

U.2010B.145

EU-ret 2 - Markedsret 1.4, 1.5 og 1.7.

Om den unionsretlige markedsføringsret

I to domme fastslår EU-domstolen, at handelspraksisdirektivet (2005/29) er til hinder for to nationale forbud mod henholdsvis kombinationstilbud og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer. Medlemsstaterne kan ikke vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end dem, som fremgår af direktivet. Heller ikke med henvisning til at der er tale om rent nationale forhold, eller at det skal sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. Dommene nødvendiggør væsentlige ændringer af bl.a. markedsføringsloven, herunder at lovens forbud mod rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer må ophæves. I artiklen diskuteres dommene, konsekvenserne heraf samt perspektiverne for den unionsretlige markedsføringsret.

Af Jan Trzaskowski, lektor, ph.d., Juridisk Institut, CBS Handelshøjskolen i København

1. Problemstillingen

1.1. De danske specialbestemmelser

Der har været en del forsøg på at aflive specialbestemmelserne i den danske markedsføringslov. På baggrund af to domme fra EU-domstolen må det fastslås, at handelspraksisdirektivet (2005/29) er til hinder for de danske forbud mod rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer.

Bestemmelserne om tilgift og mængdebegrænsning blev ophævet den 1. januar 2007. Til gengæld blev der indført en ny § 9 med informationskrav ved brug af »salgsfremmende foranstaltninger«. Oprindeligt var der også lagt op til at ophæve forbuddene vedrørende rabatmærker (§ 10) og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer (§ 11). Disse bestemmelser blev dog opretholdt i det vedtagne lovforslag.[1]

I forbindelse med implementeringen af servicedirektivet (2006/123) overvejedes det også at ophæve forbuddet mod rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer.[2] Kommissionen gav under et møde med Økonomi- og Erhvervsministeriet udtryk for, at servicedirektivet ikke indebærer et krav om, at specialbestemmelserne skal ophæves fsva. rent nationale forhold (»nationale virksomheder«).[3] For tjenesteydere, som fra et andet EU/EØS-land leverer tjenesteydelser i Danmark, udgør forbuddene dog en potentiel hindring af den fri udveksling af tjenesteydelser.[4] Servicedirektivets artikel 16 fandtes dog ikke at være til hinder for, at medlemslandene opretholder deres krav over for hjemlige erhvervsdrivende.[5] Det er nu præciseret i henholdsvis § 10, stk. 1, 2. pkt., og § 11, stk. 4, at forbuddene ikke finder anvendelse på tjenesteydere, som er etableret i et andet EU/EØS-land, og som midlertidigt leverer tjenesteydelser i Danmark.[6]

Sideløbende med forhandlingerne om handelspraksisdirektivet har man i EU forsøgt at regulere »salgsfremmende foranstaltninger«,[7] som bl.a. ville indebære en harmonisering af regler om rabat, herunder tidsbegrænsede tilbud om tilgift og kuponer m.v. Dette lidet smukke forordningsforslag, som ville indebære en ophævelse af de danske specialbestemmelser, blev trukket tilbage efter vedtagelsen af handelspraksisdirektivet.

1.2. Sagerne

EU-domstolen har i de forenede sager C-261/07 og C-299/07 (henholdsvis »Total« og »Sanoma«) samt i sag

146

304/08 (»Plus«) taget stilling til et belgisk forbud mod kombinationstilbud[8] og et tysk forbud mod købsbetingede konkurrencer.[9] Spørgsmålet i sagerne var grundlæggende, om handelspraksisdirektivet

er til hinder for opretholdelsen af sådanne forbud, som ikke tager hensyn til særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde (forbud, der gælder »under alle omstændigheder«).

I Total-sagen tilbød en belgisk benzinvirksomhed tre ugers gratis autohjælp til medlemmer af et loyalitetsprogram for hver gang, de tankede 25 eller 10 liter benzin til henholdsvis bil eller motorcykel. Sagen blev anlagt af en konkurrerende virksomhed inden for autohjælperbranchen (VTB-VAB). Sanoma-sagen vedrørte en udgave af ugemagasinet »Flair«, hvori fandtes en rabat kupon, som i perioden 13. marts til 15. maj 2007 gav en rabat på 15-25% ved køb i en række lingeributikker i Flandern. Sagen blev anlagt af en konkurrerende belgisk lingeributik (Galatea).

Plus-sagen vedrørte en tysk detailhandelsvirksomheds lancering i 2004 af kampagnen »Ihre Millionenchance« (»din chance for at vinde millioner«), hvor forbrugere kunne samle point ved at købe varer i Plus' forretninger. En optjening på 20 point gav adgang til deltagelse i to udtrækninger af Deutscher Lottoblock (national forening med 16 lotteriselskaber). Sagen blev anlagt af en tysk forening til bekæmpelse af illoyal konkurrence (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV).

