilstanden vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, herunder at analysere betingelserne i markedsføringslovens § 10, stk. 1 for, hvornår erhvervsdrivende må rette henvendelse til forbrugere, andre erhvervsdrivende og offentlige myndigheder med henblik på direkte markedsføring. Dette undersøges alene, når den erhvervsdrivende retter henvendelse ved brug af elektronisk post. Elektronisk post er en form for fjernkommunikation,⁶ eksempelvis e-mail eller sms. Begreberne ‘erhvervsdrivende’, ‘nogen’, ‘elektronisk post’, ‘direkte markedsføring’ og ‘samtykke’ vil blive belyst nærmere i specialet.

2. Metode

Formålet med specialet er at fastlægge retstilstanden vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1. Til dette anvendes den retsdogmatiske metode til at udlede gældende ret ved at analysere, beskrive og systematisere relevante retskilder.⁷ I specialet inddrages traditionelle retskilder i form af loven og retspraksis.⁸ Herunder inddrages markedsføringsloven⁹, relevante EU-direktiver, retspraksis fra EU-Domstolen og national ret samt vejledninger og sager fra blandt andet Forbrugerombudsmanden. Der tages udgangspunkt i gældende ret, *de lege lata*, som afgrænser sig fra retspolitik, *de lege ferenda*.¹⁰

For at forstå lovgivers hensigt med markedsføringsloven inddrages forarbejderne til lovene. Der inddrages forarbejder fra tidspunktet, hvor bestemmelsen om uanmodet henvendelse ved

⁶ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugerftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.4., s. 5947

⁷ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2022, 3. udg., Djøf Forlag, s. 211

⁸ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2022, 3. udg., Djøf Forlag, s. 204

⁹ Lov om markedsføring, lov nr. 426 af 3. maj 2017

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2022, 3. udg., Djøf Forlag, s. 221

brug af elektronisk post blev indført ved lov. I den forbindelse inddrages udvalgte betænkninger som supplement til fortolkningen. Store dele af markedsføringsloven er en implementering af EU-direktiver, hvorfor indledende betragtninger til udvalgte EU-direktiver inddrages som fortolkningsbidrag til forståelsen af direktiverne.¹¹ Ved anvendelse af markedsføringsloven tages udgangspunkt i en direktivkonform fortolkning, idet loven gennemfører flere EU-direktiver. Dette er i modsætning til forordninger, der finder direkte anvendelse i national ret.¹² Kapitel 2 samt bilag 1 i markedsføringsloven, omhandlende handelspraksis over for forbrugere, er en implementering af handelspraksisdirektivet. Markedsføringslovens § 10 er en implementering af e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13.¹³

Der anvendes EU-domme til fortolkning af begreber, der udspringer af EU-retten. Udvælgelsen af de EU-domme, der inddrages i specialet, er foretaget med henblik på at belyse problemstillinger i relation til fortolkningen af den implementerede bestemmelse i markedsføringslovens § 10, stk. 1 fra e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 samt relevante implementerede bestemmelser fra handelspraksisdirektivet. I anvendelsen af retspraksis fra EU-Domstolen tages der højde for, at EU-Domstolen anvender en dynamisk fortolkningsstil. EU-Domstolen fortolker således de enkelte EU-regler i lyset af EU-retten som helhed og tager højde for udviklingen i samfundet på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse.¹⁴ EU-Domstolen er derfor ikke bundet af egen praksis og har således frihed til at ændre sin fortolkning af EU-retten. EU-Domstolens fortolkningsstil står således i modsætning til den anvendte fortolkningsstil i national ret, hvor domstolen skal træffe afgørelse i overensstemmelse med tidligere afsagte domme.¹⁵

I specialet inddrages retspraksis vedrørende markedsføringslovens § 10, stk. 1 om uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post. De fleste af dommene, der anvendes i specialet, er fremsøgt på Karnov ved hjælp af relevante søgeord såsom “uanmodet henvendelse” og “markedsføringslovens § 10”. Dommene fremsøgt på Karnov og Domstolsdatabasen er afsagt på

¹¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 19. forholdet til EU-retten, s. 38

¹² Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 11

¹³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2 samt de specielle bemærkninger til lovens § 10

¹⁴ Evald, Jens, At tænke juridisk, 2019, 5. udg., Djøf Forlag, s. 67

¹⁵ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2022, 3. udg., Djøf Forlag, s. 299

baggrund af dagældende markedsføringslove. Til trods for at dommene er afsagt efter dagældende markedsføringslove, er det fundet relevant at inddrage dem i specialet. Begrundelsen herfor er, at bestemmelsen siden indførelsen ikke har ændret sit formål, hvorfor ældre domme fortsat kan benyttes som fortolkningsbidrag til forståelse af bestemmelsen. Der inddrages yderligere en dom fra retten i Kolding afsagt i 2022 efter den nugældende markedsføringslov af 2017, som ikke er offentliggjort på hverken Karnov eller Domstolsdatabasen. Forbrugerombudsmanden har i en sag nævnt dommen, hvorefter der er anmodet om aktindsigt i dommen hos retten i Kolding.¹⁶

I specialet inddrages udvalgte sager fra Forbrugerombudsmanden omhandlende markedsføringslovens § 10, stk. 1. Forbrugerombudsmanden træffer afgørelser, som ikke er bindende for domstolene.¹⁷ Forbrugerombudsmandens afgørelser og vejledninger har en vejledende retskildeværdi og anvendes som fortolkningsbidrag.¹⁸ Forbrugerombudsmanden har desuden mulighed for at afgive forhåndsbeskeder til erhvervsdrivende, der anmoder herom, jf. markedsføringslovens § 30. Begrundelsen for anvendelsen af sager fra Forbrugerombudsmanden er dels, at der ikke foreligger mange domme inden for området og dels, at Forbrugerombudsmandens praksis er mere detaljeret end praksis fra domstolene.¹⁹ ‘Sager’ anvendes som en samlebetegnelse for både forhåndsbeskeder og afgørelser fra Forbrugerombudsmanden. Ved gennemgang af en specifik sag konkretiseres, hvilken sagstype der er tale om.

Forbrugerombudsmanden skal efter forhandlingsprincippet søge at påvirke de erhvervsdrivende til at overholde markedsføringslovens regler. Tilsidesættelse af et tilsagn fra en erhvervsdrivende givet til Forbrugerombudsmanden kan medføre et påbud, jf. markedsføringslovens § 28, stk. 2. I praksis ses det, at de erhvervsdrivende efterkommer påbud fra Forbrugerombudsmanden, hvilket kan forklare, at få sager ender med politianmeldelse, og at der derfor er få domme på området. Forbrugerombudsmandens praksis har således en væsentlig betydning for udfyldelse af reglerne vedrørende spam.²⁰ I sager vedrørende overtrædelse af spamforbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1 har Forbrugerombudsmanden endvidere

¹⁶ Se bilag 4

¹⁷ Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 6 og 140

¹⁸ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 30

¹⁹ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 445

²⁰ Ibid.

mulighed for at tilkendegive, at den pågældende sag afgøres uden retssag, såfremt den erhvervsdrivende erklærer sig skyldig i overtrædelsen samt betaler en nærmere angiven bøde inden for en fastsat frist, jf. markedsføringslovens § 38, stk. 1. For yderligere belysning heraf bemærkes det, at der i specialet blandt andet er anmodet om aktindsigt i sager fra Forbrugerombudsmanden vedrørende markedsføringslovens § 10, stk. 1 i perioden fra 1. januar 2023 til 30. marts 2025, hvoraf ses, at der kun er foretaget politianmeldelse i én sag ud af 26 sager.²¹ Udvælgelsen af sager fra Forbrugerombudsmanden til inddragelse i specialet baseres på deres relevans for markedsføringslovens § 10, stk. 1 omhandlende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post. Sagerne, der anvendes i specialet, belyser de forskellige betingelser i bestemmelsen. Sagerne er blandt andet søgt frem gennem Forbrugerombudsmandens hjemmeside ved brug af emneord såsom “elektronisk post”, “samtykke” og “uanmodet henvendelse”. Derudover er visse af sagerne fundet ved filtrering efter lovgivning, således de vedrører bestemmelsen i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Enkelte sager er udvalgt fra Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet (herefter spamvejledningen), idet Forbrugerombudsmanden heri anvender sagerne til at understøtte sin vejledning til erhvervsdrivende vedrørende spam. Der er efterfølgende anmodet om aktindsigt i sagerne hos Forbrugerombudsmanden både for at få sagernes fulde indhold men også for at få adgang til nogle af de sager, der ikke er offentliggjorte på Forbrugerombudsmandens hjemmeside. Det bemærkes, at de afgørelser, der er givet aktindsigt i, er vedhæftet som bilag.²² Nogle af sagerne, der er anmodet om aktindsigt i, findes også på Forbrugerombudsmandens hjemmeside i en kortere sammenfatning. Der inddrages sager efter den dagældende markedsføringslov fra 2005²³ samt den nugældende markedsføringslov fra 2017. Begrundelsen herfor er som nævnt, at bestemmelsen ikke har ændret sit formål, hvorfor ældre sager fortsat kan benyttes som fortolkningsbidrag til forståelse af bestemmelsen.

Specialet inddrager desuden afgørelser fra Forbrugerklagenævnet og Det Europæiske Databeskyttelsesråd som fortolkningsbidrag til begreberne ‘erhvervsdrivende’ og ‘samtykke’.

Retslitteratur i form af bøger og artikler inddrages i specialet som et fortolkningsværktøj og inspirationskilde til forståelsen af markedsføringslovens § 10, stk. 1. Der er enighed om, at retslitteratur ikke udgør en egentlig retskilde, men at den bidrager til en dybere forståelse af

²¹ FO-25/03826-3, afgørelse om aktindsigt (bilag 3)

²² Se bilag 3

²³ Lov om markedsføring, lov nr. 1389 af 21. december 2005

retstilstanden, som ønskes undersøgt og belyst. Der anvendes i specialet en kildekritisk tilgang for at sikre, at eventuelle subjektive synspunkter i retslitteraturen ikke ukritisk påvirker specialets indhold.²⁴

3. Den retlige ramme

Markedsføringsretten hører under samlebetegnelsen markedsret, som ligeledes indeholder forbrugerretten.²⁵ Markedsføringsretten tilsigter at understøtte en effektiv konkurrence samt gode forbrugerforhold.²⁶ Herunder regulerer markedsføringsretten uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post i markedsføringslovens § 10, stk. 1.

Markedsføringsretten er baseret på en kombination af offentlig ret og civilret og tilstræber et samspil herimellem.²⁷ Markedsføringslovens § 32 udtrykker et civilretligt forhold mellem private parter, idet enhver med retlig interesse kan anlægge sag om forbud, påbud og erstatning efter bestemmelsen.²⁸ Markedsføringsloven er imidlertid mere offentligretlig for så vidt angår forbrugerne og de almene samfundsinteresser ved, at loven primært overlader håndhævelsen af bestemmelserne til offentlige myndigheder.²⁹ Dette kommer særligt til udtryk ved de håndhævelses- og sanktionsmuligheder, der er tillagt Forbrugerombudsmanden.³⁰

Forbrugerretten anvendes som samlebetegnelse for den regulering, der har indflydelse på forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere.³¹ Forbrugerbegrebet anvendes som udgangspunkt i sammenhæng med en beskyttelsesinteresse. Markedsføringsretten er en del af forbrugerretten men vedrører i sin helhed mere end kun forbrugerbeskyttelse, ligesom forbrugerretten vedrører mere end kun markedsføringsret. Markedsføringsretten bidrager således til den kollektive forbrugerbeskyttelse, hvortil det interessante er forbrugerne som gruppe og ikke den enkelte forbrugers civilretlige forhold. Dette er til trods for at den enkelte forbruger, som

²⁴ Munk-Hansen, Carsten, Den Juridiske Løsning, 2021, 2. udg., Djøf Forlag, s. 80 og 81

²⁵ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 6-7

²⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19

²⁷ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 220

²⁸ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 69

²⁹ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 221

³⁰ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 224

³¹ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 7

tidligere nævnt, tildeles visse civile rettigheder i forbindelse med muligheden for retsforfølgning efter markedsføringslovens § 32.³²

3.1. Markedsføringsloven

I specialet analyseres retstilstanden for uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, der som nævnt reguleres i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Den nugældende markedsføringslov trådte i kraft den 1. juli 2017. Uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post reguleres ikke alene i markedsføringslovens § 10, stk. 1 men ligeledes flere andre steder i markedsføringsloven. Regulering heraf findes desuden i sortlistens nr. 26 samt i markedsføringslovens § 7 om aggressiv handelspraksis. Efter analyse af uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post vil markedsføringslovens § 7 og sortlistens nr. 26 blive belyst i forhold til deres samspil med markedsføringslovens § 10, stk. 1.

I udarbejdelsen af den nugældende markedsføringslov blev der lagt vægt på, at loven skal være i overensstemmelse med EU-reglerne om markedsføring og ikke være mere vidtgående end, hvad Danmark er EU-retligt forpligtet til.³³ Fokus fra lovgivers side har været at sikre, at loven er direktivkonform både i indhold og i ordlyd for at opnå en korrekt implementering af EU-reglerne.³⁴ Markedsføringsloven benytter derfor begreber og definitioner fra EU-retten for at sikre denne overensstemmelse.

Markedsføringsloven spiller en central rolle for erhvervsdrivende og forbrugere i Danmark.³⁵ Erhvervsudøvelse er et samfundsmæssigt anliggende, hvorfor der i reguleringen af markedsføring foretages en afvejning af hensynene til flere forskellige interesser, herunder erhvervsinteresser, forbrugerinteresser og hensyn til det almene samfund. Hensynet til erhvervs- og forbrugerinteresser findes i EU-regulering, hvorimod almene samfundshensyn er et nationalt valg, som Danmark inddrager i sin regulering af markedsføring.³⁶ Markedsføringsloven udgør således en overordnet rammebetingelse ved at sætte de juridiske retningslinjer for et velfungerende marked og fair konkurrence samtidig med, at der tages højde for beskyttelse af

³² Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 8

³³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19

³⁴ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2., s. 20

³⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19

³⁶ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 222

forbrugere.³⁷ Markedsføringsloven varetager således både et hensyn til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, hvilket ses i markedsføringslovens § 3, stk. 1, hvori alle hensyn er samlet.

Den nugældende markedsføringslov adskiller sig fra markedsføringsloven af 2005 ved at fokusere på at være en mere forenklet og overskuelig lov, der understøtter gode og ensartede forbrugerforhold. For at følge med den teknologiske udvikling er den nugældende markedsføringslov teknologineutral, hvilket betyder, at den finder anvendelse uafhængigt af, hvilket medie den kommercielle kommunikation optræder i.³⁸ Dette er væsentligt for specialets analyse af markedsføringslovens § 10, stk. 1, idet der udelukkende analyseres henvendelser sendt ved brug af elektronisk post, der i høj grad påvirkes af den teknologiske udvikling.

3.1.1. Spamforbuddet

Bestemmelsen vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post blev for første gang indført i markedsføringsloven af 1. juli 2000.³⁹ Forinden dette regulerede markedsføringsloven ikke uanmodet henvendelse. Det er derfor relevant at inddrage forarbejderne til ændringslovene til markedsføringslovene af 2000 og 2019 samt forarbejderne til markedsføringslovene af 2005 og 2017. I forarbejderne til ændringsloven af 2000 bemærkes det, at der på daværende tidspunkt var tre EU-direktiver, der regulerede uanmodet henvendelse.⁴⁰ Formålet med indførelsen af bestemmelsen var at gennemføre artikel 10 i direktivet om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg⁴¹ (herefter fjernsalgsdirektivet) og artikel 12 i direktivet vedrørende behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren⁴² (herefter ISDN-direktivet).⁴³ Bestemmelsen vedrørende uanmodet henvendelse blev herefter indført med § 6a stk. 1 i markedsføringsloven.⁴⁴ Ordlyden af bestemmelsen blev vedtaget som følgende:

³⁷ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19

³⁸ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 19, og afsnit 2., s. 20

³⁹ Lov om ændring af lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, lov nr. 442 af den 31. maj 2000 § 5, stk. 2

⁴⁰ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.1., s. 5943

⁴¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20. maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg

⁴² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren

⁴³ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 1., s. 5928

⁴⁴ Lov om ændring af lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, lov nr. 442 af den 31. maj 2000 § 6a

“En erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax med henblik på afsætning af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser, medmindre den pågældende forudgående har anmodet om det.”

Bestemmelsens formål var at beskytte privatlivets fred og sikre effektiv beskyttelse af personer, der ikke ønskede at modtage uanmodede henvendelser fra erhvervsdrivende. I forbindelse med gennemførelsen af bestemmelsen om uanmodet henvendelse blev det vurderet, at bestemmelsen skulle indføres i markedsføringsloven frem for anden lovgivning. Der blev i denne begrundelse lagt vægt på, at reglerne vedrører betingelserne for, hvornår erhvervsdrivende må rette henvendelse til en fysisk eller juridisk person ved brug af forskellige former for fjernkommunikation.⁴⁵ Ved fjernkommunikation forstås enhver kommunikation, der foregår, uden at forbrugeren og den erhvervsdrivende mødes fysisk.⁴⁶ Det blev hertil også lagt til grund, at bestemmelsen regulerer ‘god markedsføringsskik’ ved brug af fjernkommunikation til markedsføring.⁴⁷ Bestemmelsen har siden indførelsen alene gennemgået en sproglig ændring, hvorfor formålet er uændret.⁴⁸

Både fjernsalgsdirektivet og ISDN-direktivet er i dag ophævet, og bestemmelsen findes i dag i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13.⁴⁹ I 2003 blev e-databeskyttelsesdirektivet implementeret i markedsføringsloven, hvor der i samme forbindelse blev indsat et nyt stk. 2 til bestemmelsen, der er undtagelsen til spamforbuddet.⁵⁰ E-databeskyttelsesdirektivet tilsigter en fuld overholdelse af rettighederne i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheds artikel 7 og 8, som vedrører respekt for privatliv og familieliv samt beskyttelse af personoplysninger.⁵¹ Det er en krænkelse af retten til privatliv at skaffe sig adgang til et ikke

⁴⁵ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.4., s. 5947

⁴⁶ Lov om ændring af lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, lov nr. 442 af den 31. maj 2000 § 10b

⁴⁷ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.4., s. 5947

⁴⁸ Lovforslag nr. 13 af den 6. oktober 2005 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 6, s. 20 og Lovforslag nr. 32 af den 3. oktober 2019 til lov om ændring af lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

⁴⁹ Direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, artikel 31 og Direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet), artikel 19

⁵⁰ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016, s. 173

⁵¹ Direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet), betragtning 2

frit tilgængeligt sted, hvor der ikke er almindelig adgang for offentligheden.⁵² Det er Forbrugerbudsmandens opfattelse, at 'privatlivets fred' også omfatter erhvervsforhold eller situationer, hvor en person eksempelvis befinder sig på sin arbejdsplads.⁵³ I relation til uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post kan det forestilles, at sådanne henvendelser udgør en krænkelse af privatlivets fred, når en person i sin private e-mailindbakke bliver forstyrret med henvendelser indeholdende direkte markedsføring uden at have givet samtykke hertil. Artikel 8 kan ses som et supplement til artikel 7 om retten til privatliv og familieliv, idet artiklen vedrører retten til beskyttelse af den pågældendes personoplysninger.⁵⁴ I forbindelse med indførelsen af bestemmelsen om uanmodet henvendelse i 2000, fremgik det desuden af forarbejderne, at bestemmelsen er forenelig med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Artikel 10 beskytter retten til ytringsfrihed, herunder retten til kommerciel ytringsfrihed, som blandt andet omfatter retten til at reklamere for produkter og ydelser.⁵⁵

3.2. Lovens materielle anvendelsesområde

Med henblik på at analysere markedsføringslovens § 10, stk. 1 er det væsentligt at forstå, hvor og hvornår markedsføringsloven finder anvendelse.

Markedsføringslovens materielle anvendelsesområde fremgår af lovens § 1. Det fremgår heraf, at "Loven finder anvendelse på privat erhvervsvirksomhed samt på offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet." Erhvervsvirksomhed i markedsføringslovens forstand skal forstås som udøvelse af virksomhed inden for handel, industri, arbejds- og tjenesteydelser med videre.⁵⁶ Det er således karakteren af den udførte aktivitet, der er central for vurderingen af, hvorvidt der er tale om erhvervsvirksomhed, og om markedsføringsloven derfor finder anvendelse.⁵⁷

Markedsføringslovens § 2, nr. 2 angiver desuden, at en erhvervsdrivende er en fysisk eller juridisk person, der udøver virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller

⁵² Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 36

⁵³ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016, s. 265

⁵⁴ Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 62

⁵⁵ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.5., s. 5948

⁵⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 41

⁵⁷ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 29

udøver et liberalt erhverv. Alle handlinger, som er foretaget i erhvervsøjemed, er omfattet af markedsføringsloven. Alle handlinger skal forstås som “[...] den indledende reklame vedrørende produktionen, distribution og salg og til den efterfølgende service og inkasso.”⁵⁸ Privatpersoner vil derfor, som udgangspunkt, ikke være omfattet af markedsføringsloven, da disse ikke er erhvervsdrivende.⁵⁹ Handlinger, der foretages i forbindelse med private, humanitære, politiske eller religiøse relationer, er som udgangspunkt ikke omfattet af markedsføringsloven.⁶⁰

3.3. Lovens geografiske anvendelsesområde

Udgangspunktet er, at markedsføringsloven finder anvendelse på erhvervsdrivende, der markedsfører sig på det danske marked i overensstemmelse med de folkeretlige jurisdiktionsprincipper.⁶¹ Virkningsprincippet finder dog anvendelse, hvilket betyder, at markedsføringsloven finder anvendelse for erhvervsmæssige aktiviteter rettet mod Danmark.⁶² Den erhvervsdrivende kan derfor være etableret i både Danmark eller i et andet land. Der gælder desuden et afsenderlandsprincip i markedsføringsloven, som indebærer, at den erhvervsdrivende som udgangspunkt skal overholde markedsføringsloven, som gælder i det land, hvor den erhvervsdrivende er etableret.⁶³ Afsenderlandsprincippet finder dog ikke anvendelse på reglerne vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, hvorfor de almindelige regler om virkningsprincippet finder anvendelse i disse situationer, jf. e-handelslovens § 5, nr. 5.⁶⁴ Det fremgår af markedsføringslovens § 41, at loven ikke finder anvendelse på Færøerne og Grønland.

3.4. Markedsføringslovens opbygning

Med den nugældende markedsføringslov er der sket en ændring i systematikken ved, at loven nu har en mere “logisk opbygning” end de forudgående markedsføringslove.⁶⁵ Markedsføringsloven er opdelt i 12 kapitler. I det følgende afsnit præsenteres de kapitler i markedsføringsloven, som er væsentlige for forståelsen og analysen af markedsføringslovens § 10, stk. 1. Kapitel 1 vedrører de indledende bestemmelser om lovens anvendelsesområde,

⁵⁸ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 41

⁵⁹ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 66

⁶⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 41

⁶¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 42

⁶² Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 68

⁶³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 42

⁶⁴ Lov om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel, lov nr. 227 af den 22. april 2002

⁶⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2., s. 20

definitioner og generalklausulen om god markedsføringsskik. Markedsføringslovens § 2 er en definitionsbestemmelse, hvis formål er at gøre det nemmere at læse og forstå begreberne, der anvendes i loven.⁶⁶ Bestemmelsens forskellige definitioner er primært implementeringer af handelspraksisdirektivet og e-databeskyttelsesdirektivet.⁶⁷

Markedsføringsloven indeholder to bestemmelser vedrørende god skik i lovens §§ 3 og 4, som begge er en videreførelse af den tidligere generalklausul i markedsføringsloven af 2005. God skik-bestemmelserne er retlige standarder med hver deres oprindelsesgrundlag.⁶⁸ I de tilfælde hvor der ikke er tale om en overtrædelse af markedsføringslovens § 10, stk. 1, men hvor det alligevel må antages, at handlingen er i strid med en af de to god skik-bestemmelser, henvises der ofte til disse.⁶⁹

Bestemmelsen om god markedsføringsskik findes i markedsføringslovens § 3. Denne har sin oprindelse i den danske markedsføringsret og vedrører forhold, der ikke tilsigter at beskytte forbrugernes økonomiske interesser.⁷⁰ Forhold, der ikke tilsigter at beskytte forbrugernes økonomiske interesser, kan være beskyttelse af smag og anstændighed.⁷¹ God skik-bestemmelsen i markedsføringslovens § 3 omfatter de forhold, der falder uden for handelspraksisdirektivet, hvorfor bestemmelsen er placeret i lovens kapitel 1.⁷²

I markedsføringslovens kapitel 2 findes bestemmelsen om god erhvervsskik i lovens § 4. Denne bestemmelse har sin oprindelse fra handelspraksisdirektivet. Bestemmelsen omfatter således kun de forhold, der falder inden for handelspraksisdirektivets anvendelsesområde.⁷³

Kapitel 2 er en implementering af handelspraksisdirektivet og indeholder bestemmelser vedrørende handelspraksis over for forbrugerne. Udover bestemmelsen om god erhvervsskik indeholder kapitel 2 også bestemmelserne, som regulerer vildledende og aggressiv handelspraksis. Handelspraksisdirektivet omfatter alene de situationer, som har til formål at beskytte

⁶⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2., s. 20

⁶⁷ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 42

⁶⁸ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 56

⁶⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/06152

⁷⁰ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 56

⁷¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 4., s. 22

⁷² Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 6.2., s. 26

⁷³ Ibid.

forbrugernes økonomiske interesser. De forhold, der ikke tilsigter en beskyttelse af forbrugernes økonomiske interesser, falder uden for direktivets anvendelsesområde og således også kapitel 2 i markedsføringsloven. Bestemmelsen om aggressiv handelspraksis findes i kapitel 2, nærmere angivet i § 7. Denne bestemmelse belyses i specialets afsnit 5.

Kapitel 3 indeholder bestemmelser for særlige markedsføringsformer, herunder bestemmelsen i § 10 om uanmodet henvendelse til bestemte aftagere. Kapitel 6 indeholder bestemmelser om retsmidler. Kapitel 7 oplister reglerne om Forbrugerombudsmandens virksomhed. Kapitel 9 regulerer retsforfølgning og håndhævelsesforanstaltninger, herunder foreløbige forbud, straf og påtale.⁷⁴

I markedsføringslovens bilag 1 (herefter sortlisten) oplistes konkrete former for handelspraksis, som altid anses som urimelig og dermed er forbudt. Sortlisten er en implementering af sortlisten i handelspraksisdirektivet.⁷⁵ Dette omtales i retslitteraturen som sortlistesystemet.⁷⁶ Det fremgår af artikel 5, stk. 5 i handelspraksisdirektivet, at fortegnelsen over de former for urimelig handelspraksis, som findes i sortlisten, skal anvendes i alle medlemsstater og kun må ændres ved en revision af handelspraksisdirektivet. Sortlistens nr. 26 oplister et forbud mod vedholdende og uønskede henvendelser, som ligeledes belyses i specialets afsnit 5.

3.5. Forbrugerombudsmandens institution

I specialet inddrages praksis fra Forbrugerombudsmanden til fortolkning af bestemmelsen i markedsføringslovens § 10. Forbrugerombudsmandens institution behandles derfor i dette afsnit for at skabe en forståelse for Forbrugerombudsmandens kompetencer.

Forbrugerombudsmandens virksomhed er reguleret i markedsføringslovens kapitel 7. Hjemlen for Forbrugerombudsmandens kompetence til at føre tilsyn med overholdelse af markedsføringslovens regler, og de i medfør af loven udstedte regler overholdes, findes i lovens § 25, stk. 1. Det fremgår af bestemmelsen, at denne tilsynsbeføjelse navnlig sker ud fra hensynet til forbrugerne. Forbrugerombudsmandens opgave er i den forbindelse at varetage forbrugernes interesser ved at sikre, at markedsføring sker på en rimelig og hensynsfuld måde i forhold til

⁷⁴ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 39

⁷⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 9, s. 59

⁷⁶ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 336

forbrugerne. Selvom Forbrugerombudsmanden primært har til opgave at varetage forbrugernes interesser, er han formelt set ikke afskåret fra at tage stilling til problematikker, der vedrører erhvervsinteresser samt almene samfundsinteresser i markedsføring.⁷⁷

Det fremgår af bekendtgørelsen om Forbrugerombudsmandens virksomhed § 1, stk. 1, at det er muligt for Forbrugerombudsmanden at behandle sager på eget initiativ eller baseret på klager fra andre.⁷⁸ Når en sag behandles af Forbrugerombudsmanden, anklagemyndigheden eller domstolene, og den vurderes at have almen interesse eller være vigtig for forståelsen af de regler, som Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med, skal offentligheden informeres herom. Inden offentliggørelsen af sagen vil Forbrugerombudsmanden som udgangspunkt orientere den pågældende erhvervsdrivende, medmindre der er tale om en sag, der kræver øjeblikkelig handling.⁷⁹

3.5.1. Forhandlingsprincippet

Markedsføringslovens § 28, stk. 1 hjemler det såkaldte forhandlingsprincip, der er centralt for Forbrugerombudsmandens virke som tilsynsmyndighed. Forhandlingsprincippet er udtryk for markedsføringslovens primære indgrebsmiddel, hvorfor man først og fremmest skal forsøge ad forhandlingens vej. Efter bestemmelsen skal Forbrugerombudsmanden ved forhandling søge at påvirke erhvervsdrivende til at overholde principperne om god markedsføringsskik og til at overholde reglerne i markedsføringsloven i øvrigt, hvilket gentages i § 1, stk. 3 i bekendtgørelse om Forbrugerombudsmandens virksomhed. Formålet er således at bringe erhvervsdrivendes ulovlige adfærd til ophør og samtidig påvirke deres fremtidige adfærd i en lovlig retning.⁸⁰

Såfremt den erhvervsdrivende tilsidesætter et tilsagn om eksempelvis at bringe en ulovlig adfærd til ophør, som er afgivet over for Forbrugerombudsmanden under forhandlingen, kan Forbrugerombudsmanden meddele den pågældende erhvervsdrivende et påbud for at sikre tilsagnets overholdelse, jf. markedsføringslovens § 28, stk. 2. Bestemmelsen styrker forhandlingsprincippet således, at tilsidesættelse af et tilsagn afgivet over for Forbrugerombudsmanden skal sidestilles med tilsidesættelse af et retsligt forbud eller påbud. Bestemmelsen

⁷⁷ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 25, s. 80

⁷⁸ Bekendtgørelse nr. 1249 af 25. november 2014 om regler for Forbrugerombudsmandens virksomhed, § 1, stk. 1

⁷⁹ Bekendtgørelse nr. 1249 af 25. november 2014 om regler for Forbrugerombudsmandens virksomhed, § 2

⁸⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 28, s. 86

muliggør herved, at ulovlig adfærd stoppes med minimal ressourceanvendelse for både myndigheder og erhvervsdrivende. Markedsføringslovens § 28, stk. 2 har yderligere en præventiv effekt, idet den påvirker de erhvervsdrivendes generelle adfærd ved at forebygge brud på aftaler indgået gennem forhandling med Forbrugerombudsmanden.⁸¹

3.5.2. Forhåndsbeskeder

Forbrugerombudsmanden har desuden mulighed for at påvirke de erhvervsdrivendes adfærd ved at afgive forhåndsbeskeder på begæring fra den erhvervsdrivende selv, jf. markedsføringslovens § 30, stk. 1. Det fremgår videre af bestemmelsen, at en forhåndsbesked ikke er en juridisk bindende stillingtagen til lovligheden af en given foranstaltning, men blot Forbrugerombudsmandens syn på lovligheden. Den erhvervsdrivende har derfor selv ansvaret for foranstaltningens lovlighed. Der er således ikke et rådgivningsansvar eller lignende knyttet til en forhåndsbesked.⁸² Forhåndsbeskeder afgives alene, når Forbrugerombudsmandens øvrige arbejde tillader det, og når det er muligt at besvare de stillede spørgsmål i lyset af administrativ praksis og retspraksis.⁸³ Såfremt Forbrugerombudsmanden afgiver en positiv forhåndsbesked, kan han herefter ikke på eget initiativ tage en sag op imod den erhvervsdrivende vedrørende den pågældende foranstaltning, jf. markedsføringslovens § 30, stk. 2. Forbrugerombudsmanden vil have mulighed for en fornyet bedømmelse af sagen, såfremt der modtages klager vedrørende markedsføring, som ikke er inddraget i forhåndsbeskeden. Iværksætter en erhvervsdrivende markedsføring, som Forbrugerombudsmanden på forhånd har vurderet er i strid med markedsføringsloven, vil det anses som en grov overtrædelse. Retten vil derfor anse det for en skærpende omstændighed ved en eventuel efterfølgende sag, såfremt retten tiltræder Forbrugerombudsmandens vurdering.⁸⁴

3.5.3. Retningslinjer

Forbrugerombudsmandens praktiske virke som tilsynsmyndighed udmønter sig tillige i udarbejdelse og offentliggørelse af retningslinjer på nærmere angivne områder, jf. markedsføringslovens § 29, stk. 1. Retningslinjerne er endnu en måde, hvorpå Forbrugerombudsmanden kan søge at påvirke de erhvervsdrivendes adfærd og giver mulighed for en “[...] løbende, hurtig, effektiv og billig markedstilpasning af god skik samt lovens øvrige regler i

⁸¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 28, s. 86

⁸² Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 30, s. 87

⁸³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 30, s. 86

⁸⁴ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 15/09244 og 18/08504

overensstemmelse med de omskiftelige behov på et område i konstant bevægelse.”⁸⁵ Grundlaget for udarbejdelse af sådanne retningslinjer er som udgangspunkt forhandling med repræsentanter for forbrugerne og relevante erhvervsorganisationer, hvorfor retningslinjerne i praksis ofte vil have karakter af samregulering.⁸⁶ Samregulering er karakteriseret ved, at udarbejdelsen af reglerne på et bestemt område er delt mellem offentlige myndigheder og eksempelvis private branche- og interesseorganisationer.⁸⁷

3.5.4. Vejledninger

Forbrugerombudsmanden kan desuden udstede ensidigt fastsatte vejledninger uden forudgående forhandling, eksempelvis i situationer, hvor området er så omfattende, at det ikke er praktisk muligt at forhandle med alle relevante repræsentanter og organisationer, eller hvis forhandlingerne ikke fører til enighed.⁸⁸ Vejledningerne kan således opfattes som et alternativ til påvirkning gennem forhandling.⁸⁹ Af relevans for uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post har Forbrugerombudsmanden udarbejdet spamvejledningen og vejledningen om “Brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af forbrugers samtykke til markedsføring”.⁹⁰

Hverken retningslinjer eller vejledninger er bindende for domstolene men består ofte af analyser og gode råd.⁹¹

3.6. Retsmidler og retshåndhævelse

I specialet inddrages retspraksis, hvor erhvervsdrivende er tiltalt for overtrædelse af markedsføringslovens § 10, stk. 1. I følgende afsnit vil markedsføringslovens regulering af retsmidler og retshåndhævelse blive gennemgået.

Handlinger i strid med markedsføringsloven kan forbydes ved dom, jf. markedsføringslovens § 24, stk. 1. Efter markedsføringslovens § 32, stk. 1 kan Forbrugerombudsmanden samt enhver

⁸⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 29, s. 86

⁸⁶ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 76

⁸⁷ Betænkning nr. 1457 om Markedsføring og prisoplysning, 2005, afsnit 9.2.1, s. 200

⁸⁸ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 76

⁸⁹ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 226

⁹⁰ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021

⁹¹ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 42

med en retlig interesse anlægge en sag om forbud, påbud, erstatning og vederlag efter lovens § 24. En forbruger skal dermed ikke først henvende sig til Forbrugerombudsmanden for at få hans vurdering af en sag, før sagen kan indbringes for domstolen.⁹² Det fremgår af de specielle bemærkninger til lovens § 32, at det ikke er reguleret i bestemmelsen, hvem der kan sagsøges for en overtrædelse af markedsføringsloven, og at det derfor må afgøres ud fra lovens formål. Det kan derfor “[...]” principielt være muligt at få nedlagt forbud mod enhver, der forbereder eller medvirker til en ulovlig markedsføring.”⁹³ Forbuddet kan nedlægges af hensyn til muligheden for effektivt at stoppe ulovlig markedsføring. Som eksempel på hvem dette forbud kan ramme nævnes blandt andet et reklamebureau, der udformer en ulovlig kampagne.⁹⁴ Forbrugerombudsmanden kan desuden meddele påbud efter markedsføringslovens §§ 32, stk. 2 og 33.

Efter markedsføringslovens § 37, stk. 1 er det strafbart at tilsidesætte et meddelt påbud eller forbud. Straffen efter markedsføringslovens § 37, stk. 1 kan fastsættes til bøde eller fængsel op til fire måneder. Det fremgår af bestemmelsens stk. 3, hvilke bestemmelser i loven der er straffsanktioneret. Hertil kan nævnes bestemmelsen om uanmodet henvendelse i lovens § 10 samt § 7 om aggressiv handelspraksis og sortlistens nr. 26. Strafferammen for markedsføringslovens § 37, stk. 3 er bøde. Det fremgår endvidere af bestemmelsens stk. 4, at straffen ved overtrædelse af § 7 samt sortlistens nr. 26 kan stige til fængsel i op til fire måneder. Det subjektive krav for at pålægge straf for overtrædelse af disse bestemmelser er uagtsomhed.⁹⁵

4. Uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post

Markedsføringslovens § 10 er med visse sproglige ændringer samt med tilføjelse af stk. 3 og 4 en videreførelse af § 6 i markedsføringsloven af 2005.⁹⁶ Bestemmelsen er, som tidligere nævnt, en implementering af artikel 13 i e-databeskyttelsesdirektivet. Artikel 13, stk. 1 har følgende ordlyd:

⁹² Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 69

⁹³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 32, s. 88

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 81

⁹⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

“Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter, som forudgående har givet deres samtykke hertil.”

E-Privacydirektivet er et ændringsdirektiv til e-databeskyttelsesdirektivet, som blev vedtaget i 2009. Med vedtagelsen af direktivet kom der en række ændringer til e-databeskyttelsesdirektivet. Ændringerne gav dog ikke anledning til at foretage ændringer i markedsføringsloven, da ændringerne allerede var indeholdt deri.⁹⁷ I e-Privacydirektivets betragtning 67 bliver der imidlertid oplyst applikationer, der må anses for at være elektronisk post, herunder sms, mms og lignende applikationer.

E-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 3 giver de enkelte medlemslande mulighed for at vælge, om der ved implementeringen af bestemmelsen i national ret enten skal tilvælges (opt-in) eller fravælges (opt-out) uanmodet henvendelse. Allerede ved ISDN-direktivet blev medlemslandene givet en mulighed for at vælge mellem en opt-in løsning eller en opt-out løsning.⁹⁸ De nordiske forbrugerombudsfolk anbefalede dengang, at erhvervsdrivende ikke må anvende elektronisk post til markedsføring henvendt til forbrugere, medmindre at der foreligger samtykke hertil.⁹⁹ I national ret anvendes netop den såkaldte opt-in løsning, hvorfor en uanmodet henvendelse er ulovlig, medmindre der er indhentet et lovligt samtykke forinden.¹⁰⁰ Det bemærkes, at der i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13 benyttes ‘uanmodet kommunikation’, hvorimod der i markedsføringslovens § 10 benyttes ‘uanmodet henvendelse’. Bestemmelsen blev i e-databeskyttelsesdirektivet ændret til ‘uanmodet kommunikation’ fra ‘telefoniske henvendelser’, der blev anvendt i ISDN-direktivet. Ændringen skete for at gøre artikel 13 mere teknologineutral. Desuden var udtrykket ‘telefoniske henvendelser’ i mange medlemslande blevet fortolket meget snævert, således at der i implementeringen af artiklen i visse medlemslande kun skete regulering af uønskede telefoniske henvendelser og ikke henvendelser via e-post eller andre nye kommunikationsformer.¹⁰¹

⁹⁷ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016, s. 172 og 173

⁹⁸ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugerftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.1., s. 5944

⁹⁹ Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugerftaler, markedsføringsloven og visse andre love, de almindelige bemærkninger, afsnit 3.1., s. 5945

¹⁰⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger til afsnit 8.2.1., s. 30

¹⁰¹ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor, KOM(2000)385, 2000/0189 (COD), s. 5

Bestemmelsen vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post beskytter som nævnt privatlivets fred.¹⁰² Formålet med bestemmelsen er ydermere at beskytte forbrugere, erhvervsdrivende samt offentlige myndigheder mod at blive overbebyrdet med uønskede uanmodede henvendelser.¹⁰³ Følgende betragtninger afspejler egne overvejelser vedrørende forbrugersynet i reguleringsteknikken bag markedsføringslovens § 10, stk. 1. Markedsføringslovens § 10, stk. 1 indeholder et forbud, som er et særdeles indgribende middel, der kan benyttes i reguleringsteknikken. I forbrugersynet kan der skelnes mellem henholdsvis en sårbar forbruger og en kompetent forbruger. Et forbud er en reguleringsteknik, der tilsigter en (pater-nalistisk) beskyttelse af den sårbare forbruger, idet der her bliver taget en beslutning for forbrugeren, og fritager denne for selv at skulle tage stilling. Samtidig tilsigter bestemmelsen også beskyttelse af den kompetente forbruger gennem kravet om forudgående samtykke, hvorved forbrugeren får tildelt et valg og dermed retten til selv at træffe en beslutning om, hvilke henvendelser vedkommende ønsker at modtage. Dette afspejler en tiltro til, at den kompetente forbruger er i stand til selvstændigt at træffe beslutninger.¹⁰⁴

I nedenstående afsnit behandles de enkelte kriterier i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Endvidere gennemgås § 10, stk. 2 som vedrører undtagelsen til bestemmelsens stk. 1 samt stk. 3, der oplister betingelserne for anvendelse af direkte markedsføring.

4.1. Erhvervsdrivende

Markedsføringsloven finder alene anvendelse på erhvervsvirksomhed, hvorfor forbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1 vedrører erhvervsdrivendes henvendelser. Begrebet ‘erhvervsdrivende’ er defineret i markedsføringslovens § 2, nr. 2, som er en implementering af handelspraksisdirektivets artikel 2, litra b.¹⁰⁵ Markedsføringslovens § 2, nr. 2 definerer en erhvervsdrivende som “En fysisk eller juridisk person, der udøver virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, og enhver der handler i en erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne.” Definitionen er bred, men vedrører kun erhvervsdrivende, hvorfor private personers forhold falder uden for bestemmelsens

¹⁰² Direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet), betragtning 40

¹⁰³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

¹⁰⁴ Med henvisning til og inspiration fra Marie Jull Sørensen's oplæg om ‘gennemsnitsforbrugeren’ til Law Talk om markedsføring og forbrugerbeskyttelse – 20 år med handelspraksisdirektivet, afholdt den 12. maj 2025 på Aalborg Universitet

¹⁰⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

samt lovens anvendelsesområde.¹⁰⁶ Den brede fortolkning af begrebet ‘erhvervsdrivende’ har til formål at beskytte forbrugeren så vidt muligt, idet forbrugeren anses som den svage part.¹⁰⁷

En erhvervsdrivende er en, der udøver “[...] privat erhvervsvirksomhed og offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet.”, jf. markedsføringslovens § 1, stk. 1.¹⁰⁸ Begrebet ‘erhvervsdrivende’ har en objektiv karakter, hvorfor der ikke skal tages hensyn til den erhvervsdrivendes viden eller øvrige subjektive forhold. Det afhænger således ikke af, om den erhvervsdrivende handler som led i sin hovedaktivitet, sekundære aktivitet eller accessori-ske aktivitet. Derudover er begrebet funktionelt, således det er den udøvede handling eller aktivitet, der er afgørende, snarere end selve den formelle status for den person, der udøver handlingen eller aktiviteten.¹⁰⁹ Udgangspunktet er dog, at det formodes, at erhvervsdrivende, der er registreret i CVR-registret, uden videre anses som erhvervsdrivende.¹¹⁰

Begrebets objektive karakter

I EU-dommen C-774/19, Personal Exchange International, blev forbrugerbegrebet behandlet, idet EU-Domstolen skulle tage stilling til, hvorvidt en pokerspiller kunne anses for at være en forbruger. Dommen omhandler således ganske vist forbrugerbegrebet men medtages i nærværende afsnit, da EU-Domstolen i sin argumentation anvender elementer fra vurderingen af at være erhvervsdrivende. Det fremgår i den forbindelse af dommens præmis 38, at begrebet ‘forbruger’ defineres ved at blive stillet over for begrebet ‘erhvervsdrivende’. Det bemærkes dog, at dette synspunkt ses udfordret i retslitteraturen, idet retspraksis giver udtryk for, at nogle af de elementer, der er vigtige for kvalificeringen af en erhvervsdrivende, ikke nødvendigvis er vigtige for kvalificeringen af en forbruger. Definitionen af den erhvervsdrivende kan derfor ikke nødvendigvis én til én overføres til definitionen af forbrugeren.¹¹¹

Det indgik i vurderingen, at pokerspilleren havde vundet “betydelige” pengebeløb, hvilket medførte, at pokerspilleren kunne leve af sine gevinster.¹¹² EU-Domstolen fremhævede, at det ikke er afgørende for kvalificeringen af en ‘forbruger’, hvorvidt gevinsterne er betragtelige, og at pokerspilleren har levet af gevinsterne i en årrække, idet kvalificeringen ikke er begrænset

¹⁰⁶ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 66

¹⁰⁷ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 45

¹⁰⁸ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/16364

¹⁰⁹ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 45

¹¹⁰ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 48

¹¹¹ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 104

¹¹² C-774/19, Personal Exchange International, præmis 32

til et særligt beløb.¹¹³ EU-Domstolen påpegede hertil, at det ikke har været EU-lovgivers hensigt, at forbrugerbeskyttelsen er knyttet til, hvornår et bestemt beløb anses for 'betydeligt', idet det herved ikke er forudsigeligt for privatpersonen, hvorvidt vedkommende er omfattet af forbrugerbeskyttelsen eller ej. Uforudsigeligheden består således i, at der ikke er fastsat en bestemt beløbstærskel.¹¹⁴ Set i relation til begrebet 'erhvervsdrivende' i nærværende afsnit må det desuden være uhensigtsmæssigt, hvis der i kvalificeringen heraf foreligger en bagatelgrænse.¹¹⁵

Den objektive karakter ved begrebet 'forbruger' kommer til udtryk i dommen ved, at der i kvalifikationen af en 'forbruger' ikke skal lægges vægt på den viden og de oplysninger, som personen besidder eller råder over, idet en privatperson ikke skal kvalificeres på baggrund af dennes subjektive situation.¹¹⁶ Dette stemmer således overens med den ovenfor nævnte objektive karakter af begrebet 'erhvervsdrivende'. I forlængelse heraf fremgår det videre af dommens præmis 40, at pokerspillerens knowhow inden for pokerspil ikke medfører, at vedkommende herved mister sin egenskab af 'forbruger'. En privatperson skal således ikke miste sin egenskab af 'forbruger' ved at besidde knowhow inden for et givent område.¹¹⁷ På samme måde er det ikke afgørende i kvalificeringen af en 'erhvervsdrivende', at vedkommende besidder knowhow inden for et område.

Pokerspilleren brugte til hverdag gennemsnitligt ni timer på pokerspil. EU-Domstolen fastslog i den forbindelse, at en aktivitets hyppighed kan tages i betragtning i forhold til kvalificeringen som 'erhvervsdrivende' i modsætning til begrebet 'forbruger'.¹¹⁸ Det fremgår endvidere af præmis 46, at det dog ikke i sig selv er afgørende for kvalificeringen, idet det blot er ét blandt andre forhold, der skal tages i betragtning.