Domstolen fandt ikke overraskende, at kombinationstilbud og købsbetingede konkurrencer er en handelspraksis (»commercial practice«), som defineret i handelspraksisdirektivets artikel 2, stk. 1, litra d.[10] I Plus-sagen understreges det, at sådanne købsbetingede konkurrencer »klart er omfattet af en erhvervsdrivendes forretningsstrategi og direkte tilsigter promovning og salgsfremme for denne«.[11] Der blev argumenteret for, at disse salgsfremmende foranstaltninger skulle falde uden for direktivet på grund af de sideløbende forhandlinger om forordningen om salgsfremmende foranstaltninger. EU-domstolen afviste dog denne indsigelse med henvisning til direktivets brede anvendelsesområde.[12]

Sagerne vedrører forhold, hvor man har anvendt nationale regler over for nationalt etablerede selskaber. Den belgiske sag vedrørte dog datterselskaber til henholdsvis det franske olieselskab Total og den finske mediekoncern Sanoma. Dette grænseoverskridende ejerforhold er ikke tillagt betydning i dommen. I Plus-sagen fastslog domstolen med henvisning til direktivets artikel 3, at direktivet gælder for »virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere«, og at anvendelsen af direktivet derfor ikke er betinget af tilstedeværelsen af en tilknytning til udlandet (præmis 28). Domstolen fastslår, at direktivet er udtryk for totalharmonisering, som bl.a. indebærer, at medlemsstaterne ikke kan vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end dem, der fremgår af direktivet. Heller ikke med henvisning til at der er tale om rent nationale forhold, eller at det skal sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.[13]

1.3. Handelspraksis, som under alle omstændigheder er urimelig

Handelspraksisdirektivet indeholder i bilag I en udtømmende fortegnelse over 31 former for handelspraksis, som *under alle omstændigheder* betragtes som urimelige. Det fremgår af artikel 5, stk. 5, at fortegnelsen skal anvendes i alle medlemsstater og kun må ændres ved en revision af direktivet. Domstolen fandt ikke, at de to nationale forbud kunne rummes inden for nogen af de i bilaget oplyste forbud.

Selv om både det belgiske og tyske forbud indeholdt visse undtagelser, fandt domstolen, at der var tale om forbud, der gælder »under alle omstændigheder«. Det vil sige, at der er tale om et generelt forbud, som ikke tager udgangspunkt i hver enkelt sags faktuelle sammenhæng. Med henvisning til at direktivets bilag I udtømmende opregner de former for handelspraksis, som kan forbydes uden en vurdering i hvert enkelt tilfælde, fandtes direktivet at være til hinder for det belgiske forbud mod kombinationstilbud og det tyske forbud mod købsbetingede konkurrencer.[14]

Forhold, som ikke er opført i bilaget, skal ifølge handelspraksisdirektivet behandles konkret efter direktivets generelle forbud mod urimelig handelspraksis i artikel 5 til 9. Efter direktivets artikel 5, stk. 2, er en handelspraksis urimelig, hvis a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt og b) væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den

147

økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den.[15]

Generaladvokaten synes i Total- og Sanoma-sagen at acceptere, at forbud kan opretholdes, hvis det generelt kan siges at forbyde aktiviteter, som både strider imod kravet om erhvervsmæssig diligenspligt, og som væsentligt forvrider forbrugeres økonomiske adfærd (punkt 82f.). Generaladvokaten fandt dog ikke, at kombinationstilbud under alle omstændigheder opfylder begge kriterier. I modsætning til generaladvokaten synes domstolen i præmis 59 at forkaste en løsningsmodel, hvor visse forhold altid anses for at opfylde de nævnte kriterier. I Plus-sagen, som vedrørte den tyske markedsføringsret, er det væsentligt at bemærke, at forbuddet mod købsbetingede konkurrencer er formuleret som en eksemplificering af hovedbestemmelsen (UWG, § 3), som forbyder urimelige handlinger, som *ikke ubetydeligt* kan påvirke markedet. Der kan således argumenteres for, at der ikke er tale om et forbud, der gælder under alle omstændigheder.

2. Det harmoniserede område

2.1. Formål og anvendelsesområde

Efter den danske markedsføringslov skal god markedsføringsskik udvises under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. *Formålet* med handelspraksisdirektivet er ifølge artikel 1 bl.a. at harmonisere regler om »urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser«.[16] I betragtningerne 6, 7, 10 og 12 anvendes den samme terminologi. Det fremgår af artikel 3, stk. 1, at *anvendelsesområdet* for direktivet er »urimelig handelspraksis over for forbrugerne« (»business-to-consumer«). Dette begreb er defineret i artikel 2, stk. 1, litra d. Direktivets titel antyder også, at det angår »handelspraksis over for forbrugerne«. Der er således ikke umiddelbart overensstemmelse mellem direktivets formål og dets anvendelsesområde.

I direktivets artikel 4 om det indre marked, jf. nedenfor under 3, henvises til ». . . de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse«, hvilket umiddelbart må forstås som en henvisning til formålsbestemmelsen, som i modsætning til artikel 3, stk. 1, omtaler, hvilket område der *tilnærmes*. Til sammenligning har vildledningsdirektivet (2006/114) ikke på samme måde defineret sit anvendelsesområde, men blot angivet sit formål, som bl.a. er at ». . . beskytte erhvervsdrivende

mod vildledende reklame og de urimelige følger heraf . . .«, hvilket både kan udlægges som markedsføring, der »skader erhvervsdrivendes økonomiske interesser«, og markedsføring »over for erhvervsdrivende«.