4.1.1. Privat erhvervsvirksomhed

Hvad der skal forstås med 'privat erhvervsvirksomhed' er ikke direkte defineret i markedsføringsloven eller forarbejderne dertil, men må alligevel forstås bredt, således at det er karakteren af aktiviteten, der er det centrale for forståelsen af begrebet. Enhver aktivitet der vedrører produktion, salg og markedsføring af ydelser, er derfor omfattet.¹¹⁹ Erhvervsdrivende og de

¹¹³ C-774/19, Personal Exchange International, præmis 33 og 34

¹¹⁴ C-774/19, Personal Exchange International, præmis 35

¹¹⁵ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 47

¹¹⁶ C-774/19, Personal Exchange International, præmis 38 og 39

¹¹⁷ C-774/19, Personal Exchange International, præmis 40

¹¹⁸ C-774/19, Personal Exchange International, præmis 45

¹¹⁹ Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 285

personer, som handler på vegne af en erhvervsdrivende eller i den erhvervsdrivendes navn, udøver privat erhvervsvirksomhed. Betaler en erhvervsdrivende nogen for at markedsføre sine produkter, er der tale om privat erhvervsvirksomhed.¹²⁰

4.1.2. Offentlig erhvervsvirksomhed

Markedsføringsloven omfatter desuden offentlig erhvervsvirksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet, og at dette sker på enten markeds- eller markedslignende vilkår. Offentlig virksomhed kan derfor være omfattet af markedsføringsloven og dermed bestemmelsen i lovens § 10, stk. 1. Det afgørende er ikke nødvendigvis, om der er konkurrence mellem offentlige institutioner og private virksomheder i udbuddet.¹²¹ Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked til en kommune oplyst, at såfremt deres aktiviteter har et økonomisk og erhvervsmæssigt præg, vil aktiviteterne være omfattet af markedsføringslovens anvendelsesområde, og kommunen vil herved blive anset for at være erhvervsdrivende. Kommunen skal derfor overholde markedsføringslovens regler, herunder reglerne om spam. Hertil påpeges, at hvis kommunen henvender sig til sine borgere, og henvendelsen har “[...] erhvervsmæssig aktivitet, og den er med henblik på straks eller senere at afsætte produkter over for modtageren, skal modtageren give samtykke til at modtage henvendelsen.” Dette vil ligeledes gøre sig gældende, hvis formålet med henvendelsen ikke er afsætning af kommunens egne varer eller tjenesteydelser. I vurderingen kan indgå, hvorvidt den erhvervsdrivendes navn og logo fremgår, samt om der er beskrivelser af den erhvervsdrivende, links til hjemmeside, kontaktinformationer eller lignende.¹²²

4.1.3. Fysisk person

Det bemærkes i forarbejderne, at det beror på en konkret vurdering af det pågældende forhold, hvorvidt en fysisk person kan anses for at udøve erhvervsvirksomhed. Det er ikke et krav, at vedkommende udelukkende er beskæftiget som erhvervsdrivende eller har et fast forretningssted. Det er ikke afgørende i bedømmelsen, om der tilsigtes at opnå en gevinst ved virksomheden. I betænkningen til markedsføringsloven af 2005 fremgår det, at begrebet ‘i erhvervsmæssigøjemed’ skal forstås således, at en handling sker som led i udøvelse af virksomhed.¹²³ Dog er det ikke et krav, at denne virksomhed er vedvarende eller har et snævert

¹²⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 43

¹²¹ Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udg., Djøf Forlag, s. 66

¹²² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 15/09442

¹²³ Betænkning nr. 1457 om markedsføring og prisopplysning, 2005, afsnit 5.1.3., s. 97

erhvervsmæssigt formål eller et hovederhverv. Det er dog et krav, at virksomheden har en vis varighed og et vist omfang.¹²⁴ Hertil er det uden betydning, hvilke kort- eller langsigtede økonomiske mål virksomheden har, eller om indtjening overhovedet er formålet.¹²⁵

I en sag fra Forbrugerklagenævnet blev en person anset for erhvervsdrivende, idet vedkommende havde fremstillet træolie og voks. Der blev i afgørelsen lagt vægt på, at vedkommende havde solgt 24 til 71 flasker årligt i en periode fra 2011 til 2016, hvorfor det solgte havde et tilstrækkeligt omfang og en fortsættende karakter.¹²⁶ I en anden sag blev en person ikke anset for erhvervsdrivende, selvom hun havde tilpasset en brudekjole. Der blev i afgørelsen lagt vægt på, at vedkommende ikke var CVR-registreret, ikke havde et fast forretningssted og ikke markedsførte sig som skrædder.¹²⁷

Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked taget stilling til, hvorvidt en privatperson kunne rette henvendelse til erhvervsdrivende med henblik på enten at tilbyde gratis luftfotos eller at indhente samtykke med henblik på efterfølgende henvendelser omkring salg. Privatpersonen havde oplyst til Forbrugerombudsmanden, at vedkommende ikke havde en erhvervsvirksomhed. Forbrugerombudsmanden påpegede også i denne forhåndsbesked, at der skal foretages en konkret vurdering i forhold til, om privatpersonen udøver erhvervsmæssig aktivitet. Hertil påpegede Forbrugerombudsmanden, at det er ikke afgørende, hvorvidt formålet med aktiviteten er at opnå en økonomisk gevinst. Det er desuden uden betydning for vurderingen, hvorvidt der er tale om en deltids- eller fuldtidsbeskæftigelse. Dog skal aktiviteten have “[...] en vis fortsat karakter og et ikke helt ubetydeligt omfang.” Forbrugerombudsmanden vurderede, at der var tale om erhvervsmæssig aktivitet, hvorfor privatpersonen ansås for at være erhvervsdrivende og dermed omfattet af spamforbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1.¹²⁸

Salg via nettet

I en anden forhåndsbesked påpegede Forbrugerombudsmanden, at en fysisk person efter omstændighederne kan være erhvervsdrivende, hvis den fysiske person udsender henvendelser om

¹²⁴ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 43

¹²⁵ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 46

¹²⁶ FKN 17/01534-32 omtalt i Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 49

¹²⁷ FKN 17/02094-13 omtalt i Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 49

¹²⁸ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/09055

erhvervsmæssig aktivitet.¹²⁹ Som eksempel på personer, der anses for at udøve privat erhvervsvirksomhed, nævner forarbejderne personer, der fra deres hjem sælger produkter via internettet og som søger en profit og/eller køber produkter med henblik på at sælge dem videre til en højere pris.¹³⁰

EU-dommen C-105/17, Kamenova, tager stilling til, hvornår en person kan anses for at udøve privat erhvervsvirksomhed, når vedkommende sælger produkter via internettet. Markedsføringslovens § 2, nr. 2 er som nævnt en implementering af handelspraksisdirektivets artikel 2, litra b, hvorfor Kamenova er relevant som fortolkningsbidrag til begrebet 'erhvervsdrivende'. I sagen tog EU-Domstolen stilling til, hvorvidt en fysisk persons virksomhed, som på et websted var registreret med henblik på salg af varer og samtidig offentliggjorde i alt otte annoncer om salg af forskellige varer via dette websted, var erhvervsdrivende. EU-Domstolen fremhævede, at betegnelsen 'erhvervsdrivende' bygger på en konkret fremgangsmåde fra sag til sag.¹³¹ Desuden er der i dommens præmis 38 oplistet otte typer af kriterier, som hverken er udtømmende eller eksklusive, men som nationale domstole skal efterprøve i forbindelse med vurderingen af, om der er tale om en erhvervsdrivende.¹³² Hertil nævnes blandt andet, at det kan indgå i vurderingen, hvorvidt et salg sker med vinding for øje, eller om sælgeren har en fordelagtig position, idet sælgeren har oplysninger og teknisk kompetence i forhold til de udbudte varer, som forbrugeren ikke har. Yderligere kan det indgå i vurderingen, om sælgeren har modtaget vederlag eller en andel i forbindelse med, at sælgeren handler på vegne af en erhvervsdrivende eller i dennes navn eller på andre måder optræder i den erhvervsdrivendes navn.¹³³ I relation til de oplistede kriterier fremgår det af dommens præmis 40, at:

“Den blotte omstændighed, at salget sker med vinding for øje, eller at en person offentliggør et vist antal annoncer om salg af nye og brugte varer på samme tid på en onlineplatform, er således ikke i sig selv tilstrækkelig til at kvalificere denne person som »erhvervsdrivende«
[...].”

Præmis 40 udtrykker dermed, at vurderingen, af om en person er at anse som 'erhvervsdrivende', kræver en mere nuanceret tilgang, hvor flere relevante faktorer og omstændigheder må

¹²⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/16364

¹³⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 43

¹³¹ C-105/17, Kamenova, præmis 37

¹³² C-105/17, Kamenova, præmis 37 til 39

¹³³ C-105/17, Kamenova, præmis 38

tages i betragtning. EU-Domstolen fandt, at det alene ikke var tilstrækkeligt, at en person offentliggør et bestemt antal annoncer om salg af varer på en onlineplatform for at blive anset for erhvervsdrivende.

4.1.4. Almennyttige foreninger

Udgangspunktet er, at almennyttige foreninger ikke er erhvervsdrivende og derved ikke omfattes af markedsføringslovens regler, herunder spamforbuddet.¹³⁴ Det beror dog på en konkret vurdering af foreningens aktiviteter generelt, herunder hvorvidt humanitære, politiske eller religiøse aktiviteter såvel som aktiviteter, der foretages af en almennyttig forening, er et udslag af erhvervsvirksomhed.¹³⁵ I vurderingen kan der desuden lægges vægt på, hvad der fremgår af vedtægterne, men dette kan dog ikke stå alene, hvorfor der skal foretages en konkret vurdering af den pågældende aktivitet.¹³⁶ Derfor kan organisationer med erhvervsmæssige aktiviteter såsom forlagsvirksomhed, juridisk rådgivning og formidling af forsikring falde inden for anvendelsesområdet.¹³⁷

I vurderingen af om en almennyttig forening kan anses som erhvervsdrivende, skelnes der mellem, hvorvidt aktiviteten er et udspring af dens traditionelle kernevirksomhed, eller om foreningen træder ind på et kommercielt marked. Træder den almennyttige forening ind på et kommercielt marked med en konkret aktivitet, vil det være et udslag af erhvervsvirksomhed. Det er derfor ikke afgørende hvem, der har stået bag handlingen. Som eksempel på denne sondring bemærkes det i forarbejderne, at almennyttige foreningers hvervning af medlemmer ikke er omfattet af lovens anvendelsesområde, hvorimod hvervning af medlemmerne, som sker til en forening, som i almindelighed driver virksomhed i erhvervsøjemed, er omfattet.¹³⁸ Dog skal der altid foretages en konkret vurdering, men det faktum, at aktiviteten normalt udøves af erhvervsdrivende, vægtes tungt.¹³⁹

Forbrugerombudsmanden har i visse sager taget stilling til, hvorvidt almennyttige foreninger kan anses for erhvervsdrivende. Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked oplyst en

¹³⁴ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 58

¹³⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 41

¹³⁶ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 58

¹³⁷ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 1, s. 41

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 58

forening, at foreninger kan anses for at være erhvervsdrivende, hvis foreningen driver en økonomisk aktivitet med et erhvervmæssigt præg, herunder eksempelvis aktivitet inden for handel, industri, håndværk eller lignende.¹⁴⁰

I en anden forhåndsbesked har Forbrugerombudsmanden vejledt om almennyttige foreningers brug af nyhedsbreve. Hertil nævnte Forbrugerombudsmanden, at nyhedsbreve fra almennyttige foreninger kan indeholde markedsføring af egne eller andres erhvervmæssige aktiviteter, uden at de bliver omfattet af spamforbuddet, så længe hovedindholdet i nyhedsbrevet handler om foreningens ikke-erhvervmæssige aktiviteter eller almennyttige formål. Hvis en almennyttig forening derfor samarbejder med en erhvervsdrivende eller selv udfører erhvervmæssige aktiviteter, kan foreningen informere om dette i nyhedsbrevet, så længe hovedindholdet stadig relaterer sig til foreningens almennyttige formål. Almennyttige foreninger kan desuden tilbyde deres medlemmer gratisprodukter i deres nyhedsbreve, så længe det relaterer sig til foreningens formål, uden at det anses som erhvervmæssig aktivitet.¹⁴¹

4.2. Nogen

Markedsføringslovens § 10, stk. 1 beskytter ‘nogen’, hvilket betyder, at modtageren af en uanmodet henvendelse kan være alle og enhver, og henvendelsen kan være rettet mod en eller flere bestemte personer.¹⁴² Herunder er både fysiske og juridiske personer omfattet af beskyttelsen i bestemmelsen.¹⁴³ Det kan derfor både være en forbruger, en erhvervsdrivende, en offentlig myndighed eller andre.

Ved af bestemmelsen i national ret anvendes betegnelsen ‘nogen’ i forhold til bestemmelsens beskyttelsesobjekt. I e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 benyttes derimod ‘abonnenter’. Abonnenter er ikke defineret i e-databeskyttelsesdirektivet men er til gengæld defineret i ISDN-direktivet, der som nævnt, blev ophævet som følge af e-databeskyttelsesdirektivets ikrafttræden.¹⁴⁴ En abonnent blev i ISDN-direktivets artikel 2, litra a defineret som en:

¹⁴⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 13/07566

¹⁴¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 19/05166

¹⁴² Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udg., Djøf Forlag, s. 383

¹⁴³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 60

¹⁴⁴ Direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet) artikel 19

“[...] fysisk eller juridisk person, som har indgået aftale med en leverandør af offentligt tilgængelige teletjenester om levering af sådanne tjenester.”

E-databeskyttelsesdirektivet artikel 13, stk. 5 siger dog, at stk. 1 og 3 finder anvendelse på abonnenter, der er fysiske personer. Dermed indsnævrer bestemmelsen i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 5 definitionen af abonnenter fra definitionen i ISDN-direktivet. E-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 5 pålægger imidlertid medlemsstaterne, at de inden for rammerne af gældende fællesskabsret og national lovgivning skal sikre, at de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer, nyder tilstrækkelig beskyttelse for så vidt angår uanmodet kommunikation. Bestemmelsen i artikel 13, stk. 1 finder derfor anvendelse over for fysiske personer, men pålægger medlemslandene at sørge for, at abonnenter, der ikke er fysiske personer, får tilstrækkelig beskyttelse mod uanmodet kommunikation. Det må derfor formodes, at der ved implementeringen i markedsføringslovens § 10, stk. 1 er givet lovgiver en mulighed for at anvende ‘nogen’ i bestemmelsen for at inkludere både fysiske personer og juridiske personer i beskyttelsen mod uanmodede henvendelser.

Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked til en erhvervsdrivende taget stilling til begrebet ‘nogen’. Den erhvervsdrivende ville rette henvendelse til tidligere kunder og eventuelt potentielle kunder med et tilbud om at købe deres licens, så kirker og kirkelige foreninger kunne anvende film, som den erhvervsdrivende havde på deres producerliste. Forbrugerombudsmanden fremhævede, at det er uden betydning, hvorvidt henvendelsen sendes til en hovedpostkasse eller en personlig modtager, herunder en ansat eller direktør. Afslutningsvis udtalte Forbrugerombudsmanden, at det også er uden betydning, hvorvidt den erhvervsdrivende kan finde frem til e-mailadressen, fordi e-mailadressen er offentligt tilgængelig. Forbrugerombudsmanden vurderede derfor, at den erhvervsdrivende ikke lovligt kunne sende henvendelserne vedrørende deres tilbud og orientering om deres ordning til nye potentielle kunder via e-mail uden forudgående samtykke.¹⁴⁵

4.3. Elektronisk post

Specialets fokus er som nævnt på uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post. ‘Elektronisk post’ er et vidt begreb, som på baggrund af sin ordlyd ikke giver et åbenlyst svar på,

¹⁴⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 25/03363

hvad begrebet dækker over. Elektronisk post er defineret i markedsføringslovens § 2, nr. 15, som:

“Enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som kan lagres på nettet eller på modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren.”

I forarbejderne er begrebet ‘elektronisk post’ opdelt i tre betingelser, der alle skal være til stede, for at en henvendelse er sendt ved brug af elektronisk post.¹⁴⁶ Forbrugerombudsmanden har i flere sager samt spamvejledningen dog tilføjet en ekstra betingelse i vurderingen af begrebet ‘elektronisk post’. Begrebet er herefter opdelt i fire betingelser med tilføjelse af, at der skal være tale om en meddelelse.¹⁴⁷ I andre sager opdeler Forbrugerombudsmanden dog elektronisk post i tre betingelser i overensstemmelse med forarbejderne.¹⁴⁸ Med udgangspunkt i Forbrugerombudsmandens opdeling er de fire betingelser for elektronisk post følgende: 1) der skal være tale om en meddelelse, 2) meddelelsen skal sendes via et offentligt kommunikationsnet, 3) meddelelsen sendes til en bestemt bruger via et offentligt kommunikationsnet, 4) og det skal være muligt at lagre meddelelsen på nettet eller på modtagerens terminaludstyr, indtil modtageren kan hente meddelelsen. Det bemærkes i forarbejderne, at det imidlertid beror på en konkret vurdering, hvorvidt en henvendelse er omfattet af begrebet ‘elektronisk post’.¹⁴⁹

Teknologineutral

Som tidligere anført har lovgivers hensigt været at gøre markedsføringsloven teknologineutral. Dette kommer særligt til udtryk i definitionen af ‘elektronisk post’ i markedsføringsloven, der netop er teknologineutral samt dynamisk. I forarbejderne bliver det hertil bemærket, at definitionen derfor skal fortolkes bredt, således begrebet tilpasser sig den teknologiske udvikling og til enhver tid kan følge markedsudviklingen.¹⁵⁰ På den måde sikres det, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester opnår samme beskyttelse, uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på.¹⁵¹

¹⁴⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

¹⁴⁷ Herunder Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05121-7

¹⁴⁸ Herunder Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277-2

¹⁴⁹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

Begrebets brede fortolkning kommer således til udtryk i forarbejderne til markedsføringsloven men også i dommen U.2005.3446H, hvor en erhvervsdrivende havde fremsendt cirka 12.000 sms-beskeder og ca. 36.000 e-mails til flere modtagere med henblik på direkte markedsføring. I dommen blev det fremhævet, at begrebet 'elektronisk post' er teknologineutralt, og at bestemmelsen derfor finder anvendelse på allerede kendte former og nye former for teknologi til elektronisk fremsendelse af meddelelser. Domstolen nævnte i sammenhæng hermed, at det ikke er betegnelsen på den anvendte teknologi, der har betydning for, hvorvidt en given teknologi er inden for bestemmelsens anvendelsesområde. Det er derfor uden betydning, om teknologien betegnes som e-mails, talebeskeder eller videobeskeder. Forbrugerombudsmanden synes at støtte sig til dette synspunkt, idet den brede fortolkning blev anvendt i en forhåndsbesked. I forhåndsbeskeden tog Forbrugerombudsmanden stilling til, hvorvidt toast-beskeder, overlays og kvitteringsbeskeder i MobilePay-appen kunne betragtes som 'elektronisk post'. Forbrugerombudsmanden tog stilling til de forskellige betingelser for elektronisk post og lagde i sin vurdering heraf netop vægt på, at begrebet 'elektronisk post' skal fortolkes bredt som følge af forarbejderne til markedsføringsloven. Forbrugerombudsmanden kom derfor frem til, at både toast-beskeder, overlays og kvitteringsbeskeder opfylder kriterierne for at være elektronisk post, jf. markedsføringslovens § 2, nr. 15. Forbrugerombudsmanden bemærkede, at vurderingen gav anledning til tvivl, da kommunikation med markedsføring i apps ikke var behandlet i markedsføringslovens forarbejder eller i juridisk litteratur, som Forbrugerombudsmanden var bekendt med.¹⁵²

I samme forhåndsbesked vurderede Forbrugerombudsmanden desuden ud fra samme brede fortolkning, at push-beskeder også udgør 'elektronisk post'. En push-besked er en meddelelse, som en app sender til eksempelvis en smartphone-bruger, hvis brugeren har slået push-beskeder til i telefonens indstillinger. Push-beskeden vises alt afhængig af, hvad brugeren har givet tilladelse til i styresystemet. Push-beskeden vises herefter på brugerens smartphone, selvom appen ikke er åben. Når push-beskeden er vist, vil brugeren ofte ikke kunne tilgå beskeden igen. Forbrugerombudsmanden vurderede, at push-beskeder er en meddelelse, samt at appen MobilePay er en offentlig kommunikationstjeneste. Forbrugerombudsmanden begrundede, at det var en offentlig kommunikationstjeneste med, at kommunikationen sker via en tjeneste på internettet, som er tilgængelig for alle med et betalingskort. Push-beskeden "ligger på" brugerens smartphone, hvor den afventer brugerens aflæsning af beskeden, hvorfor meddelelsen

¹⁵² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05121-7

lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil den hentes af modtageren. Forbrugerombudsmanden tilføjede hertil, at det ikke er af betydning, at push-beskeden ofte ikke kan tilgås efter visning, samt at det ikke har betydning, at brugeren selv kan ændre indstillinger vedrørende modtagelse af push-beskeder. Forbrugerombudsmanden vurderede desuden, at brugernes smartphone udgør en bestemt elektronisk adresse, som push-beskeden sendes til.¹⁵³

4.3.1. Enhver meddelelse

Elektronisk post omfatter først og fremmest ‘enhver meddelelse’ i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede og skal, i lyset af spamvejledningen samt U.2005.3446H, omfatte “[...] alle former for meddelelser, der sendes elektronisk.”¹⁵⁴ Meddelelser der sendes elektronisk omfatter blandt andet sms, mms og e-mails, herunder online e-mailtjenester såsom gmail.com og hotmail.com samt andre lignende applikationer, der benyttes til at sende beskeder, hvori billeder, lyd og tekst kan kombineres via internettet eller mobiltelefon.¹⁵⁵

Forbrugerombudsmanden har på baggrund af en henvendelse fra Digitaliseringsstyrelsen vurderet i en forhåndsbesked, at meddelelser sendt via digital post skal sidestilles med modtagelse af en e-mail og sms. Hertil lagde Forbrugerombudsmanden til grund, “[...] at henvendelser sendt via digital post rent teknisk sker på en måde, der gør, at det er elektronisk post.”¹⁵⁶ Forbrugerombudsmanden har i en anden forhåndsbesked udtalt, at det ikke er afgørende for vurderingen af elektronisk post, om reklamen teknisk kan sidestilles med en e-mail eller en sms, men at det skal vurderes ud fra markedsudviklingen og den teknologiske udvikling.¹⁵⁷

4.3.2. Sendes via et offentligt kommunikationsnet

Førend en henvendelse er sendt ved brug af elektronisk post, skal meddelelsen desuden sendes via et offentligt kommunikationsnet.¹⁵⁸ En forsendelse efter bestemmelsen må forstås som, at afsenderen træffer en beslutning om og foranstaltninger til, at meddelelsen formidles til modtageren.¹⁵⁹ Offentligt kommunikationsnet er, når kommunikationen “[...] sker via en tjeneste på internettet, der ikke på forhånd er afgrænset til en bestemt kreds af slutbrugere [...]”.¹⁶⁰

¹⁵³ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05121-7

¹⁵⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 5.1, s. 14

¹⁵⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

¹⁵⁶ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 15/03380

¹⁵⁷ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277-2

¹⁵⁸ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

¹⁵⁹ Trzaskowski, Jan, Unsolicited Communication in Social Media, 2014, Journal Article, European Business Law Review, s. 393

¹⁶⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

Medlemsportaler for medlemmer, abonnenter eller brugere, hvor disse kan logge ind og tilgå indhold, må efter en konkret vurdering være et offentligt kommunikationsnet, som er omfattet af begrebet ‘elektronisk post’.¹⁶¹ Som eksempel på et netværk, der ikke er et offentligt kommunikationsnet, nævnes et intranet i Forbrugerombudsmandens spamvejledning. Hertil bemærkes det, at et intranet skal forstås som et privat netværk, der kun tillader adgang til en begrænset gruppe, eksempelvis medarbejdere i en virksomhed.¹⁶² Forbrugerombudsmanden har desuden i en forhåndsbesked vurderet, at henvendelser sendt via Bluetooth ikke sendes via et offentligt kommunikationsnet og derfor ikke er omfattet af definitionen ‘elektronisk post’.¹⁶³

Forbrugerombudsmanden vurderede i en anden forhåndsbesked, at såkaldte Conversation Ads på LinkedIn var sendt ved brug af elektronisk post og dermed omfattet af spamforbuddet. I denne forhåndsbesked vurderede Forbrugerombudsmanden dette efter de tre betingelser for elektronisk post, som forarbejderne opstiller. Conversation Ads på LinkedIn var et annonceformat, der blev vist til medlemmer gennem beskedsystemet på LinkedIn. Annoncerne fremstod som private beskeder men var markeret som “sponsoreret”. Annoncører kunne vælge en målgruppe baseret på forskellige parametre som uddannelse, jobfunktion og alder. Dog havde de ikke kendskab til de specifikke personer i målgruppen. Visningen af Conversation Ads var baseret på en liveauktion mellem annoncører inden for en målgruppe, hvor vinderen var bestemt ud fra buddet og reklamens relevans.¹⁶⁴