Forskellen mellem handelspraksisdirektivets anvendelsesområde og dets formål kan illustreres med to eksempler: 1) Markedsføring, som indeholder nedsættende omtale af en konkurrent (misrekommandering), vil ofte være rettet mod forbrugere. Der er således tale om en handelspraksis over for forbrugere (inden for anvendelsesområdet), men som primært vedrører konkurrenternes økonomiske interesser (uden for formålet). 2) Forhandlerpræmiering er en markedsføringsforanstaltning, som er rettet mod erhvervsdrivende (uden for anvendelsesområdet), og hvor forhandlere præmieres for salg af bestemte produkter, som dermed kan bevirke, at forbrugere ikke får uvildig rådgivning af forhandleren - dvs. det skader forbrugernes økonomiske interesser (inden for formålet).[17]

I Plus-sagen tog domstolen eksplicit stilling til dette spørgsmål efter indsigelse fra den tjekkiske og den østrigske regering. Regeringerne fremførte, at det tyske forbud mod købsbetingede konkurrencer i modsætning til handelspraksisdirektivet ikke har en beskyttelse af forbrugerne som hovedformål, men en beskyttelse af konkurrenterne mod urimelig handelspraksis.[18] Domstolen understreger i den forbindelse, at handelspraksisdirektivet har et »særligt bredt materielt anvendelsesområde, som omfatter enhver handelspraksis, der har relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne«. Domstolen har derved taget udgangspunkt i anvendelsesområdet, som defineret i artikel 3, stk. 1, uden at reflektere over formålet med den nationale bestemmelse.

Formålet med den tyske lov, som er behandlet i Plus-sagen, er bl.a. at beskytte konkurrenter, forbrugere og andre markedsdeltagere mod illoyal konkurrence. Med henvisning hertil anfører domstolen, at den tyske lov udtrykkeligt har til formål at beskytte forbrugerne og ikke *udelukkende* at beskytte konkurrenterne og de øvrige markedsaktører.[19] På baggrund af de to domme må det konstateres, at handelspraksisdirektivet harmoniserer *urimelig handelspraksis over for forbrugerne*. EU-domstolen tillægger det således ikke umiddelbart betydning, hvilke hensyn der ligger bag den

148

pågældende regel, men lægger vægt på, hvem der bliver udsat for den pågældende handelspraksis.

Det fremgår af direktivets 6. betragtning, at der ved direktivet foretages en tilnærmelse af love om urimelig handelspraksis, som *direkte* skader forbrugernes økonomiske interesser, og at direktivet hverken omfatter eller berører nationale love om urimelig handelspraksis, som *udelukkende* skader konkurrenternes økonomiske interesser. Med henvisning til betragtning 6 anfører domstolen i Plus-sagen, at det kun er urimelig handelspraksis, som *udelukkende* skader konkurrenters økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende, der falder uden for anvendelsesområdet.[20] Ordlyden i betragtningen kan dog også forstås således, at sådanne situationer *i hvert fald* falder uden for. Betragtningen tager ikke eksplicit stilling til situationer, som ikke udelukkende skader konkurrenter, og hvor forbrugerne kun skades indirekte.

Det fremgår endvidere af direktivforslaget,[21] at f.eks. nedvurdering af en konkurrent falder uden for direktivets anvendelsesområde - selv om markedsføringen måtte være rettet mod forbrugere. Tilsvarende fremgår det, at »forvekslende markedsføring (der blandt forbrugerne skaber risiko for forveksling af særlige tegn og/eller produkter) falder inden for anvendelsesområdet«. Forarbejderne taler således for, at der i direktivets anvendelsesområde skal tages udgangspunkt i, hvilke interesser der skades - og ikke hvem markedsføringen er rettet mod.

2.2. Særligt om smag og anstændighed

Det fremgår af handelspraksisdirektivets betragtning 7, at direktivet ikke vedrører lovmæssige krav med hensyn til smag og anstændighed (»taste and decency«), som f.eks. omfatter forhold vedrørende diskrimination og etik samt reklamer, som opfordrer til farlig adfærd.[22] Medlemsstaterne kan i henhold til betragtningen forbyde visse former for handelspraksis på deres område under henvisning til smag og anstændighed, uanset at sådanne former for praksis ikke begrænser forbrugernes valgfrihed. Betragtningen må umiddelbart forstås således, at der skal lægges vægt på formålet med et givent indgreb - i tråd med den formulering, der er anvendt i direktivets formål, jf. diskussionen ovenfor.

Undtagelsen kan ifølge betragtningen vedrøre f.eks. kundehvervning på gaden. På den baggrund har man ved den danske implementering fastholdt forbrugerftalelovens forbud mod uanmodet henvendelse.[23] Til sammenligning og for at illustrere kvalifikationsproblematikken kan det nævnes, at EU-domstolen i Buet-sagen (C-382/87) fandt, at et forbud mod uanmodede henvendelser (»canvassing«) vedrørte forbrugerinteresser (præmis 17).

Der er ikke med dommene skabt klarhed over, hvad der falder under smag og anstændighed. I lyset af de to domme må direktivets anvendelsesområde forstås ganske bredt og »forhold vedrørende smag og anstændighed« ganske snævert. Det skal dog næppe fortolkes så snævert, at det kun er forhold, som *udelukkende* vedrører smag og anstændighed, som er undtaget fra direktivets anvendelsesområde. Det ville i givet fald medføre, at kundehvervning på gaden nødvendigvis må være omfattet af direktivet. Det skal for en god ordens skyld bemærkes, at denne »undtagelse« alene fremgår af en præmis i direktivet.

3. Totalharmonisering og det indre marked

3.1. Retsgrundlaget

Domstolen fastslår i begge sager, at handelspraksisdirektivet udgør en udtømmende harmonisering af reglerne om virksomhedernes urimelige handelspraksis over for forbrugerne. Det indebærer, at der skal gælde de samme regler i alle lande - uanset om der er et grænseoverskridende element eller ej. Der findes holdepunkter for dette i bl.a. artikel 3, hvor der bl.a. findes undtagelser for finansielle tjenesteydelser, fast ejendom, og regler, som er implementeret i medfør af minimumsdirektiver. I disse tilfælde kan medlemsstaterne stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive. Ligeledes fremgår det af artikel 5, stk. 5, at fortegnelsen i bilag I skal anvendes i alle medlemsstater, og kun må ændres ved en revision af direktivet.

Totalharmoniseringen i handelspraksisdirektivet må udledes af en fuldstændig harmonisering i kombination med fraværet af en minimumsklausul. Hvis der anlægges det brede anvendelsesområde, som EU-domstolen anvender (»markedsføring rettet mod forbrugere«), er det uproblematisk at antage, at der er fuld harmonisering. Hvis man derimod tog udgangspunkt i direktivets formål (»forbrugernes økonomiske interesser«), havde det været anderledes problematisk, fordi der alene ville være tale om en delvis harmonisering, idet forbrugernes og de erhvervsdrivendes økonomiske interesser hænger uløseligt sammen i de fleste situationer inden for markedsføringsretten.

149

3.2. Indre markeds-klausulen

Det fremgår af handelspraksisdirektivets artikel 4 under overskriften »det indre marked«, at medlemsstaterne »hverken [må] begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse«. Ordlyden af artikel 4 fokuserer således på grænseoverskridende forhold og ikke på forhold, som kan karakteriseres

som rent nationale. I forslaget til handelspraksisdirektivet[24] angives også, at der er tale om en indre markeds-klausul, som indebærer et princip om gensidig anerkendelse (afsnit 30).

I begge domme fastslås, at medlemsstaterne, som det *udtrykkeligt* fastslås i direktivets artikel 4, derfor ikke kan vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end dem, der fremgår af direktivet, ej heller med henblik på at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.[25] Henvisen til artikel 4 forekommer ikke umiddelbart logisk, da bestemmelsen efter sin ordlyd og forarbejderne fokuserer på gensidig anerkendelse i det indre marked. Indebærer direktivet totalharmonisering, vil det fastsætte en unionsretlig standard for *almene tvingende hensyn*,[26] som er hensyn, der kan legitimere restriktioner af den fri udveksling i det indre marked. Det betyder i så fald, at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig yderligere hensyn inden for det harmoniserede område. Derved sikres den fri udveksling gennem de almindelige bestemmelser om det indre marked, og artikel 4 ville derfor være overflødig.

Hvis det var tanken, at klausulen i artikel 4 skulle omfatte mere end det, der rent faktisk harmoniseres i direktivet, synes det u hensigtsmæssigt, at klausulen henviser til »de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse«. Det fremgår af handelspraksisdirektivets betragtning 5, at man med direktivet ønsker at fjerne de legitime hindringer for fri udveksling og etablering, som kan begrundes i [tvingende] almene hensyn. Dette mål kunne opnås ved at fortolke direktivets artikel 4 som en indre markeds-klausul, der alene vedrører den fri udveksling. I så fald ville handelspraksisdirektivet fastlægge unionsretlige tvingende almene hensyn, men overlade det til medlemsstaterne at regulere rent nationale forhold. Dette ville være i tråd med ordlyden i artikel 4, samt undtagelserne i direktivets artikel 3, og bilag I's udtømmende karakter ville fortsat give mening. Dette ville også gøre det uproblematisk at fortolke det harmoniserede område i overensstemmelse med formålet (»forbrugernes økonomiske interesser«), jf. diskussionen ovenfor under 2.1.

Indre markeds-klausuler kan udlægges som en mellemløsning mellem total- og minimumsharmonisering. Sådanne klausuler regulerer således grænseoverskridende forhold, men overlader regulering af nationale og lokale forhold til medlemsstaterne. Der er anvendt varianter af tilsvarende indre markeds-klausuler i bl.a. e-handelsdirektivet (2000/31),[27] servicedirektivet (2006/123) og medietjenestedirektivet (2007/65).[28] Brugen af indre markeds-klausuler er også udbredt inden for bl.a. regulering af pengeinstitutter.[29] Der er intet, der taler for, at disse klausuler i sig selv medfører totalharmonisering.

Service-direktivets kapitel IV, afdeling 1, indeholder bestemmelser for »fri udveksling af tjenesteydelser og undtagelser herfra«, som jf. Kommissionens tidligere udtalelser indebærer, at man kan opretholde strengere nationale regler for markedsføring - forudsat, at reglerne ikke gælder for udenlandske virksomheder, og derved hindrer den *fri udveksling af tjenesteydelser*. I e-handelsdirektivets indre markeds-klausul har man defineret et »koordineret område«, som er væsentlig bredere end det område, der reelt harmoniseres i direktivet.[30] Formålet er at sikre fri udveksling af varer og tjenesteydelser på områder, som ikke er harmoniseret i direktivet.