I vurderingen af hvorvidt Conversation Ads var omfattet af begrebet ‘elektronisk post’, lagde Forbrugerombudsmanden vægt på, at reklamemeddelelsen var sendt via et offentligt kommunikationsnet, da reklamerne blev vist til en afgrænset gruppe af brugere inden for en målgruppe, der kunne begrænses på flere parametre. Derudover blev der lagt vægt på, at annoncøren kunne påvirke, hvor mange og hvem der modtog annoncen ud fra annoncørens budget og reklamens indhold. Reklamerne blev på den måde ikke vist til tilfældige besøgende på hjemmesiden, men det var derimod LinkedIn, der fungerede som mellemmand mellem annoncøren og den afgrænsede gruppe af brugere. Annoncørerne vidste ikke, hvilke brugere, der fik tilsendt annoncerne. Det var dog Forbrugerombudsmandens vurdering, at det ikke har betydning, om annoncørerne ved, hvem brugerne er. Forbrugerombudsmanden fremhævede, at begrebet skal fortolkes i

¹⁶¹ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 5.1, s. 14

¹⁶² Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 5.1, s. 14

¹⁶³ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05647

¹⁶⁴ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277

overensstemmelse med beskyttelseshensynet i bestemmelsen i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Forbrugerombudsmanden fandt derfor, at markedsføringen var sendt til modtagerne i overensstemmelse med begrebet 'elektronisk post'. Dette var på trods af, at afsendelsen blev foretaget ud fra en algoritme og uden egentlig indblanding fra fysiske personer.¹⁶⁵

4.3.3. Sendes til en bestemt bruger

En henvendelse skal i øvrigt sendes til 'en bestemt brugers' elektroniske adresse via et offentligt kommunikationsnet.¹⁶⁶ I Forbrugerombudsmandens forhåndsbesked om Conversation Ads, fandt Forbrugerombudsmanden, at reklamerne via Conversation Ads var sendt til en bestemt modtagers elektroniske adresse. Begrundelsen herfor var, at LinkedIn kunne vælge en specifik målgruppe, og at LinkedIn havde kendskab til de enkelte personers identitet. Forbrugerombudsmanden kom frem til denne vurdering til trods for, at annoncøren ikke havde kendskab til, hvem personerne var. Det havde desuden ingen betydning, at valget af modtagerne var sket efter et tilfældighedsprincip eller ud fra en algoritme, samt at det ikke var en fysisk person, der stod for selve udvælgelsen af de enkelte modtagere. Forbrugerombudsmanden fandt hertil, at LinkedIn som mellemmand havde et så præcist kendskab til den enkelte modtager, så LinkedIn kunne integrere oplysninger fra modtagerens profil såsom fornavn, efternavn, arbejdsgiver, jobtitel og/eller industri ind i reklamen.¹⁶⁷

4.3.4. Lagres indtil meddelelsen hentes

Henvendelsen skal slutteligt lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil den hentes af modtageren. Beskeder på sociale medier lagres automatisk i nettet, hvorimod pop-up reklamer (annoncer) samt news feed ikke omfattes af definitionen for elektronisk post. Et news feed kan betegnes som en funktion på sociale medier, hvor brugere kan se aktiviteter fra andre aktører i sit netværk.¹⁶⁸ Begrundelsen for at disse typer af markedsføring ikke er elektronisk post er, at de ikke lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr.¹⁶⁹ Disse typer af markedsføring

¹⁶⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277

¹⁶⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

¹⁶⁷ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277

¹⁶⁸ Trzaskowski, Jan, Unsolicited Communication in Social Media, 2014, Journal Article, European Business Law Review, s. 391

¹⁶⁹ Trzaskowski, Jan, Unsolicited Communication in Social Media, 2014, Journal Article, European Business Law Review, s. 394

er derimod afhængige af, at modtageren er online, hvor de generes til brug for visning og forsvinder af sig selv, når modtageren ikke længere er online.¹⁷⁰

I forhåndsbeskeden vedrørende toast-beskeder, overlays og kvitteringsbeskeder i MobilePay-appen vurderede Forbrugerombudsmanden i øvrigt, at de omhandlende beskeder lå inde i appen og afventede brugernes anvendelse af appen. Beskederne lagres derfor i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil de hentes af modtageren, selvom de kun er tilgængelige i et begrænset tidsrum. Forbrugerombudsmanden fremhævede i relation til betingelsen, at det ikke er et krav, at meddelelserne rent faktisk lagres, men at det blot er teknisk muligt. Forbrugerombudsmanden fandt desuden i relation til betingelsen omtalt i afsnittet ovenfor, at brugernes MobilePay-profil var en bestemt elektronisk adresse, som beskederne blev sendt til. Forbrugerombudsmanden vurderede derfor, at både toast-beskeder, overlays og kvitteringsbeskeder opfylder kriterierne for at være elektronisk post, jf. markedsføringslovens § 2, nr. 15.¹⁷¹

I Forbrugerombudsmandens forhåndsbesked omhandlende Conversation Ads blev det desuden vurderet, at når reklamerne sendes via Conversation Ads, ligger de i brugerens private indbakke sammen med øvrige beskeder til brugeren. Såfremt brugeren hentede sine beskeder ved en handling, blev reklamen hentet samtidigt. Reklamen blev desuden lagret sammen med de øvrige beskeder og blev vist igen, næste gang brugeren hentede sine beskeder. Forbrugerombudsmanden vurderede derfor, at Conversation Ads 'lagres indtil den hentes af modtageren', hvorfor betingelsen er opfyldt. Således var betingelserne for elektronisk post opfyldt, hvorfor de reklamer der blev sendt med Conversation Ads var omfattet af spamforbuddet. I forhåndsbeskeden henviste Forbrugerombudsmanden i øvrigt til både e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 samt til EU-dommen C-102/20, StWL. Forbrugerombudsmanden henledte opmærksomheden på, at EU-Domstolen på daværende tidspunkt behandlede sagen StWL, som vedrørte et lignende spørgsmål. Forbrugerombudsmanden nævnte hertil, at Conversation Ads adskiller sig på flere punkter fra indbakkereklamerne behandlet i StWL, da Conversation Ads blandt andet lagres i brugerens indbakke.¹⁷²

¹⁷⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46 og Trzaskowski, Jan, Unsolicited Communication in Social Media, 2014, Journal Article, European Business Law Review, s. 394

¹⁷¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05121-7

¹⁷² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/06277

4.3.5. Indbakkereklamer

EU-Domstolen tog i EU-dommen StWL stilling til begrebet 'elektronisk post' i relation til e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 vedrørende 'uanmodet kommunikation'. EU-Domstolen tog herunder stilling til, om indbakkereklamer er elektronisk post som defineret i direktivets artikel 2, litra h.

EU-Domstolen oplyste i dommens præmis 37 tre kriterier, der skulle undersøges i forbindelse med anvendelsen af artikel 13, stk. 1 i e-databeskyttelsesdirektivet. De oplyste kriterier i dommen, der skulle undersøges ved anvendelse af bestemmelsen, var for det første, om den kommunikationsform, der blev anvendt med henblik på direkte markedsføring, var blandt de former for kommunikationsformer, der er omfattet i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1, for det andet om den pågældende kommunikation tog sigte på direkte markedsføring, og slutteligt skulle det undersøges, om kravet om forudgående samtykke fra brugeren var blevet overholdt. I nærværende afsnit analyseres kun det første kriterie. De to øvrige vil blive analyseret i specialets afsnit 4.4 og 4.5.

EU-Domstolen bemærkede, at de elektroniske kommunikationsformer, der er oplyst i e-databeskyttelsesdirektivets betragtning 40 og i artikel 13, stk. 1 ikke er en udtømmende liste.¹⁷³ EU-Domstolen henviste desuden til betragtning 67 i ændringsdirektivet 2009/136, hvor det er anført, at sms, mms og andre lignende applikationer ligeledes er omfattet af begrebet elektronisk post. I samme præmis konkluderede EU-Domstolen, at der skal anlægges en teknologisk set vid og evolutionsorienteret forståelse af, hvilke kommunikationsformer direktivet omfatter.¹⁷⁴

EU-Domstolen skulle hertil afklare, om brugere af en e-mailtjeneste, der fik vist reklamemeddelelser i indbakken, der var udformet på en måde, så reklamemeddelelserne fremstod som rigtig elektronisk post, og desuden var placeret samme sted som denne, var omfattet af begrebet 'elektronisk post'.¹⁷⁵ EU-Domstolen bekræftede, at reklamemeddelelsen var elektronisk post med den begrundelse, at reklamemeddelelsen blev vist i et felt, som var forbeholdt private e-mails.

¹⁷³ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 38

¹⁷⁴ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 39

¹⁷⁵ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 63

I vurderingen blev der lagt vægt på, at brugerne først kunne frigøre feltet med reklamemeddelelsen og opnå en samlet visning af sine private e-mails efter at have set indholdet af reklamemeddelelsen for derefter aktivt at slette reklamemeddelelsen.¹⁷⁶ Brugerne ville i øvrigt blive dirigeret ind på en webside omhandlende reklamemeddelelsen, hvis de klikkede på reklamemeddelelsen.

Det blev fremhævet, at den i sagen omtalte reklamemeddelelse adskiller sig fra reklamebannere og kontekstvinduer, idet disse reklamemeddelelser vises ved enten margenen af listen over private meddelelser eller er helt adskilt fra denne liste. EU-Domstolen lagde hertil vægt på, at den i sagen omtalte reklamemeddelelse blev vist i listen over private e-mails, hvilket er tilsvarende lige så forstyrrende som uønskede e-mails, idet de kræver brugerens opmærksomhed og handling for at blive håndteret.¹⁷⁷ Der kunne desuden opstå en risiko for forveksling mellem rigtige e-mails og reklamemeddelelsen, når en sådan reklamemeddelelse vises i indbakken. Ved en sådan forveksling kan det ske, at brugeren kan ende med at klikke på reklamemeddelelsen uden sin vilje, hvorefter brugeren bliver omdirigeret til et websted i stedet for at se sine private e-mails.¹⁷⁸

Det blev desuden lagt til grund, at når reklamepost vises i indbakken, hvor alle e-mails adresseret til brugeren blev vist, blev denne indbakke brugt som et middel til at sende reklamemeddelelser til brugeren. Dette indebar derfor anvendelse af brugerens elektroniske post med henblik på direkte markedsføring. EU-Domstolen fandt herefter, at reklamens fremgangsmåde udnyttede “[...] eksistensen af listen over privat elektronisk post og abonnentens særlige interesse i og tillid til denne liste til at placere deres direkte reklamer, således at de ser ud som rigtig elektronisk post.”¹⁷⁹ EU-Domstolens argumentation i præmis 42 til 44 vidner om, at der i vurderingen af den erhvervsdrivendes markedsføring blev lagt afgørende vægt på fremgangsmåden og ikke selve teknologien bag betingelserne for elektronisk post.

Den afsagte EU-dom StWL og Forbrugerombudsmandens forhåndsbesked om Conversation Ads deler mange lighedspunkter i vurderingen af begrebet ‘elektronisk post’. Begge afgørelser

¹⁷⁶ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 40 og 41

¹⁷⁷ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 42

¹⁷⁸ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 43

¹⁷⁹ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 44

viser, hvordan bestemmelsen i både e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 og markedsføringslovens § 10, stk. 1 i vid udstrækning beskytter mod uanmodede henvendelser ved brug af elektronisk post. I begge afgørelser blev der lagt vægt på selve bestemmelsens beskyttelseshensyn i forhold til retten til privatlivets fred, idet henvendelserne i begge sager blev placeret i modtagerens private indbakker. Selvom de tekniske og formelle betingelser, for om der var tale om elektronisk post, indgik i vurderingen, blev de imidlertid tillagt mindre vægt sammenlignet med det overordnede hensyn til beskyttelsen af modtagerens ret til privatlivets fred.

Overvejelser

Begge afgørelser vidner om en bred fortolkning af spamforbuddet, og særligt vurderingen af begrebet 'elektronisk post' synes overvejende at bero på en formålsfortolkning af selve spamforbuddet snarere end opfyldelsen af de tekniske betingelser herfor. Når domstolene i højere grad gør brug af en formålsfortolkning, snarere end at lægge vægt på de tekniske betingelser, kan det tænkes at medføre en mere uklar retstilstand, som herved forringer de erhvervsdrivendes mulighed for at vide, om de reelt overtræder spamforbuddet. Dette rejser spørgsmålet om fornuften ved at have disse tekniske betingelser, hvis de i praksis er af mere overflødig karakter, og således ikke har afgørende betydning for vurderingen af begrebet 'elektronisk post'.

4.3.6. Sociale medier

Henvendelser på sociale medier giver i praksis særligt anledning til tvivl om, hvorvidt der er tale om uanmodede henvendelser ved brug af elektronisk post. I denne vurdering er det ofte afgørende, hvorvidt henvendelsen vises på et news feed, idet henvendelsen som nævnt ikke er sendt ved brug af elektronisk post. Forbrugerombudsmanden har i flere afgørelser taget stilling til, hvorvidt henvendelser på sociale medier er uanmodede henvendelser efter markedsføringslovens § 10, stk. 1.

Forbrugerombudsmanden gav i en afgørelse en erhvervsdrivende et påbud om at indskærpe brugen af chatbots til at kontakte brugere, der havde kommenteret på deres Facebook opslag. Forbrugerombudsmanden vurderede, at henvendelser sendt via Facebook Messenger til brugernes indbakke er omfattet af begrebet 'elektronisk post'.¹⁸⁰ I en anden forhåndsbesked

¹⁸⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/07628

vurderede Forbrugerombudsmanden desuden, at notifikationer og beskeder på sociale medier, herunder LinkedIn yderligere er omfattet af begrebet 'elektronisk post'.¹⁸¹

Konkurrencer på sociale medier

Forbrugerombudsmanden har i en række andre sager taget stilling til erhvervsdrivendes brug af konkurrencer på de sociale medier, og om der ved anvendelse af disse konkurrencer er sket en overtrædelse af spamforbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Særligt har fokus i sagerne været på, hvilke betingelser den erhvervsdrivende lovligt kan opstille for deltagelse i en konkurrence.

Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked vurderet en erhvervsdrivendes deltagerkrav til giveaways og konkurrencer på sociale medier. Den erhvervsdrivende solgte fodboldtrøjer og ønskede i en konkurrence at betinge deltagelsen af, at brugeren skulle like opslaget, følge den erhvervsdrivende og fortælle/tippe venner om konkurrencen i kommentarfeltet.¹⁸²

Forbrugerombudsmanden vurderede, at kravene om at deltageren skulle like opslaget eller følge den erhvervsdrivende ikke er omfattet af spamforbuddet, da disse handlinger ikke udgør 'elektronisk post'. Ved at like et opslag, vil der blot være en chance for, at opslaget vises i venners news feed, som ikke er elektronisk post. Det samme gør sig gældende, hvis deltagerne deler opslaget på deres story eller på deres egen side, da det kun vises i venners news feed.

Kommentarer på sociale medier, der rettes mod en bestemt person og vedrører erhvervsmæssig aktivitet med henblik på direkte markedsføring, er derimod omfattet af spamforbuddet, hvis personen modtager en notifikation herom. Kommentarer tilknyttes specifikke opslag, som opslås fra en bruger eller en erhvervsdrivende, ligesom de er offentligt tilgængelige for dem, der ser opslaget. Kommentarerne henvender sig dog ofte til en bestemt person eller erhvervsdrivende.¹⁸³

Et deltagerkrav, hvor deltageren skal tippe venner i kommentarfeltet, er derfor omfattet af spamforbuddet. Dette medfører, at en erhvervsdrivende ikke må have som deltagerkrav, at deltagerne skal tage personer. Det vil desuden være en overtrædelse af spamforbuddet, hvis den erhvervsdrivende har som betingelse, at deltagerne skal skrive, hvem de ønsker at dele præmien

¹⁸¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/16364

¹⁸² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/08906

¹⁸³ Ibid.

med uden at have som krav, at deltageren skal tage personen. Forbrugerombudsmanden vurderede hertil, at der med sådan en betingelse vil være stor sandsynlighed for, at deltageren alligevel tagger venner.¹⁸⁴

Forbrugerombudsmanden begrundede forbuddet mod at have deltagerkrav om at tage personer med, at de taggedede personer vil modtage en notifikation om opslaget. Når en bruger tagger en anden, sker der et link mellem den taggedede brugerprofil og det konkrete opslag. Notifikationen vil herefter kunne føre brugeren hen til det konkrete opslag. Hvis en henvendelse vises som en notifikation, og denne notifikation vedrører et opslag eller lignende, som vedrører erhvervsmæssig aktivitet samt markedsføring, er det elektronisk post, og det vil derfor være i strid med markedsføringslovens § 10, stk. 1, medmindre der er givet et forudgående samtykke.¹⁸⁵

Såfremt en erhvervsdrivende har et deltagerkrav i en konkurrence om at tage eller tippe venner, er det Forbrugerombudsmandens opfattelse, at den erhvervsdrivende er den ansvarlige for den ulovlige markedsføring. Forbrugerombudsmanden begrundede det med, at det skaber et incitament for deltageren til at tage andre, hvilket den erhvervsdrivende må indse. Vælger en erhvervsdrivende alligevel at betinge et deltagerkrav i en konkurrence eller lignende om, at deltageren skal skrive en kommentar, er det desuden Forbrugerombudsmandens opfattelse, at den erhvervsdrivende altid skal gøre det klart, at deltageren ikke må tage andre personer i forbindelse med konkurrencen.¹⁸⁶

Problematikken vedrørende erhvervsdrivendes deltagerkrav om at tage venner er desuden behandlet i en anden afgørelse fra Forbrugerombudsmanden. Sagen startede hos Forbrugerombudsmanden, som på baggrund af en klage vurderede, at en café's brug af tagging i Facebook-konkurrencer udgjorde en overtrædelse af spamforbuddet. Da caféen trods en forudgående orientering om reglerne fortsatte med samme praksis, valgte Forbrugerombudsmanden at politianmelde den erhvervsdrivende.¹⁸⁷ Det førte senere til en straffesag ved byretten i Kolding.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/08906

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/07296

¹⁸⁸ Retten i Kolding afsagt den 5. maj 2022. Rettens nr. 1-7950/2021 (bilag 4)

Den retlige udfordring i Forbrugerombudsmandens afgørelse bestod i, at caféen betingede deltagelse i konkurrencerne på Facebook med, at deltagerne skulle tage andre brugere i kommentarfeltet. De taggedes Facebook-brugere modtog herved en notifikation om konkurrencen, hvori de var blevet tagget, som henviste dem til konkurrencen, hvis de klikkede ind på notifikationen. Dette var til trods for, at de ikke havde givet forudgående samtykke til at modtage markedsføring fra caféen.¹⁸⁹

Caféen lavede i en periode på cirka ni måneder i alt 11 konkurrencer på Facebook. På baggrund af en klage fremsendte Forbrugerombudsmanden en orienteringsskrivelse til caféen. Det fremgik heraf, at Forbrugerombudsmanden vurderede, at et tag på sociale medier er elektronisk post, eftersom den taggedes bruger modtager en notifikation og er således omfattet af markedsføringslovens § 10, stk. 1. Det fremgik endvidere af orienteringsskrivelsen, at:

“Hvis en virksomhed belønner forbrugere for at dele sin markedsføring, fx ved at tage venner i et opslag, er det efter Forbrugerombudsmandens opfattelse omfattet af spamforbuddet.

En belønning kan fx være et lod i en konkurrence eller en gave.”

Den samme klager indgav senere endnu en klage vedrørende caféens brug af konkurrencer på Facebook. På trods af den forudgående orientering fra Forbrugerombudsmanden om gældende lovgivning vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post offentliggjorde caféen endnu en konkurrence på Facebook. På denne baggrund valgte Forbrugerombudsmanden at foretage en politianmeldelse af caféen for i alt 12 Facebook-koncurrencer. Forbrugerombudsmanden opgjorde, at der i de 12 konkurrencer samlet set var tagget personer ikke mindre end 3.067 gange.¹⁹⁰

Byretten i Kolding afsagde herefter dom i sagen. Caféen blev her idømt en bøde på 10.000 kr. for overtrædelse af markedsføringslovens § 10, stk. 1, idet retten anså konkurrencerne med krav om at tage andre personer med henblik på deltagelse for omfattet af spamforbuddet. Det fremgik, at caféen lavede konkurrencerne som imagemarkedsføring. Dog var der ikke tale om direkte markedsføring sendt til bestemte personer, idet caféens konkurrencebetingelser var udformet således, at deltagelse i konkurrencerne forudsatte, at deltagerne taggedes andre personer.

¹⁸⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/07296

¹⁹⁰ Ibid.

Caféen havde således ikke kontrol med hvor mange og hvilke personer, der deltog i konkurrencen, samt hvor mange og hvilke personer, deltagerne valgte at tage.¹⁹¹

Af rettens begrundelse fremgik det, at kravet om at tage andre personer for deltagelse i en konkurrence udgør en handling, som er omfattet af spamforbuddet. Det er uden betydning, at markedsføringen sker via ukendte deltagere og rammer en ukendt kreds af modtagere, som i sagen var de taggedede personer. Retten lagde i den forbindelse vægt på, at deltagerne havde et incitament til at deltage i konkurrencen, og ved at tage andre videresendes markedsføring til disse personer. Slutteligt kan det udledes, at selvom deltagerne i konkurrencen stod for at tage andre, ansås markedsføringen som hidrørende fra den erhvervsdrivende, da det var den erhvervsdrivende, der havde initieret og struktureret konkurrencen på en måde, der krævede markedsføringsmæssig adfærd fra deltagerne. Rettens begrundelse stemmer overens med Forbrugerombudsmandens vurdering i de ovenfor omtalte forhåndsbeskeder omkring erhvervsdrivendes ansvar for ikke-erhvervsdrivendes handlinger, når der gives incitament til at foretage handlinger, der er omfattet af spamforbuddet.

4.4. Direkte markedsføring

Førend der er tale om en uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post, følger det af markedsføringslovens § 10, stk. 1, at henvendelsen tillige skal være med henblik på direkte markedsføring.¹⁹² Ved indførelsen af den nuværende markedsføringslov blev bestemmelsen ændret i sin ordlyd med henblik på at forenkle og modernisere bestemmelsen samt at tilpasse afsætningsbegrebet til den EU-retlige regulering, der vedrører markedsføringsloven. Bestemmelsens afsætningsbegreb afveg fra både ISDN-direktivet og e-databeskyttelsesdirektivet, hvor der anvendes ordlyden “med henblik på direkte markedsføring”. Ændringen var derfor alene sproglig og tilsigtede ikke realitetsændringer af retstilstanden. Ordlyden blev derfor ændret fra “med henblik på afsætning af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser” til “med henblik på direkte markedsføring”, hvorfor der nu benyttes samme terminologi som i direktiverne.¹⁹³

Direkte markedsføring er ikke ligesom elektronisk post defineret i markedsføringslovens definitionsbestemmelse i § 2. Det følger dog af forarbejderne til markedsføringslovens § 10, stk.

¹⁹¹ Retten i Kolding, afsagt den 5. maj 2022. Rettens nr. 1-7950/2021 (bilag 4)

¹⁹² Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

¹⁹³ Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016, s. 266 og 267

1, at 'direkte markedsføring' skal forstås således, at en erhvervsdrivende retter henvendelse til en bestemt person med henblik på markedsføring. Der stadig tale om direkte markedsføring, hvis flere enslydende henvendelser rettes mod flere bestemte personer.¹⁹⁴ 'Direkte markedsføring' dækker i bred forstand over reklamehenvendelser. Begrebet omfatter således også markedsføring, som foretages med henblik at fremme afsætningen ved at øge det almindelige kendskab til den erhvervsdrivende.¹⁹⁵ Imagemarkedsføring er ligeledes omfattet af bestemmelsen. Imagemarkedsføring er omtale af en erhvervsdrivende eller markedsføring af en erhvervsdrivendes produkter og eller ydelser.¹⁹⁶ I relation til begrebet 'direkte markedsføring' skal to kriterier således være opfyldt, dels skal henvendelsen indeholde markedsføring, og dels skal markedsføringen være direkte. I det følgende afsnit vil betingelserne for 'direkte markedsføring' blive gennemgået.