Med de to domme er der ingen tvivl om, at direktivet er udtryk for totalharmonisering. Ønsket om at indføre totalharmonisering i handelspraksisdirektivet kunne dog fremgå klarere af direktivet. Til sammenligning fremgår det f.eks. af forslaget til direktiv om forbrugerrettigheder[31] noget klarere, når der i en tilsvarende artikel 4 under overskriften »fuld harmonisering« angives, at »[m]edlemsstaterne kan ikke i national ret beholde eller indføre bestemmelser, der fraviger dem, der er fastsat i dette direktiv, herunder strengere eller lempeligere bestemmelser, for at sikre et andet forbrugerbeskyttelsesniveau«. En forordning havde i øvrigt været et mere passende retligt instrument, idet Kommissionen ifølge sin egen hvidbog bør overveje dette

150

reguleringsinstrument, når der er behov for ensartet anvendelse og retssikkerhed i hele EU.[32]

3.3. Paradigmeskift?

Med henvisning til Kommissionens strategi for forbrugerpolitikken 2002-2006 er der argumenteret for, at direktivet er et led i et paradigmeskift fra minimumsharmonisering til totalharmonisering inden for den unionsretlige forbrugerret.[33] Det fremgår af strategiens punkt 3.1.2.1 om handelspraksis, at »der er [endvidere] behov for en gennemgang og reform af gældende EU-direktiver om forbrugerbeskyttelse for derigennem at ajourføre dem og gradvist gå fra minimumsharmoniserede foranstaltninger til 'fuldt harmoniserede' foranstaltninger [...] forudsat, at der opnås et tilstrækkeligt niveau af harmonisering, kan fremgangsmåden med oprindelsesland anvendes på de resterende områder«. Rådet har i deres resolution vedrørende Kommissionens strategi endvidere opfordret Kommissionen til bl.a. at prioritere et højt forbrugerbeskyttelsesniveau.[34] Handelspraksisdirektivet, som fortolket af EU-domstolen, kan ikke siges at afspejle denne målsætning, som kun genfindes i direktivets formålsbestemmelse.

Man kunne argumentere for, at indre markeds-klausulen har fungeret som en politisk afledningsmanøvre i direktivforhandlingerne. Medlemsstaterne har ikke nødvendigvis været klar over konsekvenserne af uklarhederne i direktivet, og de to domme har tilsyneladende medført overraskelser i flere medlemsstater. I Plus-sagen gav således ni regeringer indlæg. Bl.a. den spanske regering gjorde gældende, at der var tale om et rent nationalt forhold. Den finske regering påpegede indledningsvis, at direktivets formål også er at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau, og mente sammen med andre regeringer, at det tyske forbud er en (lovlig) konkretisering af forbuddet i handelspraksisdirektivet. Endelig anførte de polske, tjekkiske og østrigske regeringer, at direktivet ikke skulle finde anvendelse, da den tyske bestemmelse har til formål at beskytte konkurrenterne.[35]

4. Hvad betyder dommene for den danske lovgivning?

4.1. Håndhævelsen af den danske markedsføringsret

Handelspraksisdirektivet vil i lyset af de to domme få væsentlig betydning for de danske regler om urimelig handelspraksis over for forbrugere. Både domstolene og Forbrugerombudsmanden skal fortolke de danske regler i lyset af handelspraksisdirektivet og den tilknyttede retspraksis. På baggrund af Total- og Sanoma-sagen har Forbrugerombudsmanden sat håndhævelsen af forbuddet mod henholdsvis rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer i bero.[36] Direktivets systematik må dog også inddrages i andre forhold, hvor der er tale om en *handelspraksis over for forbrugere*.

De to domme behandler hovedsageligt spørgsmålet om *forbud, som gælder under alle omstændigheder*, hvilket især har betydning for fortolkningen og håndhævelsen af markedsføringslovens specialbestemmelser. Dommene kan dog også få betydning for andre bestemmelser i markedsføringsloven samt andre erhvervsretlige love, der regulerer forhold, som kan henføres til erhvervsdrivendes handelspraksis over for forbrugere. Der er dog endnu ikke fuld klarhed over direktivets anvendelsesområde, herunder især undtagelsen vedrørende smag og anstændighed. Det er også uklart om f.eks. promovning af en virksomhed (»branding«) er omfattet af direktivet, som i definitionen af handelspraksis (artikel 2, stk. 1, litra d) lægger vægt på, at der skal være en »direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugere«.

EU-domstolen har forholdt sig til direktivets anvendelsesområde, harmoniseringsgraden, og hvorvidt medlemsstater kan opretholde forbud, som gælder under alle omstændigheder. Domstolen har dog navnlig ikke givet svar på, hvad der skal forstås ved urimelig handelspraksis. Der foreligger således et langt, sejt træk, hvor den unions-

retlige markedsføringsret skal defineres. Der må i den nærmeste fremtid forventes en del anmodninger til EU-domstolen om præjudiciel afgørelse til fortolkning af handelspraksisdirektivet.

4.2. Markedsføringslovens specialbestemmelser

4.2.1. Oversigt

De specielle markedsføringsforbud i markedsføringsloven er udtryk for, hvilke bestemte handlinger lovgivningsmagten på givne tidspunkter har ment burde forbydes. Bl.a. fordi handlingerne af større kredse er blevet anset for uønskede, og fordi strafsanktionen er anset for

151

nødvendig for at modvirke overtrædelser.[37] Flere af de danske specialbestemmelser indeholder, som i den belgiske og tyske lov, *forbud, som gælder under alle omstændigheder*. Regler, der implementerer unionsretlig regulering, som f.eks. spamforbuddet (§ 6), kan opretholdes.[38] Hvis der er tale om fastlæggelse af strengere regler i medfør af en minimumsklausul, kan disse regler opretholdes indtil 12. juni 2013, jf. direktivets artikel 3, stk. 5.