Højesteret har i dommen U.2007.2905H taget stilling til 'direkte markedsføring'. I dommen havde et IT-firma fremsendt ca. 5.000 e-mails til tidligere kunder med invitationer til en computermesse. Retten fastslog, at henvendelsen ved brug af elektronisk post var med henblik på afsætning af varer og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser. Hertil påpegede retten, at dette var, uanset om IT-firmaet havde inviteret til messen uden at have reklameret for konkrete produkter. Retten udtalte yderligere, at IT-firmaet var arrangør af messen, hvor forskellige erhvervsdrivende udstillede produkter, der i et vist omfang blev forhandlet af IT-firmaet selv. Retten vurderede, at IT-firmaets afsendelse af e-mails var med henblik på at afsætte varer.¹⁹⁷ Det kan således udledes, at henvendelser kan betragtes som direkte markedsføring uden at indeholde konkret reklame, eksempelvis bestemte varer. Det afgørende er, om henvendelsen er tiltænkt afsætning af varer og andre formuegoder med mere.

I EU-dommen StWL tog EU-Domstolen yderligere stilling til begrebet 'direkte markedsføring' i relation til e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 vedrørende 'uanmodet kommunikation'. Det følger af dommens præmis 48, at de i sagen omhandlende reklamemeddelelser ansås for at være henvendelser med henblik på direkte markedsføring. Der blev herved lagt vægt på, at formålet med reklamemeddelelserne var at reklamere for tjenesteydelser. Yderligere blev

¹⁹⁴ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

¹⁹⁵ Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 195

¹⁹⁶ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/09055

¹⁹⁷ U.2007.2905H

der lagt vægt på, at henvendelserne blev sendt som e-mails med det formål, at de fremgik direkte af modtagernes private indbakke.¹⁹⁸ Det fremgår yderligere af dommen, at det er uden betydning for bedømmelsen, om modtageren af en sådan henvendelse er tilfældigt udvalgt eller udvalgt på forhånd.¹⁹⁹ Hertil tilføjede EU-Domstolen, at det af den grund ikke er afgørende for anvendelsen af artikel 13, stk. 1, om en individuel modtager af en henvendelse med reklameindhold er udvalgt på forhånd, eller om udvælgelsen er mere tilfældig med en udbredelse til mange modtagere.²⁰⁰

EU-Dommen statuerer, at det afgørende for anvendelsen af artikel 13, stk. 1 er, hvorvidt kommunikationen har et kommercielt formål og individuelt når frem til en eller flere modtagere. Modtagerne af de i sagen omtalte reklamemeddelelser blev anset som individualiserede brugere af den specifikke e-mailtjeneste, idet de først kunne få adgang til deres indbakke efter en proces i "privat område", hvor de skulle verificere med brugernavn og adgangskode. Visningen af reklamemeddelelserne ville først ske efter denne autentificeringsproces. Indbakken var som nævnt kun forbeholdt den enkelte bruger af e-mailtjenesten og beregnet til drøftelse af privat indhold i form af elektronisk post.²⁰¹

Begrebet 'direkte markedsføring' skal fortolkes bredt. Det kan dog ikke udelukkes, at EU-Domstolen vil fortolke begrebet mere snævert og autonomt på baggrund af en unionsretlig definition, hvorfor det væsentligste er, at den uanmodet henvendelse sker via en form for individuel kommunikation med det formål at indgå en efterfølgende aftale.²⁰²

Forbrugerombudsmanden har i spamvejledningen oplistet en række eksempler i forhold til, hvad der skal forstås som markedsføring. Såfremt disse også kan karakteriseres som 'direkte markedsføring', vil de således være omfattet af spamforbuddet. Et eksempel er, når en erhvervsdrivende sender tilbud om at deltage i konkurrencer, idet formålet oftest vil være at brande den erhvervsdrivende samt produkterne, som den erhvervsdrivende ønsker at afsætte.²⁰³ I spamvejledningen er der ligeledes oplistet en række eksempler, som ikke er omfattet af spamforbuddet, idet der ikke er tale om markedsføring. Eksempelvis er det ikke markedsføring, hvis

¹⁹⁸ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 48

¹⁹⁹ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 49

²⁰⁰ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 50

²⁰¹ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 51

²⁰² Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 229 og 230

²⁰³ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 16

en erhvervsdrivende sender en meddelelse, som er nødvendig for et kontraktforhold, eller hvis en erhvervsdrivende sender et jobopslag til en eventuel kandidat til et job.²⁰⁴ Denne vurdering kommer desuden til udtryk i en forhåndsbesked fra Forbrugerombudsmanden. Her fastslog Forbrugerombudsmanden, at det ikke er omfattet af spamforbuddet, hvis den erhvervsdrivende sender et jobopslag til en mulig kandidat til jobbet. Yderligere er det ikke omfattet af spamforbuddet, hvis en jobportal sender et jobopslag til en mulig kandidat på vegne af arbejdsgiveren. Dog er det et kriterie, at henvendelsen udelukkende har til formål at oplyse om det konkrete jobopslag og ikke omtaler selve jobportalen. Såfremt formålet med henvendelsen er at omtale jobportalen, vil der imidlertid være tale om markedsføring, og henvendelsen vil så være i strid med spamforbuddet.²⁰⁵

Yderligere er det ikke markedsføring og dermed ikke omfattet af spamforbuddet, hvis en erhvervsdrivende retter henvendelse til medier med pressemeddelelser eller invitationer til lanceringer eller events, medmindre hensigten er at afsætte den erhvervsdrivendes produkter til mediet.²⁰⁶

4.4.1 Nyheder og nyhedsbreve

Erhvervsdrivendes elektroniske nyhedsbreve er generelt set markedsføring og omfattet af spamforbuddet, idet det generelle formål med et nyhedsbrev er at brande den erhvervsdrivende og dennes produkter.²⁰⁷ Forbrugerombudsmanden har desuden i en forhåndsbesked vurderet, hvorvidt et revisionsfirma kunne fremsende et nyhedsbrev til sine kunder via e-mail. Revisionsfirmaet oplyste, at nyhedsbrevet blandt andet indeholdt nyheder på revisionsområdet og ingen reklamer. Forbrugerombudsmanden påpegede, at henvendelser om ny lovgivning, der har relevans for kundens aftale, er en servicemeddelelse og ikke markedsføring, såfremt den ikke går videre end formålet med henvendelsen. En sådan henvendelse betegnes som en servicemeddelelse. Forbrugerombudsmanden vurderede, at revisionsfirmaets nyhedsbreve ikke indeholdt informationer, som var relevante for revisionsfirmaets aftale med kunderne, som modtog henvendelsen. Yderligere påpegede Forbrugerombudsmanden, at nyhedsbrevet indeholdt generel information om revisionsfirmaets forretningsområde, hvilket yderligere talte for,

²⁰⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 16 og 17

²⁰⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/12934

²⁰⁶ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 16 og 17

²⁰⁷ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 16

at der ikke var tale om en servicemeddelelse. Nyhedsbrevet var derfor omfattet af spamforbuddet, idet der var tale om en henvendelse med henblik på branding af selve revisionsfirmaet. Dette til trods for, at nyhedsbrevet ikke indeholdt reklamer af revisionsfirmaets produkter eller markedsføring af tilbud.²⁰⁸

Forbrugerombudsmanden har i en anden forhåndsbesked vurderet, at der er tale om direkte markedsføring, hvis en erhvervsdrivende gør brug af notifikationer om nyheder vedrørende ejendomsmarkedet i deres app. Yderligere er der tale om direkte markedsføring, hvis der fremsendes e-mails, der henviser til nyhedsartikler på den erhvervsdrivendes hjemmeside og app. Forbrugerombudsmandens begrundelse herfor var, at trafikken på den erhvervsdrivendes hjemmeside og app har en kommerciel værdi for den erhvervsdrivende og eventuelle mæglere, der annoncerer deres boliger via boligsiden.²⁰⁹

4.4.2. Påmindelser

Derudover fremgår det af spamvejledningen, at en erhvervsdrivendes henvendelser til tidligere kunder, med påmindelse om at det er længe siden, at kunden har handlet samt henvendelser til tidligere kunder med rabatkoder til brug i den erhvervsdrivendes netbutik, er omfattet af spamforbuddet.²¹⁰ Forbrugerombudsmanden har i en sag givet et påbud til en erhvervsdrivende i forbindelse med fremsendelse af uanmodede henvendelser. Modtagerne blev i e-mails opfordret til at indsamle brugt børnetøj, som efterfølgende kunne sælges af Red Barnet med det formål at hjælpe børn i Danmark. Den erhvervsdrivende oplyste yderligere i deres henvendelse, at denne ville kvittere med en rabatkode på 10 % til næste køb hos den erhvervsdrivende. Det fremgår af afgørelsen, at det er “[...] forbudt at sende konkrete tilbud på varer eller ydelser. Henvendelser, der ikke nævner konkrete produkter eller tilbud, er imidlertid også omfattet af bestemmelsen, hvis de har til formål før eller siden at afsætte den erhvervsdrivendes produkter.” På baggrund heraf var det Forbrugerombudsmandens opfattelse, at henvendelsen til dels var sendt med henblik på afsætning af varer eller tjenesteydelser, idet modtageren af henvendelsen fik tilbudt rabat ved et varekøb på den erhvervsdrivendes hjemmeside, samt at der i

²⁰⁸ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 21/12153

²⁰⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 24/10849

²¹⁰ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 16

henvendelsen var anført mulighed for at modtage den erhvervsdrivendes nyhedsbrev. Forbrugerombudsmanden fandt derfor, at den erhvervsdrivendes henvendelse var en overtrædelse af spamforbuddet.²¹¹

Netbutikkens anvendelse af “tabt kurv funktion” er yderligere en uanmodet henvendelse med henblik på direkte markedsføring. Begrundelsen herfor er, at kunden typisk vil modtage en e-mail med et link til kurven med henblik på at kunden gennemfører købet.²¹²

Forbrugerombudsmanden vurderede desuden i en forhåndsbesked, hvorvidt en direktør lovligt kunne invitere specifikke LinkedIn-brugere til sit netværk. Direktøren ville i forbindelse med invitationerne sende en besked med ordlyden “Jeg har set din profil her på LinkedIn og tror, at vi måske kan drage nytte af hinandens viden.” Forbrugerombudsmanden vurderede, at en sådan invitation var med henblik på markedsføring, idet formålet med henvendelsen var at markedsføre den virksomhed, som direktøren var stifter af og ansat i.²¹³

4.4.3. Markeds- og tilfredshedsundersøgelser

Det fremgår af Forbrugerombudsmandens spamvejledning, at markeds- og tilfredshedsundersøgelser har det til fælles, at de som udgangspunkt ikke er omfattet af spamforbuddet, idet de ikke er udtryk for markedsføring af selve den erhvervsdrivende men derimod har til formål at undersøge et bestemt marked og undersøge kunders tilfredshed.²¹⁴ Lovligheden af undersøgelserne vurderes ud fra deres konkrete indhold. Fælles for undersøgelserne er, at de ikke må indeholde links til sider, der indeholder markedsføringsmateriale, samt at logoet på den erhvervsdrivende ikke indeholder markedsføring for den erhvervsdrivende eller dennes produkter. Den erhvervsdrivendes logo skal således være neutralt og må kun indeholde en henvisning til den erhvervsdrivende med henblik på verificering af undersøgelsen. Undersøgelserne må desuden ikke indeholde en unødvendig beskrivelse af den erhvervsdrivende.²¹⁵ Navnet på den erhvervsdrivende må dog gerne være indeholdt.²¹⁶

²¹¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 13/12874

²¹² Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 19

²¹³ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 13/12874

²¹⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 17 og 18

²¹⁵ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 18

²¹⁶ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/06152 (inde på Forbrugerombudsmanden.dk hedder sagsnummeret 16/06125)

Forbrugerombudsmanden har i flere forhåndsbeskeder taget stilling til lovligheden af erhvervsdrivendes brug af markeds- og tilfredshedsundersøgelser. Forbrugerombudsmanden tog i en forhåndsbesked stilling til lovligheden af en kundetilfredshedsundersøgelse. Den erhvervsdrivende PetWorld oplyste, at de ønskede at undersøge kundetilfredsheden og optimere købsoplevelsen i deres butikker ved at sende e-mails til deres medlemmer i deres kundeklub i forbindelse med køb. I undersøgelsen skulle modtageren vurdere deres købsoplevelse ved at angive en til fem potter med mulighed for at uddybe. PetWorld ønskede at fremsende kundetilfredshedsundersøgelsen, uanset om medlemmerne havde givet samtykke til at modtage elektronisk markedsføring. I vurderingen af PetWorlds kundetilfredshedsundersøgelse lagde Forbrugerombudsmanden vægt på, at henvendelsen ikke indeholdt PetWorlds logo, rosende omtale eller anden form for branding. På baggrund heraf vurderede Forbrugerombudsmanden, at henvendelsen havde til formål at undersøge kundernes tilfredshed. Henvendelsen blev dermed ikke anset for at være markedsføring med henblik på afsætning.²¹⁷ PetWorlds kundetilfredshedsundersøgelse var således ikke omfattet af spamforbuddet, hvorfor de lovligt kunne sende de beskrevne e-mails uden et forudgående samtykke fra modtageren.

I den ovenfor omtalte forhåndsbesked henviste Forbrugerombudsmanden desuden til sine vurderinger i tidligere sager omhandlende tilfredshedsundersøgelser.²¹⁸ I den ene sag blev det fastslået, at en ejendomsmæglers link til et spørgeskema vedrørende en tilfredshedsundersøgelse i forbindelse med afslutning af en ejendomshandel ikke var i strid med spamforbuddet, idet skemaet ikke indeholdt rosende omtale af ejendomsmægleren eller opfordring til køb.²¹⁹ Derudover fremhævede Forbrugerombudsmanden tre sager, der indeholdt en positiv omtale af eller en unødvendig fokusering på en bestemt erhvervsdrivende eller dennes produkter.²²⁰ I en af disse forhåndsbeskeder udtalte Forbrugerombudsmanden desuden, at det ikke var nødvendigt for forståelse af formålet med undersøgelsen, at der var en introduktion, som var ganske detaljeret og havde en positiv beskrivelse af firmaet.²²¹ Forbrugerombudsmanden anså derfor disse tilfredshedsundersøgelser for at være ikke helt neutrale, hvorfor de var i strid med spamforbuddet.²²²

²¹⁷ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/06152 (inde på Forbrugerombudsmanden.dk hedder sagsnummeret 16/06125)

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 09/0078

²²⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/06152 (inde på Forbrugerombudsmanden.dk hedder sagsnummeret 16/06125), jf. Forbrugerombudsmandens sagsnummer 10/09158, 10/09924 og 13/06976

²²¹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 10/09158

²²² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/06152 (inde på Forbrugerombudsmanden.dk hedder sagsnummeret 16/06125), jf. Forbrugerombudsmandens sagsnummer 10/09158, 10/09924 og 13/06976

4.4.4. Brugeranmeldelser af købsoplevelser

Det fremgår af Forbrugerombudsmandens retningslinjer om offentliggørelse af brugeranmeldelser, at en brugeranmeldelse er defineret som “En meningstilkendegivelse eller kundebedømmelse af en købsoplevelse fra en forbruger, der har testet, brugt, købt eller har haft intention om at købe en vare eller tjenesteydelse, som er indleveret eller offentliggjort med det formål at oplyse andre forbrugere om sin bedømmelse.”²²³ Forbrugerombudsmanden uddyber i sin spamvejledning at en henvendelse til en forbruger med det formål, at forbrugeren skal vurdere en konkret brugeranmeldelse af en købsoplevelse ikke anses som en henvendelse med henblik på markedsføring og dermed ikke er omfattet af spamforbuddet, såfremt fire betingelser er opfyldt.

De fire betingelser er følgende 1) netbutikken skal have solgt produktet til forbrugeren, der rettes henvendelse til, 2) henvendelsen skal ske i umiddelbar forlængelse af salget, 3) henvendelsen skal indeholde en opfordring til at rate købsoplevelsen ved netbutikken på en ratingportal, og 4) henvendelsen skal fremstå neutral og uden markedsføring. Såfremt de fire betingelser er opfyldt, men en forbruger efter købet frabeder sig at modtage henvendelser om opfordring til anmeldelse af købsoplevelsen, vil en sådan henvendelse derimod være i strid med god markedsføringsskik efter markedsføringslovens § 3, stk. 1. I nogle tilfælde vil en købsaftale dog indeholde et aftalevilkår om, at den erhvervsdrivende må rette henvendelse med henblik på anmeldelse af købsoplevelsen, hvorfor forbrugeren må tåle en sådan henvendelse, hvis forbrugeren har accepteret dette, medmindre vilkåret må anses for urimeligt ud fra en konkret vurdering.²²⁴

Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked vurderet, hvorvidt en erhvervsdrivendes mailsignatur var omfattet af spamforbuddet. Mailsignaturen bestod blandt andet af en opfordring til at anmelde den erhvervsdrivende samt et billede, der nævnte artikler fra den erhvervsdrivendes hjemmeside. Konkret fremgik det af billedet i mailsignaturen “Ideer til din markedsføring? Find tips til, hvordan du selv kan styrke din forretning”, hvorefter tre specifikke artikler blev oplistet. Forbrugerombudsmanden fremhævede i forhåndsbeskeden, at en signatur ikke må indeholde markedsføring af den erhvervsdrivende eller dennes produkter. I

²²³ Forbrugerombudsmandens retningslinjer om offentliggørelse af brugeranmeldelser, 1. maj 2015, afsnit 3, s. 7

²²⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 19

tilfælde heraf vil en sådan henvendelse anses for omfattet af spamforbuddet. Forbrugerombudsmanden vurderede herefter, at billedet i mailsignaturen indeholdt branding af den erhvervsdrivende, hvorfor mailsignaturen med billedet vil være omfattet af spamforbuddet. Den erhvervsdrivende ville derfor ikke kunne anvende billedet i sine henvendelser uden et forudgående samtykke fra modtageren. Forbrugerombudsmanden fremhævede i øvrigt, at det beror på en konkret vurdering, hvorvidt der i mailsignaturen kan fremgå en opfordring til at lave en anmeldelse af den erhvervsdrivende. Forbrugerombudsmanden vurderede at henvendelser med henblik på, at modtageren skal vurdere deres købsoplevelse, som udgangspunkt ikke er omfattet af spamforbuddet, så længe de fire betingelser er opfyldt, jf. afsnittet ovenfor. Forbrugerombudsmanden fremhævede særligt betingelsen om, at henvendelsen skal ske i umiddelbar forlængelse af et salg, og at der dermed er en konkret anledning til at anmelde den erhvervsdrivende.²²⁵

4.4.5. Servicemeddelelser

Servicemeddelelser anses som udgangspunkt ikke for markedsføring, hvorfor de ikke er omfattet af spamforbuddet. I vurderingen af hvorvidt en henvendelse er en servicemeddelelse eller en henvendelse indeholdende markedsføring, lægges der særligt vægt på, om formålet er at omtale yderligere produkter. Det er således afgørende for denne vurdering, hvad den pågældende henvendelse indeholder og dermed ikke, om henvendelsen kaldes en servicemeddelelse eller lignende.²²⁶

Forbrugerombudsmanden anser henvendelser om ændringer i en kundens police, forhøjelse af et abonnement eller orientering om ny lovgivning med betydning for kundens aftale som servicemeddelelser. I nogle tilfælde er erhvervsdrivende underlagt en rådgivningsforpligtelse, hvilket medfører, at en henvendelse eksempelvis må indeholde tilbud om nye produkter i form af en anden forsikring, uden at henvendelsen anses som markedsføring omfattet af spamforbuddet. Det afgørende er, at servicemeddelelsen ikke går videre end formålet ved eksempelvis også at omtale salg af produkter. Derudover gælder samme betingelser for den erhvervsdrivendes signatur og logo som ved henvendelser indeholdende markeds- og tilfredshedsundersøgelser.²²⁷

²²⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 21/11775

²²⁶ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 19-20

²²⁷ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021, afsnit 6.1, s. 20

I en forhåndsbesked vurderede Forbrugerombudsmanden, hvorvidt det er et udtryk for ‘direkte markedsføring’, når en erhvervsdrivende Gjensidige Forsikring i deres mailsignatur skrev linjen “tilliden er gensidig”. Gjensidige Forsikring oplyste, at de benyttede sig af mailsignaturen i henvendelser, der som udgangspunkt ikke var sendt med henblik på markedsføring. Gjensidige Forsikring oplyste yderligere, at linjen fungerede som et skriftligt logo. Forbrugerombudsmanden fremhævede i forhåndsbeskeden, at henvendelser med omtale af den erhvervsdrivende eller dennes produkter anses for markedsføring. Modsat fremhævede Forbrugerombudsmanden, at servicemeddelelser ikke er markedsføring, samt at disse gerne må indeholde signatur og logo med henblik på at identificere den erhvervsdrivende. Forbrugerombudsmanden vurderede, at slogans eller andre former for tekst, som modtageren af henvendelsen forbinder med den erhvervsdrivende, kan sidestilles med et logo. Forbrugerombudsmanden fandt således, at linjen “tilliden er gensidig” var en del af deres signatur, der kunne identificere Gjensidige Forsikring. Mailsignaturen var derfor ikke i strid med spamforbuddet, idet der alene var tale om en servicemeddelelse, som gerne må indeholde den erhvervsdrivendes logo.²²⁸

Forbrugerombudsmanden tog i en forhåndsbesked stilling til, hvorvidt en erhvervsdrivende Danske Bank lovligt kunne afsende påmindelses-sms’er. Påmindelses-sms’erne vedrørte betaling af en regning, som ikke allerede var betalt eller lagt til betaling i MobilePay. Derudover sendte Danske Bank påmindelses-sms’er, hvis det ikke var muligt at gennemføre betaling af en regning. Forbrugerombudsmanden havde i en tidligere forhåndsbesked til Danske Bank vurderet, at påmindelses-sms’er i MobilePay-Invoice var i overensstemmelse med markedsføringsloven, idet Forbrugerombudsmanden tidligere havde udtalt, at beskederne alene udgjorde servicemeddelelser, idet de alene havde en servicemæssig karakter. Henvendelserne skete således ikke med henblik på afsætning af varer eller tjenesteydelser fra Danske Bank, hvorfor de ikke var omfattet af spamforbuddet. Forbrugerombudsmanden vurderede det selvssamme i den pågældende sag.²²⁹

Forbrugerombudsmanden tog i en anden forhåndsbesked stilling til, hvorvidt der var tale om en servicemeddelelse eller en henvendelse om markedsføring omfattet af spamforbuddet. Henvendelsen skulle sendes til alle brugere af MobilePay og indeholdt forudgående information

²²⁸ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 21/05690

²²⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 16/07812-14

om muligheden for tilbageførelse af købsbeløb for visse af brugerne. I sin vurdering i den pågældende sag fremhævede Forbrugerombudsmanden en anden forhåndsbesked, hvori han sondrede mellem bagudrettet og forudgående information. Forbrugerombudsmanden vurderede, at en meddelelse, der alene indeholder information om en konkret betalingstransaktion, herunder tilbageførsel af et købsbeløb, er en servicemeddelelse og derfor ikke omfattet af spamforbuddet. Meddelelserne vedrørte indhold som var bagudrettet, hvorfor meddelelserne ville indeholde information om en allerede gennemført tilbageførsel. Meddelelser med forudgående information, der skal gøre brugeren opmærksom på aktiviteten, kan dog ifølge Forbrugerombudsmanden udgøre henvendelser med henblik på markedsføring omfattet af spamforbuddet.

Forbrugerombudsmanden fandt i den pågældende sag, at MobilePays henvendelse var en kampagne med det formål at få brugerne og modtagerne af henvendelsen til at øge deres brug af MobilePay ved handel i butikker frem for andre betalingsløsninger. MobilePay havde derimod selv oplyst, at formålet med henvendelsen var at sikre, at brugerne ikke var af den opfattelse, at henvendelsen var phishing. Forbrugerombudsmanden påpegede hertil, at en bagudrettet henvendelse må anses for at være lige så effektiv som en forudgående henvendelse til at forhindre phishing. Forbrugerombudsmanden lagde sin egen antagelse af formålet med henvendelsen til grund og mente derfor, at MobilePays henvendelse indeholdende forudgående information udgjorde markedsføring omfattet af spamforbuddet.²³⁰

Forbrugerombudsmandens praksis viser således, at der sondres mellem bagudrettet og forudgående information ved vurderingen af, om en henvendelse alene udgør en servicemeddelelse eller markedsføring omfattet af spamforbuddet. Bagudrettet information vil som udgangspunkt anses for at være en servicemeddelelse, hvorimod forudgående information efter en konkret vurdering vil kunne udgøre markedsføring, såfremt formålet med den forudgående information er at tilskynde til øget brug af en tjeneste eller at påvirke forbrugernes adfærd.