I markedsføringsloven er det især bestemmelserne om aggressiv markedsføring rettet mod børn og unge (§ 8, stk. 2), rabatmærker (§ 10) og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer (§ 11), der indeholder forbud, som gælder under alle omstændigheder. Det samme gælder muligvis for bestemmelsen om forretningskendetegn (§ 18), jf. ovenfor under 2.1.[39] Beskyttelsen af børn og unge i § 8, stk. 2, kan muligvis opretholdes afhængig af fortolkningen af undtagelsen vedrørende smag og anstændighed, jf. ovenfor under 2.2.[40]

Andre bestemmelser i markedsføringsloven indeholder et *indirekte forbud*, som f.eks. kravet i § 4, om, at en reklame skal fremstå således, at den klart vil blive opfattet som en reklame. Bestemmelsen indebærer i sagens natur et forbud mod reklame, der ikke klart vil blive opfattet som sådan. Punkt 11 i bilag I til handelspraksisdirektivet indfører et noget snævrere forbud mod skjult og *betalt* promovning af produkter i *redaktionelt indhold* i medierne. Der findes ligeledes sådanne indirekte forbud i reglerne om vejledning (§ 7), salgsfremmende foranstaltninger (§ 9), garantier (§ 12, stk. 1), prisoplysninger (§ 13) og organiseret rabat (§ 16).

Ifølge dommene er det udelukkende de 31 specialforbud, som findes i direktivets bilag I,[41] der kan anvendes uden en konkret vurdering af, om der foreligger aktuel eller potentiel økonomisk forvriddning af forbrugernes økonomiske interesser. For så vidt angår markedsføringslovens specialbestemmelser, må det umiddelbare udgangspunkt være, at de ligesom det belgiske forbud er i strid med handelspraksisdirektivet.

Forbuddene kan opretholdes med henblik på (udelukkende) at beskytte erhvervsdrivende, jf. dog diskussionen ovenfor under 2. Specialbestemmelserne kan muligvis opretholdes i en form, hvor der altid skal foretages en *konkret vurdering* i overensstemmelse med handelspraksisdirektivet. Det virker dog ikke sandsynligt, at domstolen vil acceptere en sådan model, hvor bestemmelsen kan opfattes som en »formodningsregel«.

4.2.2. Særligt om rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer

De danske forbud mod henholdsvis rabatmærker og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer kan virke prisslørende, og skader dermed forbrugernes økonomiske interesser. Ulemperne for forbrugere imødegås dog i et vist omfang gennem oplysningsforpligtelsen i markedsføringslovens § 9, stk. 1. Bestemmelserne tjener også, og måske i højere grad, et konkurrencehensyn, idet særligt småhandlende ikke nødvendigvis har samme ressourcer til at iværksætte og administrere sådanne salgsfremmende foranstaltninger. Desuden indebærer forbuddene, at producent- og engrosledet fratages en mulighed for at påvirke efterspørgslen, som primært styres af detalledet gennem prissætning,

butiksyndretning og markeds kommunikation. Der kan endvidere argumenteres for, at der også ligger miljøhensyn (almene samfundsinteresser) bag forbuddet mod rabatmærker. Det må anses for tvivlsomt, om EU-domstolen kan overbevise om, at de to bestemmelser *udelukkende* skal tilgodese erhvervsinteresser og eventuelt mere almene samfundsinteresser, jf. diskussionen ovenfor under 2.

I sag C-540/08 (»Mediaprint«),[42] er EU-domstolen anmodet om at tage stilling til et østrigsk forbud mod tilgift i bl.a. periodiske tryksager. Bestemmelsen varetager ikke kun hensynet til beskyttelse af forbrugere, men også andre hensyn, som ikke er omfattet af direktivets formål, herunder navnlig opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere konkurrenter. Spørgsmålet til domstolen er, om »den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence [er] en urimelig handelspraksis, alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen«. Der er endnu ikke afsagt dom i sagen, som formentlig vil give en bedre forståelse af direktivets anvendelsesområde.

152

4.3. God markedsføringskik

Dommene kan også få betydning for fortolkningen af generalklausulen i markedsføringslovens § 1, som indeholder et (»indirekte«) forbud mod handlinger i strid med god markedsføringskik. I forbindelse med implementeringen af handelspraksisdirektivet blev der indført et stk. 2, som er *lex specialis* i forhold til stk. 1, og som gælder for »markedsføring, der angår forbrugernes økonomiske interesser«. I stk. 2 er det, i modsætning til stk. 1, og i lighed med vildledningsbestemmelsen i § 3, en forudsætning for overtrædelse, at markedsføringen er »egnet til mærkbart at forvråde [forbrugernes] økonomiske adfærd«, som må forstås i overensstemmelse med direktivet.

I dommene fastslås det, at direktivet harmoniserer reglerne om urimelig handelspraksis *over for forbrugerne*, som er et bredere begreb end *forbrugernes økonomiske interesser*. Umiddelbart indebærer dommene, at markedsføring rettet mod forbrugere skal behandles under generalklausulens stk. 2, uanset om det vedrører forbrugernes økonomiske interesser. Handelspraksisdirektivets hovedregel skal således anvendes, hvis et forhold er omfattet af direktivet, og forholdet ikke er oplyst i bilag I. Det betyder, at en handling er lovlig, hvis ikke den både strider mod erhvervs mæssig diligenspligt og indebærer en aktuel eller potentiel væsentlig forvridding af den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Generaladvokaten fastslår i Total- og Sanomagsagen, at en handelspraksis er rimelig, så længe de nærmere beskrevne retlige betingelser for et forbud ikke foreligger, og understreger, at direktivet i modsætning til den belgiske lov tager en tilgang, som er til fordel for den erhvervsdrivendes erhvervsfrihed.[43]

5. Perspektivering

Formålet med handelspraksisdirektivet er både at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Dommene synes dog primært at tilgodese det første formål. Selv om direktivets hjemmel (EUF artikel 114 [tidl. artikel 95 EF]) vedrører realiseringen af det indre marked, er det ikke ensbetydende med, at et højt forbrugerbeskyttelsesniveau ikke kan være midlet til at realisere idéen om det indre marked. Dommene er i modsætning til selve direktivet ganske klare, og det er ikke sandsynligt, at EU-domstolen ændrer sin praksis. Hverken under henvisning til at direktivet skal tilgodese forbrugerne, at nogle medlemsstater er overraskede over konsekvenserne af direktivet, eller fordi indre markeds-klausulen (muligvis) har fungeret som en politisk afledningsmanøvre.

De to domme udgør et væsentligt skridt væk fra flere nationale markedsføringslovgivninger henimod én unionsretlig markedsføringsret.

Det indebærer bl.a., at de dele af dansk lovgivning og retspraksis, som vedrører handelspraksis over for forbrugerne, kun kan opretholdes, i det omfang det er i overensstemmelse med handelspraksisdirektivet. Udviklingen betyder også, at retspraksis fra EU-domstolen vedrørende både vildledningsdirektivet[44] og handelspraksisdirektivet vil få fornyet betydning for forståelse af gældende markedsføringsret.

Retstilstanden er på trods af totalharmoniseringen ikke blevet væsentlig klarere. Det er fortsat et åbent spørgsmål, hvad der reelt skal forstås ved urimelig handelspraksis, og i hvor høj grad det overlades til medlemsstaterne at foretage denne vurdering i konkrete tilfælde. Det er nødvendigt med en nærmere afklaring af, hvad der skal forstås ved »erhvervs mæssig diligenspligt«, og hvornår der foreligger en forvridding af den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Endelig vil der også være behov for yderligere afklaring af direktivets anvendelsesområde, herunder omfanget af undtagelsen vedrører smag og anstændighed.

Kommissionen har udarbejdet et vejledende arbejdsdokument vedrørende forståelse af handelspraksisdirektivet.[45] Dokumentet, som løbende vil blive redigeret, kan blive et væsentlig styringsredskab, indtil en nærmere praksis materialiseres ved EU-domstolen. Økonomi- og Erhvervsministeriet er i dialog med relevante nationale organisationer samt Kommissionen med henblik på en afklaring af dommenes betydning og for at foretage de nødvendige lovændringer i Danmark.

I Kommissionens arbejdsdokument åbnes for, at f.eks. studier inden for adfærdsøkonomi kan bidrage til vurderingen af, hvad der skal forstås ved urimelig handelspraksis. Inden for adfærdsøkonomien har man bl.a. konstateret, at netop rabatmærker, konkurrencer og tilgift får forbrugere til at handle (endnu mere) irrationelt.[46] Udfordringen er herefter at finde grænsen mellem legitim påvirkning og ulovlig forvridding af forbrugernes økonomiske adfærd.

1. Lovforslag nr. L 13 af 6. oktober 2005 om markedsføring, afsnit 6.
2. Se Økonomi- og Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. januar 2009 (sag 08/02603/EBST). Servicedirektivet er primært implementeret i lov nr. 384 af 25. april 2009 om tjenesteydelser i det indre marked.
3. Økonomi- og Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. januar 2009 (sag 08/02603/EBST), punkt 2.9.
4. I henhold til artikel 16 i servicedirektivet har tjenesteydere ret til fri udveksling af tjenesteydelser. Det gælder alle tjenesteydelser, der falder ind under direktivets anvendelsesområde, undtagen tjenesteydelser eller anliggender, der er anført i artikel 17.
5. Lovforslag nr. L 123 af 4. februar 2009 om ændring af næringsloven, markedsføringsloven, erhvervsfremmeloven og forskellige andre love på Økonomi- og Erhvervsministeriets område. (Regelforenklning for tjenesteydere, oplysningspligt for tjenesteydere, regler om akkreditering og metrologi samt oprettelse af et produktkontaktpunkt).
6. Lov nr. 364 af 13. maj 2009 om ændring af næringsloven, markedsføringsloven, erhvervsfremmeloven og forskellige andre love på Økonomi- og Erhvervsministeriets område, § 7, nr. 1 og 3. Det er endvidere et krav, at henholdsvis indløsningen af rabatkuponen sker uden for Danmark, og at udtrækningen og præmieindløsningen i forbindelse med konkurrencen finder sted uden for Danmark.
7. Se forslag til Europaparlamentets og Rådets forordning om salg fremmende foranstaltninger i det indre marked, KOM/2001/0546 endelig udg. (COD 2001/0227).
8. I den danske oversættelse af dommen anvendes »tilgift«, som dog er et noget snævrere begreb end det tyske »Kopplungsangebote« og det engelske: »combined offers«. Den belgiske lov vedrører både tilgift, visse rabatmærker og forhold vedrørende mængderabat. Se præmisserne 14 til 18. Se også Georgios Anagnostaras, The Unfair Commercial Practices Directive in Context, Common Market Law review, 47 (2010), s. 147ff.
9. Se præmisserne 9 til 11.