4.5. Samtykke

Det fremgår af markedsføringslovens § 10, stk. 1, 1. pkt., at der aktivt skal gives et forudgående samtykke, førend den erhvervsdrivende lovligt må rette henvendelse til nogen efter bestemmelsen. Der er tale om en opt-in løsning, hvorfor den erhvervsdrivende ikke må rette

²³⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 19/11607-2

henvendelse, medmindre modtageren aktivt har tilvalgt det ved at samtykke hertil. Opt-in-løsningen må anses for at være mest hensigtsmæssig for modtageren, idet løsningen indebærer, at det er op til modtageren selv at vurdere, hvilke henvendelser vedkommende ønsker at modtage.²³¹ Løsningen må desuden anses for mindre byrdefuld for modtageren i modsætning til opt-out-løsningen, da denne løsning kræver, at modtageren skal frasige, hvilke henvendelser vedkommende ikke vil modtage.

Det er den erhvervsdrivende, der skal indhente modtagerens forudgående samtykke på lovlig vis.²³² Med 'forudgående' samtykke menes, at samtykket skal være indhentet, før den erhvervsdrivende retter henvendelse til modtageren ved brug af elektronisk post. Samtykket kan således ikke indhentes ved eksempelvis at sende en mail eller skrive en sms til modtageren og herved anmode om samtykke, da henvendelser med henblik på at få samtykket også er indeholdt i spamforbuddet.²³³

I en afgørelse fra Forbrugerombudsmanden blev det indskærpet over for den erhvervsdrivende Single.dk, at de havde overtrådt spamforbuddet, idet de havde rettet henvendelse ved brug af elektronisk post med henblik på markedsføring uden et gyldigt forudgående samtykke. I et opslag på Facebook havde den erhvervsdrivende opfordret brugere til at tage venner. Efterfølgende modtog brugeren en besked i sin Messenger indbakke fra den erhvervsdrivende, hvilket ikke fremgik af opslaget. Den erhvervsdrivende oplyste hertil, at beskederne ikke var sendt uopfordret, idet de var sendt på baggrund af en interaktion fra brugeren. Derudover blev det oplyst, at brugeren kunne frabede sig henvendelserne ved at blokere beskeder fra Facebook-siden. Yderligere oplyste den erhvervsdrivende, at beskederne delvist var genereret af en chatbot, som var programmeret til at forsøge at indhente samtykke til videre samtale. Forbrugerombudsmanden lagde i sin vurdering vægt på, at et samtykke skal være forudgående, hvorfor samtykket skal være givet, før der rettes henvendelse via elektronisk post. Derfor må erhvervsdrivende ikke rette henvendelse med henblik på at indhente samtykke for herefter at kunne sende direkte markedsføring ved brug af elektronisk post. Forbrugerombudsmanden fastslog, at den erhvervsdrivendes henvendelse var med henblik på at hverve nye medlemmer til deres datingside. Yderligere lagde Forbrugerombudsmanden vægt på, at brugeren ikke

²³¹ Frost, Kim, Regulering og Sanktionering af spam, afsnit 2.1, U.2006b.115

²³² Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 59

²³³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 60

havde foretaget en aktiv handling for at give samtykke til markedsføring. Samtykket var ikke informeret, frivilligt eller specificeret og forud for henvendelsen.²³⁴

‘Samtykke’ er som begreb defineret i markedsføringslovens § 2, nr. 14 som “Enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse.” Det fremgår af forarbejderne, at denne definition ikke er særlig knyttet til kommunikation med henblik på direkte markedsføring.²³⁵ Samtykkebegrebet skal forstås i overensstemmelse med GDPR.²³⁶ Af ovenstående definition kan således udledes fire overordnede betingelser, som samtykket skal opfylde for at være gyldigt i lovens forstand. De fire betingelser kan yderligere inddeles i tre typer: 1) grundlaget, hvorpå forbrugeren baserer sit samtykke (kravet om frivillig og informeret), 2) selve genstanden for samtykket (kravet om specifikt), og 3) hvordan samtykket er udtrykt (kravet om utvetydig).²³⁷ I de følgende afsnit vil de fire overordnede betingelser blive gennemgået.

4.5.1. Frivilligt

Et samtykke skal først og fremmest være frivilligt. Dette indebærer, at vedkommende, der giver samtykke, skal have et reelt og frit valg. Forbrugerombudsmanden anfører i den forbindelse, at køb af et produkt eller indgåelse af en aftale således ikke må være betinget af, at vedkommende samtidig giver samtykke til at modtage markedsføring.²³⁸ Forbrugerombudsmanden tog stilling til netop dette i en afgørelse, som omhandlede Jyllands-Posten, der solgte deres abonnement på JP Premium til 99 kr. om måneden, hvilket var betinget af, at kunden gav samtykke til at modtage nyhedsbreve med information og gode tilbud fra Jyllands-Posten. Forbrugerombudsmanden meddelte, at det ikke var ulovligt at betinge salget af en vare eller tjenesteydelse af, at kunden gav samtykke til at modtage elektronisk markedsføring, hvis der samtidig blev tilbudt en alternativ og tilsvarende løsning eventuelt mod en merbetaling, hvortil afgivelse af samtykke til markedsføring ikke var en betingelse.²³⁹

Denne alternative løsning har flere erhvervsdrivende forsøgt at imødekomme ved at tilbyde forbrugeren at betale med penge i stedet for at samtykke til modtagelse af markedsføring en

²³⁴ Forbrugerombudsmands sagsnummer 18/07628-6

²³⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 45

²³⁶ Lovforslag nr. 32 af den 3. oktober 2019 til lov om ændring af lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.2., s. 4

²³⁷ Sørensen, Marie Jull, Samtykke, 2024, 1. udg., Ex Tuto Publishing, s. 277

²³⁸ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.1, s. 23

²³⁹ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 15/01605

såkaldt ‘pay-or-consent’ løsning.²⁴⁰ En sådan løsning afvises dog i en afgørelse af Det Europæiske Databeskyttelsesråd vedrørende store online platforme. Det fremgår af afgørelsen, at et valg kun kan betragtes som reelt frivilligt, hvis den registrerede tilbydes en alternativ løsning, hvor hverken data eller betaling er nødvendig.²⁴¹ Et tænkt eksempel på en tilladt alternativ løsning kan være en online platform, der tilbyder en streamingtjeneste, hvor den registrerede tilbydes følgende muligheder: 1) gratis adgang mod at den registrerede samtykker til behandling af dennes personoplysninger. Giver der samtykke, får den registrerede adgang til tjenesten uden at betale men modtager derimod adfærdsbaserede annoncer, 2) betalt adgang mod at den registrerede betaler et månedligt gebyr, hvorved den registrerede ikke modtager annoncer, og 3) en alternativ mulighed uden betaling, hvor den registrerede modtager annoncer, som ikke er adfærdsbaseret. Ved at platformen tilbyder den tredje mulighed, gives der herved en alternativ løsning til ‘pay-or-consent’ løsningen.

Selvom der i nogle tilfælde kræves alternative løsninger, betyder det ikke, at samtykket altid må være helt uden incitamenter. Et samtykke kan stadig være frivilligt, selvom det afgives på grund af en belønning. Det kan eksempelvis være tilladt at gøre deltagelse i konkurrencer betinget af et samtykke til at modtage uanmodede henvendelser, ligesom det kan være tilladt at tilbyde en rabat, en fordel eller en ekstra service som en motivation for at få forbrugeren til at give samtykke.²⁴²

Indhentelse af samtykke i forbindelse med konkurrencer

Benytter en erhvervsdrivende en konkurrence eller lignende som incitament for at få forbrugere til at give samtykke til modtagelse af markedsføring ved brug af elektronisk post, må selve konkurrencen ikke overskygge, sløre eller skjule, at formålet er indhentelse af samtykke.²⁴³ For at en erhvervsdrivende må benytte sig af konkurrencer til indhentelse af samtykke er det desuden et kriterie, at det lod som forbrugeren får i konkurrencen faktisk er gyldigt. Begrundelsen herfor er, at deltagelsen i konkurrencen er belønningen for afgivelsen af samtykket. Den erhvervsdrivende kan betinge deltagelse i en konkurrence af, at forbrugeren bekræfter sin e-mail efterfølgende, førend deltagelsen i konkurrencen er gyldig. Forbrugers samtykke

²⁴⁰ Sørensen, Marie Jull, Samtykke, 2024, 1. udg., Ex Tuto Publishing, s. 277 og 278

²⁴¹ European Data Protection Board, “Opinion 08/2024 on Valid consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms”, 17. april 2024

²⁴² Sørensen, Marie Jull, Samtykke, 2024, 1. udg., Ex Tuto Publishing, s. 278

²⁴³ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 11

til at modtage markedsføring er i denne forbindelse først gyldig, når denne har bekræftet dette via linket i sin e-mail.²⁴⁴

Brugen af konkurrencer kan således benyttes til indhentelse af samtykke. En erhvervsdrivende skal blot sikre, der ved indhentelsen af samtykket ikke gøres brug af vildledende eller aggressiv handelspraksis efter markedsføringslovens §§ 5-7 sammenholdt med § 8, da samtykket herved vil være ugyldigt. En efterfølgende henvendelse kan derfor være i strid med spamforbuddet.

Aggressiv handelspraksis

Forbrugerombudsmanden har i en afgørelse indskærpet en erhvervsdrivendes handelspraksis, idet den udgjorde både vildledende og aggressiv handelspraksis, hvilket medførte, at samtykket var indhentet på ulovlig vis, og derfor var ugyldigt. Den erhvervsdrivende og dens samarbejdspartnere overtrådte derfor spamforbuddet ved at rette henvendelse til den erhvervsdrivendes kunder, der havde afgivet deres samtykke i perioden for den anvendte handelspraksis.²⁴⁵

Den erhvervsdrivende havde på deres hjemmeside i forbindelse med kundelogin præsenteret en samtykkemulighed, der var egnet til at give kunderne det indtryk, at de kun kunne modtage optimal rådgivning om kundeforholdet fra den erhvervsdrivende, hvis de afgav samtykke til at modtage elektronisk markedsføring fra den erhvervsdrivende og dens samarbejdspartnere. For at frasige sig samtykke skulle kunderne scrolle ned på siden. Frabad kunden sig samtykket, dukkede herved et gult felt frem med en advarselstrekant, hvoraf det fremgik, at den erhvervsdrivende ikke ville have mulighed for at rådgive optimalt om kundeforholdet, og at den erhvervsdrivende heller ikke ville have mulighed for tilpasse tilbud og markedsføring. Herefter kunne kunden trykke på enten feltet med rød tekst "Jeg har svaret nej" eller feltet med grøn tekst "Jeg har svaret ja" Den erhvervsdrivende oplyste efterfølgende til Forbrugerombudsmanden, at formuleringen i det gule felt med advarselstrekanten, hverken var retvisende eller dækkende i forhold til den erhvervsdrivendes praksis vedrørende kunderådgivning, idet det var uden betydning for kunderådgivningen, om kunden havde afgivet samtykke. De kunder, der ikke havde samtykket, modtog som følge heraf imidlertid ikke tilbud eller relevant markedsføringsmateriale. Forbrugerombudsmanden fandt derfor, at den erhvervsdrivende havde anvendt

²⁴⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 10

²⁴⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 22/08714

en vildledende fremgangsmåde for indhentelse af samtykke på den erhvervsdrivendes hjemmeside, samt at der i den forbindelse var anvendt vildledende oplysninger. Den erhvervsdrivende havde derfor handlet i strid med markedsføringslovens §§ 5 og 6, sammenholdt med § 8. Forbrugerombudsmanden fandt endvidere, at den erhvervsdrivende anvendte en aggressiv handelspraksis ved utilbørlig påvirkning af forbrugerne, da oplysningerne og fremgangsmåden væsentlig begrænsede kundernes evne til at træffe en informeret beslutning, jf. markedsføringslovens § 7, sammenholdt med § 8.²⁴⁶

Forbrugerombudsmanden fandt, at den erhvervsdrivendes anvendte handelspraksis derfor både var vildledende og aggressiv, og at samtykket således var indhentet på ulovlig vis. Samtykket var ugyldigt, da det ikke var udtryk for en frivillig, utvetydig, informeret og specificeret viljetilkendegivelse fra kunden til at modtage markedsføringen fra den erhvervsdrivende og dens samarbejdspartnere. Hertil lagde Forbrugerombudsmanden vægt på, at kravet, om at et samtykke skal være frivilligt, ikke var opfyldt, idet kunden fik oplyst, at denne ikke ville modtage den optimale rådgivning om sit kundeforhold, hvis ikke kunden samtykkede til at modtage markedsføringsmateriale fra den erhvervsdrivende. Forbrugerombudsmanden lagde desuden vægt på, at samtykket ikke var specificeret, idet det ikke fremgik, hvilke samarbejdspartnere udover en enkelt, som kunden ville modtage markedsføring fra.²⁴⁷

Sagen fra Forbrugerombudsmanden viser, hvordan vildledende og aggressiv handelspraksis hænger sammen med betingelserne for indhentelse af samtykket. Hvis et samtykke er indhentet på en måde, der er i strid med markedsføringslovens bestemmelser om vildledende og aggressiv handelspraksis, vil samtykket være ulovligt indhentet og dermed ugyldigt. Et ugyldigt samtykke vil medføre, at erhvervsdrivende ikke kan henvende sig ved brug af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring. Sagen illustrerer ligeledes sammenhængen mellem vildledende og aggressiv handelspraksis og betingelserne for et gyldigt samtykke efter § 10, stk. 1, 1. pkt. sammenholdt med § 2, nr. 14. Er et samtykke ikke afgivet frivilligt, kan det sidestilles med en aggressiv handelspraksis, idet samtykket herved ikke er udtryk for et reelt og frit valg. Såfremt indhentelsen af et samtykke hverken er specificeret, utvetydig eller informeret, kan indhentelsen desuden sidestilles med en vildledende handelspraksis. Disse betingelser vil blive gennemgået i følgende afsnit.

²⁴⁶ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 22/08714

²⁴⁷ Ibid.

4.5.2. Specifikt

Samtykket skal endvidere være specifikt i den forstand, at det “[...] klart og utvetydigt skal fremgå, hvad det er, der meddeles samtykke til, hvem det er, der meddeles samtykke til og hvilken kommunikationsform, der afgives samtykke til at anvende.”²⁴⁸ Det skal i den forbindelse klart oplyses over for modtageren, hvilke produkter eller kategorier af produkter den erhvervsdrivende kan sende markedsføring om. Det fremgår imidlertid, at produktkategorier kan formuleres forholdsvis bredt, herunder at det eksempelvis er muligt at indhente samtykke til markedsføring “inden for virksomhedens produktsortiment” og således uden nærmere angivelse af specifikke produkter. Det er dog betinget af, at det er alment kendt, hvilke produktkategorier den pågældende erhvervsdrivende har i sit sortiment.²⁴⁹

4.5.3. Informeret

Et samtykke skal desuden være informeret, hvilket indebærer, at vedkommende, der giver samtykket, skal være klar over, hvad der gives samtykke til.²⁵⁰ Det fremgår af forarbejderne, at et informeret samtykke tillige indebærer, at den, der giver samtykket, skal være klar over, at der gives samtykke.²⁵¹ Dog er dette nu i højere grad indeholdt i kravet om, at samtykket skal være utvetydigt, som behandles nedenfor i afsnit 4.5.4.²⁵²

Det er den erhvervsdrivendes ansvar at sikre sig, at vedkommende, der giver samtykket, har tilstrækkelig information til at kunne tage en velovervejet beslutning om, hvorvidt vedkommende ønsker at give samtykke eller ej.²⁵³ Forbrugerombudsmanden nævner i den forbindelse, at det som minimum skal fremgå tydeligt, hvilke erhvervsdrivende man vil modtage markedsføring fra, hvordan man vil modtage markedsføringen, samt at man har ret til at trække sit samtykke tilbage.²⁵⁴ I dommen 2002.2277/2S tog Sø- og Handelsretten stilling til en erklæring indeholdende et samtykke, som en erhvervsdrivende havde udformet. Retten fandt, at erklæringen ikke opfyldte betingelserne for et informeret samtykke, idet det skal være fremhævet og klart for den, som afgiver sit samtykke, hvad der gives samtykke til. Erklæringen, der ikke opfyldte betingelserne, lød som følgende:

²⁴⁸ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 45

²⁴⁹ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.4, s. 28

²⁵⁰ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.2, s. 24

²⁵¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 45

²⁵² Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.3, s. 27

²⁵³ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.2, s. 24

²⁵⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, afsnit 7.2, s. 24 og 25

“Ved nedenstående underskrift giver jeg tilladelse til, at Telia kan analysere, hvordan jeg anvender min mobiltelefon, så jeg kan modtage målrettet information og markedsføring om teleservice fra Telia.”

Kunden blev præsenteret for erklæringen i forbindelse med, at kunden skulle underskrive sit abonnement hos Telia. Retten lagde vægt på samtykkeerklæringens placering, dens uklare sproglige formulering og dens grafiske udtryk sammenholdt med resten af tilmeldingsblanketten. Retten lagde desuden vægt på, at erklæringen var placeret i et ikke særligt fremhævet afsnit, samt at der ud fra erklæringens ordlyd gives samtykke til, at Telia kun må analysere forbrugernes anvendelse af mobiltelefonen og dermed ikke, at Telia må udsende markedsføring til forbrugerne.²⁵⁵

I EU-dommen StWL tog EU-Domstolen endvidere stilling til samtykke-begrebet i relation til uanmodet kommunikation med henblik på direkte markedsføring herunder særligt betingelsen om, at samtykket skal være informeret. Det følger desuden af dommens præmis 57, at et “[...] samtykke som minimum skal komme til udtryk som en frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse fra den registrerede.” Det fremgår af præmis 58, at brugerne i forbindelse med registreringen af den omhandlede e-mailadresse, blev præsenteret for valget mellem to typer af e-mailtjenester – en gratis, reklamefinansieret version og en betalingsbaseret version uden reklamer. De brugere, der valgte den gratis løsning, accepterede dermed at modtage reklamer som modydelse for vederlagsfri adgang til e-mailtjenesten. EU-Domstolen skulle i den forbindelse afgøre, hvorvidt brugerne af den gratis e-mailtjeneste var blevet behørigt informeret om, hvordan sådanne reklamer udbredes, og dermed om brugerne faktisk havde givet sit samtykke til at modtage de omhandlede reklamemeddelelser.²⁵⁶ I denne forbindelse præciserede EU-Domstolen følgende i præmis 59:

“Det skal navnlig for det første sikres dels, at denne bruger er blevet informeret klart og præcist om bl.a. den omstændighed, at der vises reklamemeddelelser i listen over modtagne private e-mails, dels at vedkommende har givet sit samtykke til at modtage sådanne reklame-meddelelser specifikt og med fuldt kendskab til følgerne.”

²⁵⁵ U.2002.2277/2S

²⁵⁶ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 59

EU-Dommen StWL fastslår således i forhold til samtykke-begrebet, at et gyldigt samtykke i forbindelse med uanmodet kommunikation forudsætter, at brugeren er blevet klart og præcist informeret om reklamemeddelelsernes karakter og placeringen heraf. Samtykket skal desuden være specifikt og informeret, således brugeren får fuldt kendskab til de konkrete følger af afgivelsen af samtykket.

4.5.4. Utvetydigt

Kravet om at samtykket skal være utvetydigt er indsat ved lovændringen af markedsføringsloven i 2019, hvorfor kravet ikke, modsat de tre øvrige krav, er eksplicit omtalt i forarbejderne til markedsføringsloven af 2017.²⁵⁷ Indsættelsen af kravet, om at samtykket skal være utvetydigt, har til formål at bringe samtykkekravet i markedsføringsloven i overensstemmelse med GDPR.²⁵⁸ Kravet om utvetydighed betyder, at vedkommende, der giver sit samtykke, skal vide, at der rent faktisk gives samtykke. Dette indebærer, at samtykket skal være resultatet af et 'aktivt valg'. Hertil fremgår det, at et forhåndsafkrydset felt, med en tekst der angiver, at man giver samtykke til at modtage markedsføring, således ikke vil være i overensstemmelse med kravet om et aktivt valg.²⁵⁹

Netop dette kom til udtryk i EU-dommen C-673/17, Planet49, som handler om kravene til samtykke ved brug af cookies på hjemmesider. Den erhvervsdrivende Planet49 krævede, at brugerne gav samtykke til cookies for at deltage i en online salgsfremmende konkurrence. Det fremgår af præmis 27, at det herved var muligt for Planet49 at foretage analyse af brugernes surf- og anvendelsesadfærd på reklamepartners websites og dermed muligt at lave interesse-måltrettet reklame. Problemet var, at samtykket blev givet via en forudafkrydset boks, som brugerne aktivt skulle fjerne, hvis de ikke ville acceptere cookies fra Planet49.²⁶⁰

Det fremgår af præmis 54, at et samtykke kun er gyldigt, hvis der "ikke hersker tvivl om", at vedkommende har givet sit samtykke. Det kræver i den forbindelse en "aktiv adfærd" fra den vedkommende, der afgiver sit samtykke. Kravet om utvetydighed ses således udtrykt i denne præmis ved, at der ikke må herske tvivl om, hvorvidt der er givet samtykke eller ej, hvilket

²⁵⁷ Lov om ændring af lov af markedsføring, lov nr. 1309 af 6. december 2019

²⁵⁸ Lovforslag nr. 32 af den 3. oktober 2019 til lov om ændring af lov om markedsføring, de almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.2., s. 4

²⁵⁹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 45

²⁶⁰ C-673/17, Planet 49, præmis 27

forudsætter en aktiv handling fra vedkommende. For at forstå kravet om en aktiv handling uddyber præmis 55:

“I denne henseende er det praktisk umuligt objektivt at afgøre, om brugeren af et internet-websted faktisk har givet sit samtykke til behandlingen af sine personoplysninger ved ikke at fravælge et forudafkrydset felt og under alle omstændigheder, om dette samtykke er blevet givet på informeret måde.”

Præmis 55 udtrykker, at det ikke er muligt objektivt at afgøre, om en bruger reelt har givet samtykke, hvis dette alene sker ved ikke at fravælge en forudafkrydset boks. Det skal således være muligt objektivt at fastslå, at vedkommende faktisk har ønsket at give samtykke, førend samtykket lever op til kravet om at være utvetydigt. Som følge heraf konkluderede EU-Domstolen, at et samtykke ikke kunne anses for gyldigt, når det gives ved hjælp af en forudafkrydset boks, da dette ikke opfylder kravet om utvetydighed.²⁶¹

Kravet om utvetydighed understreger vigtigheden af, at samtykket skal være resultatet af et ‘aktivt valg’, hvilket Forbrugerombudsmanden tog stilling til i en forhåndsbesked. Det bemærkes, at forhåndsbeskeden er fra 2017, hvor der som tidligere nævnt, ikke var indsat betingelsen om utvetydighed. Betingelsen var på daværende tidspunkt indeholdt i betingelsen om informeret samtykke. At et samtykke skal være et ‘aktivt valg’, er i dag indeholdt i betingelsen om utvetydighed, hvorfor forhåndsbeskeden fortolkes i overensstemmelse hermed. Forbrugerombudsmanden blev bedt om at tage stilling til, hvorvidt en erhvervsdrivende lovligt kunne sende deres nye elektroniske nyhedsbrev ud til deres i alt 9.000 abonnenter. Den erhvervsdrivende havde hidtil sendt et fysisk nyhedsbrev til de 5.000 abonnenter og et elektronisk nyhedsbrev til de 4.000 abonnenter. Ved tilmelding til de tidligere nyhedsbreve havde abonnenterne oplyst deres kontaktoplysninger og var samtidig blevet informeret om, at deres tilmelding indebar accept af at modtage nyhedsbrevene.²⁶²

Forbrugerombudsmanden vurderede, at samtykket til de tidligere nyhedsbreve ikke opfyldte kravet om, at samtykket skulle være informeret. Årsagen var, at abonnenterne havde givet samtykke ved at udfylde deres kontaktoplysninger og havde således ikke ved en aktiv handling

²⁶¹ C-673/17, Planet 49, præmis 57

²⁶² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 17/04792

tilkendegivet, at de ønskede at modtage nyhedsbreve. På denne baggrund fandt Forbrugerombudsmanden, at det ville være i strid med spamforbuddet at udsende det nye elektroniske nyhedsbrev til de eksisterende abonnenter uden forudgående samtykke fra dem.²⁶³

Forhåndsbeskeden understreger vigtigheden af, at et samtykke skal være udtryk for en aktiv handling i forbindelse med markedsføring ved brug af elektronisk post. Forbrugerombudsmanden fastslog, at forbrugeren ved en aktiv handling klart skal tilkendegive, at vedkommende accepterer at modtage markedsføring ved brug af elektronisk post.

Indhentelse af samtykke i forbindelse med konkurrencer

Som tidligere nævnt har en erhvervsdrivende mulighed for at benytte en konkurrence eller lignende som incitament for indhentelse af forbrugers samtykke til at modtage markedsføring. Såfremt den erhvervsdrivende benytter sig af denne mulighed, skal det tydeliggøres for forbrugeren, hvornår tilmelding til konkurrencen er afsluttet. Formålet hermed er, at det skal være tydeligt for forbrugeren, at der herved er afgivet et samtykke i forbindelse med deltagelsen i konkurrencen. Såfremt en forbruger ikke endeligt afslutter sin tilmelding, afgiver forbrugeren ikke sit samtykke. Det skal være tydeligt for forbrugeren, at vedkommende har deltaget ved eksempelvis at have trykket på “deltag”, “afslut” eller lignende. Forbrugeren skal efterlades med et retvisende indtryk af at have deltaget i konkurrencen og i den forbindelse at have afgivet sit samtykke.²⁶⁴

Forbrugerombudsmanden har i en afgørelse vurderet, at flere forbrugere ikke havde givet et gyldigt samtykke til at modtage markedsføring, idet de ikke havde færdigudfyldt et spørgeskema. I vurderingen lagde Forbrugerombudsmanden vægt på, at konkurrencen var opbygget, så det fremstod som om, at spørgeskemaet var en del af konkurrencen, og at deltagelse i konkurrencen først var sket, når spørgeskemaet var udfyldt. Da selve afgivelsen af samtykket til at modtage markedsføring hang sammen med deltagelsen i konkurrencen, ville en afbrydelse af konkurrencen, før spørgeskemaet var udfyldt, medføre, at der ikke var afgivet samtykke, uanset om samtykkefeltene var afkrydset i starten af konkurrencen.²⁶⁵ Det var således ikke tydeligt for forbrugeren, hvornår samtykket reelt set var givet.

²⁶³ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 17/04792

²⁶⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 10

²⁶⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 19/02390-41

At samtykket skal være utvetydigt indebærer i øvrigt, at forbrugeren let skal kunne gennemskue, hvilke betingelser og krav, der er i forbindelse med deltagelse i en konkurrence, herunder kravet til afgivelse af samtykke. Kravet om samtykke skal være lige så tydeligt for forbrugeren, som hvilke præmier forbrugeren kan vinde ved deltagelse i konkurrencen. Disse betingelser og krav skal tillige fremstå klart og tydeligt, uanset hvilken enhed forbrugeren anvender ved deltagelse i konkurrencen. Ved enhed forstås computer, tablet eller smartphone. Den erhvervsdrivende skal således sikre sig, at layoutet er tilpasset den enhed, der anvendes.²⁶⁶

Forbrugerombudsmanden har i en forhåndsbesked taget stilling til gennemskueligheden i en konkurrence, hvis formål var at indhente samtykke til elektronisk markedsføring. Forbrugerombudsmanden fandt, at det indhentede samtykke ikke levede op til kravene efter markedsføringslovens § 10, stk. 1. I vurderingen heraf blev der lagt vægt på, at det ikke var tydeligt nok for forbrugeren, at der skulle gives samtykke til modtagelse af markedsføring ved brug af elektronisk post i forhold til tilbuddet om deltagelse i konkurrencen. Forbrugerombudsmanden lagde vægt på, at hovedfokus var på selve konkurrencen og den præmie, som forbrugeren kunne vinde ved brug af billeder, tekst og andre virkemidler såsom blikfang af et stort billede af præmien og nedtælling til konkurrencens afslutning. Hovedfokus var dermed ikke på konkurrencens egentlige formål om at indhente samtykke, idet det ikke fyldte meget i sammenligning med selve konkurrencen og præmien.²⁶⁷

Der skal foretages en konkret helhedsvurdering af hele konkurrenceflowet i de tilfælde, hvor en erhvervsdrivende opfordrer forbrugere til at deltage i en konkurrence på deres hjemmeside, hvis formålet er at indhente samtykke til at modtage markedsføring. Et eksempel herpå er, hvis den erhvervsdrivende via et opslag på et socialt medie opfordrer forbrugeren til at deltage i en konkurrence på deres hjemmeside, hvilket kræver, at forbrugeren skal igennem en eller flere hjemmesider. Vurderingen af hvorvidt samtykket er gyldigt skal derfor vurderes ud fra hele konkurrenceflowet.²⁶⁸

Det fremhæves desuden hertil, at det vil anses for vildledende markedsføring efter markedsføringslovens §§ 5 og 6, hvis det ikke fremgår tydeligt, at den erhvervsdrivendes opfordring til

²⁶⁶ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 11

²⁶⁷ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 20/05877-6

²⁶⁸ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 11

forbrugere om at deltage i en konkurrence er med henblik på indhentelse af samtykke til markedsføring, idet forbrugere ved valget om at deltage i konkurrencen træffer en transaktionsbeslutning. Begrebet 'transaktionsbeslutning' uddybes senere i specialets afsnit 5.1. Det anses ikke for tilstrækkeligt, hvis forbrugeren skal folde en tekst ud, eksempelvis i et opslag på et socialt medie.²⁶⁹

Forbrugerombudsmanden har i flere forhåndsbeskeder til den samme erhvervsdrivende Velkommen taget stilling til tydeligheden i netop konkurrenceflowet. Den erhvervsdrivende ønskede en stillingtagen til en konkurrence på Facebook, hvor formålet med konkurrencen var at indhente forbrugernes samtykke til markedsføring heriblandt ved brug af elektronisk post.²⁷⁰ Forbrugerombudsmanden havde i den første forhåndsbesked vurderet, at den erhvervsdrivendes påtænkte konkurrence opfyldte kravene for indhentelse af samtykke efter markedsføringslovens § 10, stk. 1. Efter denne forhåndsbesked ønskede den erhvervsdrivende at ændre i konkurrencen, således det ikke længere fremgik ordret, at forbrugeren skulle give samtykke til markedsføring men derimod, at forbrugeren skulle sige "[...] ja tak til at blive kontaktet med markedsføring via telefonopkald, e-mail og sms/mms fra Velkommen." og "Deltag i konkurrencen og sig ja tak til markedsføring".

Forbrugerombudsmanden vurderede, at de ændringer, som den erhvervsdrivende ønskede at foretage, ville øge fokus på konkurrencen fremfor selve samtykket til at modtage markedsføring. Begrundelsen herfor var, 1) at teksten om konkurrencen blev præsenteret før teksten om samtykket, 2) at starten på hvert afsnit henledte opmærksomheden på selve konkurrencen, og 3) billedet i konkurrencen gengav konkurrencen og præmien. Forbrugerombudsmanden vurderede hertil, at hovedformålet med konkurrencen, som nævnt, var at indhente forbrugernes samtykke til at modtage markedsføring. Forbrugerombudsmanden fandt derfor, at ændringerne ville give anledning til tvivl om, hvorvidt samtykket opfyldte kravene efter markedsføringslovens § 10, stk. 1. Forbrugerombudsmanden begrundede dette med, at det var tvivlsomt, hvorvidt det fremgik tydeligt af konkurrenceflowet, at forbrugeren skulle afgive samtykke til at modtage markedsføring ved brug af elektronisk post, hvorfor Forbrugerombudsmanden ikke kunne forhåndsgodkende den erhvervsdrivendes påtænkte ændringer.²⁷¹

²⁶⁹ Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021, s. 13 og 14

²⁷⁰ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 21/13052

²⁷¹ Ibid.

Efter denne forhåndsbesked henvendte den erhvervsdrivende Velkommen sig på ny til Forbrugerombudsmanden for at få en ny vurdering.²⁷² Denne gang ønskede den erhvervsdrivende, at Forbrugerombudsmanden skulle tage stilling til to sætninger – konkurrenceflowet var i øvrigt det samme, som det Forbrugerombudsmanden tidligere havde forhåndsgodkendt. Sætningerne var ændret således, at selve samtykket til at modtage markedsføring nu fremgik først i sætningen. Den første sætning ville nu lyde “Sig ja tak til at modtage gode tilbud og deltag i konkurrencen” og den anden sætning “Giv samtykke og tilmeld dig på 5 sekunder”. Forbrugerombudsmanden fandt ud fra en helhedsvurdering, at det var lige så tydeligt i konkurrenceflowet, at forbrugeren skulle give samtykke til at modtage markedsføring fra den erhvervsdrivende, som at forbrugeren kunne deltage i konkurrencen. Forbrugerombudsmanden fandt desuden, at det var tilstrækkeligt specificeret, hvad forbrugeren skulle give samtykke til. I vurderingen blev der lagt vægt på, 1) at det fremgik tydeligt af opslaget og selve konkurrenceflowet, at der skulle gives samtykke til at modtage markedsføring fra den erhvervsdrivende, 2) at forbrugeren kun skulle give samtykke til at modtage markedsføring fra den konkrete erhvervsdrivende, hvis navn og logo fremgik flere steder i konkurrenceflowet, 3) at samtykketeksten var klar og letlæselig, 4) at der i samtykketeksten først blev præsenteret samtykket til markedsføring, 5) at der flere steder i konkurrenceflowet fremgik hvilke kommunikationsformer markedsføringen ville foregå via, og 6) at forbrugeren ‘aktivt’ skulle afkrydse “ja” til markedsføring. Forbrugerombudsmanden vurderede derfor, at indhentelsen af samtykket var i overensstemmelse med markedsføringslovens § 10, stk. 1.²⁷³

Forbrugerombudsmandens vurdering vidner om, at de informationer, der gives til forbrugeren, skal være tydelige og gennemsikkelige, således at forbrugeren er i stand til at forstå dem. Placeringen af væsentlige oplysninger har stor betydning i denne vurdering, da en uhensigtsmæssig ordstilling kan medføre, at det ikke fremstår klart for forbrugeren, at formålet er indhentelse af samtykke.

4.6. Tilbagekaldelse af samtykke

Inden modtageren afgiver sit samtykke, jf. afsnittet ovenfor, skal vedkommende oplyses om, at samtykket kan trækkes tilbage, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. Det fremgår

²⁷² Forbrugerombudsmandens sagsnummer 22/00949

²⁷³ Ibid.

endvidere af bestemmelsens 3. pkt., at den erhvervsdrivende i den forbindelse skal give vedkommende mulighed for let og gebyrfrit at tilbagekalde sit samtykke. Dette skal som minimum tilbydes på samme kommunikationstjeneste, hvorpå vedkommende har givet sit samtykke.²⁷⁴ Såfremt vedkommende vælger at tilbagekalde sit samtykke, vil dette medføre, at den erhvervsdrivende, fra det øjeblik tilbagekaldelsen er modtaget, ikke længere må sende markedsføring via elektronisk post til vedkommende.²⁷⁵

Forbrugerombudsmanden havde i en afgørelse indskærpet en erhvervsdrivendes procedure for tilbagekaldelse af samtykke, idet det ikke var tilstrækkeligt let at tilbagekalde et samtykke til modtagelse af elektronisk post. Forbrugerombudsmanden vurderede de muligheder den erhvervsdrivende gav til forbrugerne i forbindelse med afmelding af deres elektroniske nyhedsbrev. I sagen havde forbrugeren ikke mulighed for at afmelde den erhvervsdrivendes nyhedsbrev uden at skulle logge ind på sin medlemsprofil. Den erhvervsdrivende oplyste til Forbrugerombudsmanden, at der ikke forelå et krav om at afmelde nyhedsbrevet på den af forbrugeren angivne måde, samt at der yderligere var tre muligheder for forbrugerne til at tilbagekalde deres samtykke. Den første af øvrige muligheder var at udfylde en formular inde på den erhvervsdrivendes hjemmeside. Forbrugeren skulle dog i denne forbindelse udfylde en række personlige oplysninger herunder sin adresse. Hertil fandt Forbrugerombudsmanden, at det ikke bør være nødvendigt for en forbruger at udfylde sådanne spørgsmål for at kunne tilbagekalde sit samtykke.²⁷⁶

Det var derudover muligt for forbrugeren at ringe til den erhvervsdrivendes kundeservice for at tilbagekalde sit samtykke. Denne mulighed forudsatte dog, at forbrugeren enten skulle finde telefonnummeret inde på hjemmesiden eller trykke på et link i e-mailen, der ville føre forbrugeren ind på den erhvervsdrivendes kontaktformular. Samtidig forudsatte denne mulighed, at forbrugeren skulle ringe i åbningstiden for kundeservice, der endda indeholdt en risiko for at ende i en telefonkø.²⁷⁷

Den sidste mulighed var, at forbrugeren kunne sende en e-mail til den erhvervsdrivendes kundeservice. Denne mulighed forudsatte ligeledes, at forbrugeren skulle finde e-mailen inde på

²⁷⁴ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 60

²⁷⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 46

²⁷⁶ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 22/08580

²⁷⁷ Ibid.

den erhvervsdrivendes hjemmeside, og det var uklart, hvilke informationer der skulle gives for at afmelde nyhedsbrevet på denne måde.²⁷⁸

Forbrugerombudsmanden fandt, at ingen af de i alt fire muligheder, der var stillet til rådighed for tilbagekaldelse af samtykke, var en let måde for forbrugerne at afmelde deres nyhedsbrev. De tre af mulighederne, hvor forbrugeren skulle kontakte den erhvervsdrivende på de beskrevne måder, var unødvendigt omstændige. Muligheden for at skulle afmelde nyhedsbrevet ved at logge ind på sin medlemsprofil ville desuden forudsætte, at forbrugeren skulle huske sine loginoplysninger. Forbrugerombudsmanden vurderede yderligere, at det ikke var let for forbrugeren at afmelde nyhedsbrevet ved, at den erhvervsdrivende linkede til en formular, som skulle udfyldes for at tilbagekalde samtykket.

Forhåndsbeskeden illustrerer, hvor strenge krav der stilles til erhvervsdrivende, og de muligheder de skal give forbrugeren for let at tilbagekalde sit samtykke. Forbrugerombudsmanden nævner desuden i forhåndsbeskeden muligheder for tilbagekaldelse, der ikke er i strid med kravet. Et eksempel herpå er et system, hvor forbrugeren kan tilbagekalde sit samtykke ved blot at trykke på et link nederst i e-mailen eller, hvor forbrugeren ved at trykke på et link nederst i e-mailen sendes til en hjemmeside, hvor tilbagekaldelsen sker ved at bekræfte ved et klik.²⁷⁹

4.7. Undtagelsen til spamforbuddet

I markedsføringslovens § 10, stk. 2 findes undtagelsen til spamforbuddet. Det følger af bestemmelsens ordlyd, at den erhvervsdrivende, som har modtaget en kundes elektroniske adresse i forbindelse med salg af produkter, kan markedsføre egne tilsvarende produkter til kunden via elektronisk post. Dette gælder uanset udgangspunktet i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Det er dog en forudsætning for undtagelsen, at den erhvervsdrivende har givet kunden klar og utvetydig mulighed for let og gebyrfrit at frabede sig sådanne henvendelser fra den erhvervsdrivende. Kunden skal have denne mulighed ved afgivelsen af den elektroniske adresse og ved hver efterfølgende henvendelse.²⁸⁰

Indledningsvist kan undtagelsen gøres gældende overfor alle i et kundeforhold, uanset om kunden er forbruger, erhvervsdrivende eller offentlig myndighed. Dog har den erhvervsdrivende

²⁷⁸ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 22/08580

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Lov om markedsføring, lov nr. 426 af 3. maj 2017 § 10, stk. 2

alene mulighed for at anvende undtagelsen til at rette henvendelse via elektronisk post. Det følger af forarbejderne til bestemmelsen, at kunden selv skal have oplyst sin elektroniske adresse til den erhvervsdrivende. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, hvis den erhvervsdrivende har modtaget den elektroniske adresse fra andre. Derudover er det en betingelse, at den elektroniske adresse er afgivet i forbindelse med indgåelse af en aftale om salg af et produkt. Det fremgår således af forarbejderne, at en erhvervsdrivende, der er kommet i besiddelse af en elektronisk adresse på anden vis, ikke må gøre brug af undtagelsen.²⁸¹ Derudover er det en betingelse, at salget af produktet er gennemført. Derfor er det ikke tilstrækkeligt, at kunden har vist interesse for den erhvervsdrivendes produkt, hvis kunden ikke har gennemført købet.²⁸²

Derudover følger det af forarbejderne, at undtagelsen udelukkende kan anvendes til markedsføring af den erhvervsdrivendes 'egne tilsvarende produkter'. Det er derfor en betingelse, at den erhvervsdrivende senest samtidig med indgåelse af aftale om salg af sine produkter til kunden specificerer overfor kunden, hvad der forstås med egne tilsvarende produkter. Såfremt dette ikke er specificeret, skal begrebet 'egne tilsvarende produkter' fortolkes snævert. Dog fremgår det af forarbejderne, at det er en konkret vurdering, hvad der skal forstås som egne tilsvarende produkter. Det afgørende er således, hvilken forventning kunden har fået ved indgåelsen af aftalen med den erhvervsdrivende, hvor kunden afgav sin elektroniske adresse. Det er derfor uden betydning, hvad den erhvervsdrivende selv forstår som egne tilsvarende produkter. Dog er begrebet ikke afgrænset til produkter, der er identiske med det solgte produkt. Såfremt den erhvervsdrivende har skabt en forventning hos kunden, kan tilsvarende produktgrupper således være omfattet af undtagelsen.²⁸³

I forarbejderne til bestemmelsen er det yderligere fremhævet, at den erhvervsdrivende utvetydigt og klart skal informere kunden om, at den elektroniske adresse kan anvendes til at rette henvendelse til kunden med reklame for den erhvervsdrivendes egne tilsvarende produkter. Kunden skal i den forbindelse yderligere oplyses utvetydigt og klart om muligheden for at frabede sig dette. Kunden skal således have mulighed for ved afgivelsen af sin elektroniske adresse at frabede sig henvendelser med reklame via elektronisk post. Det skal således være let og gebyrfrit for kunden at frabede sig dette. Det fremhæves i forarbejderne, at kunden skal have

²⁸¹ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 60

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

mulighed for at frabede sig dette ved hver efterfølgende henvendelse. Henvendelsen skal derudover indeholde en vejledning om, hvordan kunden framelder sig fremtidige henvendelser. Tilbuddet om at frabede sig henvendelserne skal som minimum tilbydes via samme kommunikationstjeneste, som kunden modtager henvendelserne.²⁸⁴

Forbrugerombudsmanden påpegede i en sag, at undtagelsen til forbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1 skal fortolkes snævert. I den konkrete sag vurderede Forbrugerombudsmanden, at idet det var gratis for brugeren at downloade Mobilepay-appen, havde Danske Bank ikke modtaget kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg af et produkt, hvorfor undtagelsesbestemmelsen i markedsføringslovens § 10, stk. 2 ikke fandt anvendelse.²⁸⁵

4.8. Betingelser ved anvendelse af direkte markedsføring

Har en erhvervsdrivende modtaget et forudgående samtykke, må den erhvervsdrivende rette henvendelse til nogen, hvis betingelserne i markedsføringslovens § 10, stk. 3 er opfyldt. Bestemmelsen oplister betingelserne for, hvornår erhvervsdrivende må rette henvendelse med henblik på direkte markedsføring. Det følger af markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 1, at markedsføringen klart skal kunne identificeres som sådan. Dette skal forstås således, at den erhvervsdrivende på en tydelig måde skal gøre modtageren opmærksom på, at der er tale om en henvendelse med henblik på at fremme den erhvervsdrivende afsætning af produkter.²⁸⁶

Dernæst følger det af markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 2, at betingelserne for salgsfremmende foranstaltninger skal være let tilgængelige og fremlægges klart og utvetydigt. Det følger af forarbejderne, at 'let tilgængeligt' skal fortolkes således, at det skal være nemt for modtageren at opfylde betingelserne for eksempelvis deltagelse i en konkurrence eller opnåelse af en rabat. Yderligere skal betingelserne være beskrevet på en sådan måde, at der ikke opstår tvivl om indholdet. Derudover må betingelserne ikke være unødigt vanskelige at tilegne sig og skal derudover være fremhævet på en sådan måde, at disse er lette for modtageren at identificere.²⁸⁷

²⁸⁴ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 60.

²⁸⁵ Forbrugerombudsmandens sagsnummer 18/05121-7

²⁸⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 62

²⁸⁷ Ibid.

Markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 3 angiver, at det skal fremgå, på hvis vegne markedsføringen udsendes, samt at det skal fremgå på en sådan måde, at det ikke er tilsløret eller skjult. Det skal således fremgå af markedsføringen, hvilken fysisk eller juridisk person, produkterne afsættes fra.²⁸⁸ Det følger af markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 4, at modtageren ikke må opfordres til at besøge websteder, hvor den erhvervsdrivende bag webstedet ikke opfylder betingelserne i stk. 3, nr. 1-3. Som led i markedsføringen følger det af markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 5, at der skal være angivet en adresse, hvortil modtageren af henvendelsen kan tage kontakt med det formål at frabede sig sådanne henvendelser. Det følger hertil af forarbejderne, at et link, der viderefører modtageren til et sted, hvor vedkommende kan frabede sig sådanne henvendelser, vil anses for tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen.²⁸⁹

5. Aggressiv handelspraksis

Som tidligere nævnt kan visse aspekter af uanmodede henvendelser ved brug af elektronisk post udover at falde ind under markedsføringslovens § 10, stk. 1 også falde ind under øvrige bestemmelser i markedsføringsloven nærmere bestemt sortlistens nr. 26 om vedholdende og uønskede henvendelser samt markedsføringslovens § 7 om aggressiv handelspraksis. Begge bestemmelser er implementeret fra handelspraksisdirektivet, der er fuldt harmoniseret.²⁹⁰ Handelspraksisdirektivet beskytter forbrugernes økonomiske interesser mod virksomheders urimelige handelspraksis.²⁹¹ Direktivet skelner mellem to former for urimelig handelspraksis: vildledende handelspraksis og aggressiv handelspraksis, hvor aggressiv handelspraksis er relevant i nærværende afsnit.²⁹² Sortlisten er en liste over former for handelspraksis, der under alle omstændigheder er forbudt.²⁹³ Sortlistens nr. 26 vedrører henvendelser pr. e-mail og andre fjernkommunikationsmedier og indeholder et forbud mod, at erhvervsdrivende foretager:

“[...] vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, der ikke er omfattet af forbuddet i forbrugeraftalelovens § 4, eller pr. telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier,

²⁸⁸ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 10, s. 62

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), artikel 4, betragtning 5, 12 og 13

²⁹¹ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 8

²⁹² Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 13

²⁹³ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 17

idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning.”