10. »[E]n handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne.«
11. Plus-sagen, præmis 37. Se tilsvarende Total- og Sanoma-sagen, præmis 50.
12. Se Total- og Sanoma-sagen, præmis 39, samt præmis 29 i Plus-sagen.
13. Total- og Sanoma-sagen, præmis 52, Plus-sagen, præmis 41.
14. Se Plus-sagen, præmisserne 45, 48 og 49.
15. Se generelt Jan Trzaskowski, Urimelig handelspraksis - europæisering af dansk markedsføringsret, U 2008B.275.
16. Se også afsnit 3 i Jan Trzaskowski, Urimelig handelspraksis - europæisering af dansk markedsføringsret, U 2008B.275.
17. Se om misrekommandering og forhandlerpræmiering i Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, Markedsføringsretten, Ex Tuto Publishing 2007, s. 121ff. og 213f., henholdsvis. I handelspraksisdirektivets artikel 2, stk. 1, litra d, fremgår, at »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne« omfatter en erhvervsdrivende handling med »direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne«. Det taler for, at forhandlerpræmiering kan være omfattet af direktivet, selv om det er rettet mod den erhvervsdrivende.
18. Plus-sagen, præmis 38.
19. Plus-sagen, præmis 40, se også generaladvokatens forslag til afgørelse, punkt 65 og 66.
20. Plus-sagen, præmis 39.
21. Forslag af 18. juni 2003 til direktivet om urimelig handelspraksis, COM (2003) 356, 2003/0134/COD, afsnit 40.
22. Se også Jan Trzaskowski, Urimelig handelspraksis - europæisering af dansk markedsføringsret, U 2008B.275.
23. Lovforslag nr. L 2 af 4. oktober 2006 om ændring af lov om markedsføring (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser mv.), punkt 5.
24. Forslag af 18. juni 2003 til direktivet om urimelig handelspraksis, COM (2003) 356, 2003/0134/COD, afsnit 30, punkt 3.
25. Total- og Sanoma-sagen, præmis 52, og Plus-sagen, præmisserne 41 og 50. I Total- og Sanoma-sagen henviser generaladvokaten også til direktivets betragtning 14 (»Den strategi med fuldstændig harmonisering, der er fastlagt i dette direktiv . . .«) og 15 (»I betragtning af, at der med dette direktiv indføres fuld harmonisering . . .«). Betragtning 14 og 15 vedrører dog henholdsvis oplysningskrav vedrørende købsopfordringer og generelle oplysningskrav.
26. Se herom i bl.a. Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU ret, Thomson Reuters 2009, s. 293ff.
27. Se f.eks. Jan Trzaskowski, Direktivet om elektronisk handel, U 2000B.643.
28. Se f.eks. Søren Sandfeld Jakobsen, Direktivet om audiovisuelle medietjenester, U 2008B.68.
29. Se Mette Winther Løfquist, EU's pengeinstitutlovgivning, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008, s. 290 f.
30. Se Jan Trzaskowski, Direktivet om elektronisk handel, U 2000B.643, afsnit 2.3.
31. KOM(2008) 614 endelig (8. oktober 2008).
32. Kommissionens hvidbog om nye styreformer, KOM/2001/0428, s. 20.
33. Hans-W. Miclitz, Jack is out of the Box - the Efficient Consumer-shopper, Tidsskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 2009: 3-4, s. 424f., og Hans-W. Miclitz, The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, I Geraint Howells og Reiner Schulze (eds.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, s. 47ff.
34. Rådets resolution af 2. december 2002 om Fællesskabets strategi for forbrugerpolitikken 2002-2006 (2003/C 11/01), punkt 6(II)(1).
35. Se punkterne 21ff.
36. Se bilag til Økonomi- og Erhvervsministeriets notat af 16. juni 2009 til Erhvervsudvalget om Total- og Sanoma-sagen.
37. Betænkning nr. 416/1966 angående en ny konkurrencelov, afsnit 28.
38. Handelspraksisdirektivet viger for andre unionsretlige bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis - for så vidt angår de pågældende særlige aspekter (artikel 3, stk. 4).
39. Brug af andres forretningskendetegn m.v., er reguleret i direktivets artikel 6, stk. 2, om vildledende handelspraksis. I bestemmelsen forbydes dog kun brug af sådanne kendetegn når det kan foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.
40. Se også lovforslag nr. L 2 af 4. oktober 2006 om ændring af lov om markedsføring (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser mv.), bemærkninger til § 1, nr. 2.
41. Implementeret i § 1, stk. 2, og ved udstedelse af bekendtgørelse nr. 1084 (14 september 2007) om urimelig markedsføring i forbrugerforhold.
42. Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet den 4. december 2008.
43. Præmis 81. Se om retsprincippet *in dubio pro libertate* i forbindelse med bl.a. sammenlignende reklame i Ulf Bernitz: The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques, Hart Publishing Co, Oxford 2007 (eds S Weatherill & U Bernitz) p. 33 ff.
44. EU-domstolen skal som i tidligere markedsføringsretlig praksis tage udgangspunkt i en gennemsnitsforbruger, jf. direktivets artikel 5, stk. 2.
45. Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices. Commission staff working document, SEC(2009) 1666 (3 December 2009).
46. Se f.eks. Dan Ariely, Predictable Irrational, Harper 2008, og Read Montague, How We Make Decisions, Plume 2007.