Det bemærkes, at der i bestemmelsens terminologi bruges ‘uønskede’ henvendelser og ikke ‘uanmodede’ henvendelser, som der benyttes i markedsføringslovens § 10. Brugen af denne terminologi kan ses i lyset af, at der ved bestemmelsen om uanmodet henvendelse benyttes en opt-in løsning, hvor der skal gives et forudgående samtykke, førend erhvervsdrivende må rette henvendelse. I sortlistens nr. 26 benyttes derimod en opt-out løsning, som i relation til terminologien ‘uønskede’ gør, at erhvervsdrivende ikke må rette henvendelse, hvis forbrugeren har frabedt sig dette.²⁹⁴

Uanmodede henvendelser kan ligeledes være en handelspraksis i handelspraksisdirektivets forstand.²⁹⁵ I de specielle bemærkninger til lovens § 10 nævnes sortlistens nr. 26 ligeledes.²⁹⁶ Såfremt en henvendelse udgør en vedholdende og uønsket henvendelse eller en aggressiv handelspraksis efter markedsføringslovens § 7, må det afgørende være fremgangsmåden, hvorpå henvendelsen er forekommet. Fokus på selve indholdet er derfor ikke af afgørende betydning i den henseende, som det er i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Sortlistens nr. 26 er en aggressiv handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelig og derfor ulovlig.²⁹⁷ I disse tilfælde er det ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, om den pågældende handelspraksis er egnet til at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren.²⁹⁸

Førend en henvendelse er omfattet af sortlistens nr. 26, skal henvendelsen være vedholdende og uønsket. Et eksempel på en vedholdende og uønsket henvendelse kan være en gentagen påtrængende adfærd, der kan få forbrugeren til at gøre eller acceptere noget, som forbrugeren ellers ikke ville have gjort.²⁹⁹ Såfremt en handelspraksis ikke kan henføres til sortlistens nr. 26,

²⁹⁴ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 225

²⁹⁵ Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 192

²⁹⁶ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, De specielle bemærkninger til lovens § 10, s. 59

²⁹⁷ Lov om markedsføring, lov nr. 426 af 3. maj 2017 § 9

²⁹⁸ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 17 og Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 9, s. 59

²⁹⁹ Vejledning til fortolkning og anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, s. 102

kan den stadig være en aggressiv handelspraksis efter markedsføringslovens § 7 på baggrund af en konkret vurdering.³⁰⁰ Bestemmelsen i markedsføringslovens § 7, stk. 1 lyder som følgende:

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

Bestemmelsen vedrører erhvervsdrivendes aggressive handelspraksis, der skader forbrugerens økonomiske interesser både før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med afsætning af et produkt. I forarbejderne bemærkes det, at bestemmelsen omfatter aggressive salgsmetoder eksempelvis gentagende fremsendelse af produkter. Bestemmelsens stk. 2 oplister derudover forskellige hensyn, der skal tages hensyn til i vurderingen af, om en handelspraksis er aggressiv herunder tidspunktet, stedet, karakteren og vedholdenheden af den pågældende handelspraksis. Det kan desuden tillægges betydning, hvorvidt den pågældende handelspraksis foregår på steder, hvor man som forbruger som udgangspunkt ikke forventer at blive udsat for en sådan handelspraksis eksempelvis på steder, hvor der ikke er offentlig adgang.³⁰¹ Det fremgår af markedsføringslovens § 8, stk. 1, at førend en handelspraksis er i strid med markedsføringslovens § 7, skal den pågældende handelspraksis væsentligt forvride eller kunne forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren.

5.1. Transaktionsbeslutning

Det fremgår af markedsføringslovens § 2, nr. 6, at der sker en væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd, såfremt den pågældende handelspraksis “[...] mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som vedkommende ellers ikke ville have truffet.” Af bestemmelsen kan således udledes, at det afgørende kriterium er, hvorvidt den pågældende handelspraksis er egnet til at påvirke forbrugerens beslutningsgrundlag i forhold til selve transaktionsbeslutningen. Begrebet ‘transaktionsbeslutning’ er defineret i markedsføringslovens § 2, nr. 5 som:

³⁰⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 7, s. 56

³⁰¹ Ibid.

“En beslutning, der træffes af en forbruger om, hvorvidt, hvordan og på hvilke betingelser forbrugeren vil købe, foretage fuld eller delvis betaling for, beholde eller afhænde et produkt eller udøve en aftalemæssig rettighed i forbindelse med produktet, uanset om forbrugeren beslutter at foretage en transaktion eller at undlade dette.”

Ud fra ovenstående definition kan det udledes, at en handelspraksis kan være i strid med markedsføringslovens § 7, selvom forbrugeren reelt set ikke køber noget men blot påvirkes i sin beslutning herom. De specielle bemærkninger til § 2, nr. 5 uddyber i den forbindelse, at de fleste almindelige handlinger forud for et køb skal betragtes som transaktionsbeslutninger, herunder eksempelvis at lade en erhvervsdrivende fremvise en vare eller klikke ind på en erhvervsdrivendes hjemmeside. Transaktionsbeslutninger omfatter også handlinger efter et køb navnlig beslutninger om at udøve kontraktretlige rettigheder ligesom beslutningen om ikke at købe et produkt anses for en transaktionsbeslutning.³⁰² I EU-dommen C-281/12, Trento Sviluppo og Centrale Adriatica, blev det fastlagt, at en transaktionsbeslutning også omfatter den beslutning, som træffes i forbindelse med selve købsbeslutningen af et produkt.³⁰³ En beslutning om at gå ind i en forretning er på den måde en transaktionsbeslutning. Begrebet transaktionsbeslutning fortolkes således bredt, og der stilles umiddelbart ikke store krav til, hvornår der foreligger en transaktionsbeslutning.³⁰⁴ Desuden bliver det nævnt i de specielle bemærkninger til § 8, stk. 1, at “Det, der skal vurderes, er sandsynligheden af den virkning, den pågældende praksis vil kunne have for gennemsnitsforbrugers transaktionsbeslutning.” Det kræves således ikke, at den pågældende handelspraksis faktisk har påvirket forbrugers transaktionsbeslutning, men alene at den pågældende handelspraksis er egnet til at påvirke. Det er således sandsynligheden for påvirkning af transaktionsbeslutningen, der er afgørende.³⁰⁵

5.2. Gennemsnitsforbrugeren

Benchmarket for at vurdere påvirkningen af en handelspraksis efter handelspraksisdirektivet er ‘gennemsnitsforbrugeren’.³⁰⁶ Begrebet har sin oprindelse i EU-retten og er udviklet gennem

³⁰² Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 2, s. 43 og 44

³⁰³ C-281/12, Trento Sviluppo og Centrale Adriatica, præmis 36

³⁰⁴ Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udg., Ex Tuto Publishing A/S, s. 116 og 117

³⁰⁵ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 8, s. 57

³⁰⁶ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 18 og artikel 5-9

praksis fra EU-Domstolen herunder for første gang formuleret i dommen C-210/96, Gut Springenheide.³⁰⁷ Det fremgår af dommens præmis 31, at gennemsnitsforbrugeren beskrives som en “[...] almindeligt oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger [...]”.³⁰⁸

Begrebet blev herefter konsolideret i handelspraksisdirektivet i 2005 og er stort set kun eksplícít angivet heri. Handelspraksisdirektivet er, som nævnt, i Danmark implementeret i markedsføringslovens kapitel 2 samt sortlisten.³⁰⁹ Begrebet ‘gennemsnitsforbruger’ er ikke beskrevet i definitionsbestemmelsen i markedsføringslovens § 2 men er nærmere beskrevet i de specielle bemærkninger til § 8, stk. 1. Heri beskrives gennemsnitsforbrugeren som en “[...] under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold, almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger.” Formålet med begrebet er at sikre en afbalancering mellem hensynet til forbrugerbeskyttelse og behovet for at opretholde fri handel på et åbent og konkurrencepræget marked. Det fremgår videre af forarbejderne, at der ved vurderingen af gennemsnitsforbrugers viden skal tages hensyn til alle relevante faktorer herunder den økonomiske kontekst, under hvilke omstændigheder produktet sælges, samt hvordan den pågældende handelspraksis præsenteres. Hensynet til sociale, kulturelle og sproglige forhold indebærer i øvrigt, at vurderingen af en handelspraksis kan være forskellig fra medlemsland til medlemsland.³¹⁰ De nationale domstole har således en vis fleksibilitet til at tilpasse standarden efter egne forhold, hvilket indebærer, at standarden ikke kan opnå fuldstændig harmonisering i EU.³¹¹

Overvejelser

Denne mulighed for nationale domstole synes at være modstridende i forhold til hensigten med harmoniseringsgraden af handelspraksisdirektivet. I handelspraksisdirektivets betragtning 12 er det netop anført, at der er et ønske om at fjerne hindringer, som skyldes divergerende bestemmelser vedrørende urimelig handelspraksis. Forbrugere og erhvervsdrivende skal derfor kunne “[...] sætte deres lid til en enkelt lovgivningsmæssig ramme, som er baseret på klart definerede retlige begreber.”³¹² Det forekommer uforeneligt med totalharmoniseringen, hvis selve definitionen af begreberne indebærer divergerende anvendelsesmuligheder afhængigt af

³⁰⁷ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 161

³⁰⁸ C-210/96, Gut Springenheide og Tusky mod Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, præmis 31

³⁰⁹ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 158

³¹⁰ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 8, s. 57

³¹¹ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 166

³¹² Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 12

medlemslandet. Desuden kan en sådan form for ‘national tilpasning’ skabe usikkerhed for de erhvervsdrivende, der faktisk har i sinde at tage højde for standarden for gennemsnitsforbrugeren, men ikke er bekendt med sociale, kulturelle og sproglige forhold i øvrige medlemslande. Denne usikkerhed kan særligt forestilles at ramme små og nyopstartede virksomheder, der ikke har samme økonomiske ressourcer som større virksomheder til at købe juridisk rådgivning eller opnå den nødvendige knowhow om forholdene i hvert medlemsland. Hvor store, kapitalstærke virksomheder kan investere i ekspertise og rådgivning på tværs af landegrænser, kan små virksomheder blive afskåret fra effektivt at navigere i forskellene og dermed risikere at overtræde reglerne uden at vide det – og måske vigtigst af alt uden at ville det.

Begrebet ‘gennemsnitsforbruger’ skal desuden hverken forstås som et statisk eller statistisk begreb. Det er i stedet et dynamisk vurderingskriterium, som de nationale domstole og myndigheder skal anvende i overensstemmelse med den praksis, der er udviklet af EU-Domstolen. Dette indebærer, at der i hvert enkelt tilfælde skal foretages en konkret vurdering med henblik på at fastslå, hvordan gennemsnitsforbrugeren må antages at reagere i den givne situation.³¹³ Gennemsnitsforbrugeren er således en normativ standard, da “[...] den er ment som et udtryk for, hvordan forbrugere bør agere (normativ vurdering) og ikke, hvordan de faktisk agerer.”³¹⁴

5.3. Samspil

Foruden e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13 tog EU-Domstolen i StWL ligeledes stilling til handelspraksisdirektivets sortliste nr. 2.³¹⁵ EU-Domstolen tog i den forbindelse stilling til, hvorvidt den i sagen omtalte reklamemeddelelse, som blev vist i brugernes private indbakke, og som var udformet som elektronisk post, var omfattet af begrebet ‘vedholdende og uønskede’ i relation til handelspraksisdirektivets sortliste, nr. 26.

I en periode på under en måned modtog de berørte brugere tre reklamemeddelelser i deres private indbakker. EU-Domstolen fandt, at der var tale om vedholdende reklamemeddelelser under hensyntagen til den hyppighed, som henvendelserne var forekommet i i en begrænset periode.³¹⁶ I forhold til hvorvidt reklamemeddelelserne var uønskede, udtrykte EU-Domstolen, at der i bedømmelsen skal lægges vægt på, om der foreligger et forudgående samtykke, samt

³¹³ Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring, de specielle bemærkninger til § 8, s. 58

³¹⁴ Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udg., Djøf Forlag, s. 157

³¹⁵ Vejledning til fortolkning og anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere på det indre marked, s. 102

³¹⁶ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 73

om der eventuelt gøres indsigelse mod henvendelserne. EU-Domstolen fandt i den pågældende sag, at brugerne havde gjort indsigelse mod henvendelserne.³¹⁷

Af dommen kan udledes, at en henvendelse kan være en urimelig handelspraksis efter handelspraksisdirektivets sortliste nr. 26, såfremt der er en tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter af visningen af reklamemeddelelserne, således der er tale om vedholdende henvendelser. Visningen af reklamemeddelelserne kan samtidig betragtes som uønsket, såfremt det godtgøres, at brugeren ikke har givet sit forudgående samtykke til visningen. En henvendelse, som anses for at være uanmodet kommunikation efter artikel 13, stk. 1 i e-databeskyttelsesdirektivet, kan derfor ligeledes falde ind under bestemmelsen i sortlistens nr. 26 i handelspraksisdirektivet, hvorefter en sådan handelspraksis under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelig. Hertil skal det dog bemærkes, at de to direktiver har forskellige beskyttelsesformål. E-databeskyttelsesdirektivet tilsigter at beskytte privatlivets fred, hvorimod handelspraksisdirektivet beskytter forbrugernes økonomiske interesser mod virksomheders urimelige handelspraksis.³¹⁸

Selvom en uønsket e-mail kan genere en forbruger, vil dette ikke nødvendigvis væsentligt forvride forbrugerens økonomiske adfærd. Fortsætter en erhvervsdrivende derimod med at sende vedvarende og uønskede e-mails, kan det ændre karakteren af handlingen, således at handlingen bliver aggressiv og dermed en urimelig handelspraksis. Således kan vedholdende og uønskede henvendelser være en urimelig handelspraksis, mens en enkelt handling i form af en uønsket henvendelse vil krænke forbrugerens ret til privatliv.³¹⁹ At en henvendelse er urimelig og dermed ulovlig efter handelspraksisdirektivets sortliste nr. 26 udelukker ikke, at henvendelsen ligeledes kan være forbudt efter artikel 13, stk. 1 i e-databeskyttelsesdirektivet. Idet der ses et samspil mellem de to direktivers bestemmelser, må det samme desuden antages at være gældende i national ret i forhold til de implementerede bestemmelser i markedsføringslovens §§ 7 og 10 samt sortlistens nr. 26. Det skal hertil bemærkes, at anvendelsesområderne for bestemmelserne dog er forskellige. De implementerede bestemmelser fra handelspraksisdirektivet beskytter alene forbrugere, hvorimod e-databeskyttelsesdirektivets implementerede bestemmelse i markedsføringslovens § 10, stk. 1 både beskytter forbrugere, erhvervsdrivende og

³¹⁷ C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz, præmis 74

³¹⁸ Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet), betragtning 8

³¹⁹ Handig, Christian, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?, 2005, European Business Law Review, Volume 16, Issue 5, s. 1122

offentlige myndigheder. Bestemmelsen i markedsføringslovens § 10, stk. 1 har dermed et bredere anvendelsesområde end de implementerede bestemmelser fra handelspraksisdirektivet.

Overvejelser

Ud fra ovenstående afsnit rejses spørgsmålet om valget mellem de ovenfor nævnte bestemmelser, herunder hvornår en bestemmelse anvendes frem for en anden. Det skal dog bemærkes, at sektorspecifikke bestemmelser har forrang for handelspraksisdirektivet,³²⁰ hvilket stemmer overens med princippet om *lex specialis*, hvorefter særlovgivning har forrang. Det samme må derfor gælde for markedsføringslovens bestemmelser. Teoretisk set betyder dette således, at i tilfælde af konflikt mellem bestemmelserne, må de implementerede bestemmelser fra handelspraksisdirektivet vige for bestemmelsen i markedsføringslovens § 10, stk. 1. Dette er måske mere en teoretisk betragtning, da valget mellem bestemmelserne ikke synes at være hverken omtalt eller problematiseret i retspraksis eller retslitteraturen.

6. Konklusion

Analyse af retstilstanden vedrørende uanmodet henvendelse ved brug af elektronisk post efter markedsføringslovens § 10, stk. 1 har belyst, at spamforbuddet sikrer effektiv beskyttelse af, at forbrugere, erhvervsdrivende og offentlige myndigheder ikke bliver overbebyrdet med adskillige uanmodede henvendelser. Spamforbuddet er en implementering af e-databeskyttelsesdirektivets artikel 13, stk. 1 og indeholder et forbud mod erhvervsdrivendes henvendelser til nogen ved brug af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring, såfremt modtageren ikke har givet sit forudgående samtykke hertil.

Henvendelsen skal forekomme fra en erhvervsdrivende, som er en, der udøver privat erhvervsvirksomhed eller offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet. Begrebet erhvervsdrivende er både funktionelt i den forstand, at det er den udøvende handling eller aktivitet, der er afgørende i vurderingen. Begrebet er tillige af objektiv karakter, hvorfor der ikke skal tages hensyn til den erhvervsdrivendes viden (knowhow) eller andre subjektive

³²⁰ Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene ledsagedokument til meddelelse fra kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg og Regionsudvalget. En omfattende tilgang til stimulering af grænseoverskridende e-handel for europæiske borgere og virksomheder, SWD/2016/0163 final, afsnit 4.5, s. 102

forhold. Henvendelsen skal være rettet mod nogen, hvilket betyder, at modtageren af en uanmodet henvendelse kan være alle og enhver, og henvendelse kan være rettet mod en eller flere bestemte personer.

Den pågældende henvendelse skal desuden være med henblik på direkte markedsføring. Her ved forstås, at en erhvervsdrivende retter henvendelse til en bestemt person med henblik på markedsføring. To kriterier skal således være opfyldt, dels at henvendelsen indeholder markedsføring, og dels at henvendelsen er direkte. Forbrugerombudsmanden synes i relation hertil at lægge vægt på, hvorvidt formålet med henvendelsen er markedsføring af den erhvervsdrivende, og om den har kommerciel værdi for den erhvervsdrivende.

Ved vurderingen af, hvorvidt en henvendelse ved brug af elektronisk post er omfattet af spamforbuddet, skal der anlægges en bred fortolkning, som til enhver tid skal følge den teknologiske udvikling i samfundet. Denne tilgang stemmer overens med markedsføringslovens teknologi-neutrale udformning og karakter, hvortil spamforbuddet i særdeleshed er relevant, idet bestemmelsen indeholder en betingelse om, at der skal være gjort brug af elektronisk post. Analysen i specialet har vist, at den teknologiske udvikling, herunder særligt brugen af sociale medier og apps, udfordrer forståelsen af elektronisk post som begreb. Det er i den forbindelse belyst i praksis fra særligt Forbrugerombudsmanden, at bestemmelsens formål tillægges stor betydning i vurderingen af elektronisk post, snarere end selve den anvendte teknologi. Forbrugerombudsmanden har vurderet, at elektronisk post på sociale medier eksempelvis omfatter notifikationer og beskeder samt tagging af andre. Elektronisk post omfatter derimod ikke news feed.

Den erhvervsdrivende må ikke rette henvendelse ved brug af elektronisk post, medmindre modtageren aktivt har tilvalgt det ved at have givet forudgående samtykke hertil. Der er således tale om en opt-in løsning, hvor det er op til modtageren selv at tilvælge, hvilke henvendelser vedkommende ønsker at modtage. Et gyldigt samtykke forudsætter, at det er indhentet på lovlig vis, og at det er udtryk for en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse. Indhentelsen af et samtykke kan blandt andet ske ved brug af forskellige incitamenter, herunder deltagelse i konkurrencer. Såfremt et samtykke er indhentet på ulovlig vis, vil samtykket være

ugyldigt, og efterfølgende henvendelser ved brug af elektronisk post vil være i strid med spamforbuddet. Inden afgivelse af samtykke, skal vedkommende oplyses om muligheden for tilbagekaldelse af samtykket. Tilbagekaldelsen skal være let og gebyrfrit for modtageren.

Markedsføringsloven indeholder flere bestemmelser vedrørende uanmodede henvendelser ved brug af elektronisk post. Foruden markedsføringslovens § 10, stk. 1, indeholder sortlistens nr. 26 et forud mod vedholdende og uønskede henvendelser. Uanmodede henvendelser kan desuden efter en konkret vurdering være en aggressiv handelspraksis efter markedsføringslovens § 7. Bestemmelserne er en implementering af handelspraksisdirektivet, som beskytter forbrugernes økonomiske interesser. En henvendelse ved brug af elektronisk post kan herefter både være omfattet af spamforbuddet og kan udgøre en urimelig handelspraksis.

Afslutningsvis kan det konkluderes, at spamforbuddet spiller en vigtig rolle i balancen mellem effektiv markedsføring og retten til privatliv, og at spamforbuddet fortsat vil være genstand for fortolkning og ikke mindst tilpasning i overensstemmelse med den teknologiske udvikling.

Litteraturliste

Love, bekendtgørelser og direktiver

- Direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren (ISDN-direktivet)
- Direktiv 97/7/EF af 20. maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (fjernsalgsdirektivet)
- Lov om ændring af lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love, lov nr. 442 af den 31. maj 2000
- Lov om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel, lov nr. 227 af den 22. april 2002 (e-handelsloven)
- Direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet)
- Direktiv 2005/29 af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked (handelspraksisdirektivet)
- Lov om markedsføring, lov nr. 1389 af 21. december 2005
- Direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 om ændring af direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-Privacydirektivet)
- Lov om markedsføring, lov nr. 426 af 3. maj 2017
- Bekendtgørelse nr. 1249 af 25. november 2014 om regler for Forbrugerombudsmandens virksomhed
- Lov om ændring af lov af markedsføring, nr. 1309 af den 6. december 2019
- Direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder

Forarbejder og betænkninger

- Lovforslag nr. 213 af den 1. marts 2000 til lov om visse forbrugeraftaler, markedsføringsloven og visse andre love
- Lovforslag nr. 13 af den 6. oktober 2005 til lov om markedsføring
- Lovforslag nr. 40 af den 12. oktober 2016 til lov om markedsføring
- Lovforslag nr. 32 af den 3. oktober 2019 til lov om ændring af lov om markedsføring
- Betænkning nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning, 2005

- Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor, KOM(2000)385, 2000/0189 (COD)

Vejledninger, retningslinjer og rapporter

- Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016
- Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af konkurrencer og lignende til indhentelse af samtykke til markedsføring, 2021
- Forbrugerombudsmandens vejledning om spamforbuddet, 2021
- Forbrugerombudsmandens retningslinjer om offentliggørelse af brugeranmeldelser, 2015
- Vejledning til fortolkning og anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked

Bøger

- Evald, Jens, At tænke juridisk, 2019, 5. udgave, Djøf Forlag
- Heide-Jørgensen, Caroline, Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2022, 5. udgave, Djøf Forlag
- Mortensen, Bent Ole Gram og Steinicke, Michael, Dansk markedsret, 2022, 6. udgave, Djøf Forlag
- Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 2022, 3. udgave, Djøf Forlag
- Riis, Thomas, Møgelvang-Hansen, Thomas og Trzaskowski, Jan, Markedsføringsretten, 2022, 4. udgave, Ex Tuto Publishing A/S
- Sørensen, Marie Jull, Samtykke, 2024, 1. udgave, Ex Tuto Publishing
- Sørensen, Marie Jull, Forbrugerbegrebet i retligt perspektiv, 2024, 1. udgave, Djøf Forlag
- Trzaskowski, Jan, Bergqvist, Christian, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Kirk, Hanne, Lentz, Lene Wachter, Riis, Thomas, Sørensen, Marie Jull, Internetretten, 2024, 4. udgave, Ex Tuto Publishing A/S

Domme

- U.2002.2277/2S
- U.2007.2905H
- Sø- og Handelsrettens dombog, afsagt den 23. januar 2007. Dommens sagsnummer M-0007-05
- Retten i Kolding, afsagt den 5. maj 2022. Rettens nr. 1-7950/2021 (bilag 4)
- C-774/19, Personal Exchange International
- C-105/17, Kamenova
- C-102/20, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz
- C-673/17, Planet 49
- C-210/96, Gut Springenheide og Tusky mod Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt
- C-281/12, Trento Sviluppo og Centrale Adriatica

Afgørelser og sager

- European Data Protection Board, “Opinion 08/2024 on Valid consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms”, 17. april 2024
- FKN 17/01534-32
- FKN 17/02094-13
- FOM 09/0078
- FOM 10/09158
- FOM 10/09924
- FOM 13/06976
- FOM 13/07566 (bilag 3)
- FOM 13/12874 (bilag 3)
- FOM 15/01605 (bilag 3)
- FOM 15/03380
- FOM 15/09244 (bilag 3)
- FOM 15/09442 (bilag 3)
- FOM 16/06152 (bilag 3)
- FOM 16/07812-14 (bilag 3)
- FOM 17/04792 (bilag 3)
- FOM 18/05121-7 (bilag 3)

- FOM 18/05647 (bilag 3)
- FOM 18/07628-6 (bilag 3)
- FOM 18/08504 (bilag 3)
- FOM 18/16364 (bilag 3)
- FOM 19/02390-41 (bilag 3)
- FOM 19/05166 (bilag 3)
- FOM 19/11607-2 (bilag 3)
- FOM 20/05877-6 (bilag 3)
- FOM 20/06277-2 (bilag 3)
- FOM 20/07296
- FOM 21/05690 (bilag 3)
- FOM 21/12153 (bilag 3)
- FOM 21/11775 (bilag 3)
- FOM 21/13052 (bilag 3)
- FOM 22/00949 (bilag 3)
- FOM 22/08580 (bilag 3)
- FOM 22/08714 (bilag 3)
- FOM 24/09055 (bilag 3)
- FOM 24/08906 (bilag 3)
- FOM 24/10849 (bilag 3)
- FOM 24/12934 (bilag 3)
- FOM 25/03363 (bilag 3)
- FOM 25/03826-3 (bilag 3)

Artikler

- Frost, Kim, Regulering og Sanktionering af spam, U.2006b.115
- Handig, Christian, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?, 2005, European Business Law Review, Volume 16, Issue 5
- Trzaskowski, Jan, Unsolicited Communication in Social Media, 2014, Journal Article, European Business Law Review