



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST)
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Dato: 1. september 2021

Sag: FO-21/07945-2

Sagsbehandler: /THT

Direkte tlf.: +45 41 71 53 03

Forbrugerombudsmandens høringssvar til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til lov om ændring af lov om markedsføring

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 2. juli 2021 sendt udkast til lov om ændring af lov om markedsføring i høring.

Forbrugerombudsmandens væsentligste bemærkninger til lovudkastet kan sammenfattes som følger:

- 1) *Forbrugerombudsmanden foreslår, at det i lovbemærkningerne til den foreslåede § 1, nr. 10, understreges, at det manglende krav til udbydere af onlinemarkedspladser om at kontrollere tredjepartens retlige status alene gælder tredjepartens oplysninger om sin retlige status, og ikke andre oplysninger som onlinemarkedspladsen måtte modtage fra tredjeparten som fx førpriser eller produktets egenskaber.*
- 2) *Forbrugerombudsmanden skal understrege, at "tydelighedskravet" i den foreslåede § 1, nr. 19, ikke er det samme som "gennemsigthedskravet" i den foreslåede § 1, nr. 11. Derfor vil "tydelighedskravet" i den foreslåede § 1, nr. 19, ikke være opfyldt ved brug af hyperlinket tekst, pop op-tekst eller tekst, der kommer frem, mens man holder cursoren over et nøgleord. Dette bør præciseres i lovbemærkningerne, medmindre henvisningen til § 1, nr. 19, i bemærkningerne til den foreslåede § 1, nr. 11, slettes.*
- 3) *Da det i praksis er meget vanskeligt at vurdere fortjenesten eller den tilsigtede fortjeneste ved overtrædelser af markedsføringsloven, har de gældende kriterier for fastsættelse af bøder den utilsigtede og stødende konsekvens, at erhvervsdrivende, som imødekommer Forbrugerombudsmandens anmodning om oplysninger om den tilsigtede eller indvundne fortjeneste, kan blive idømt en større bøde end erhvervsdrivende, der ikke ønsker at oplyse herom til Forbrugerombudsmanden. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse er der derfor behov for en bødemodel, som tager udgangspunkt i offentligt tilgængelige informationer, som fx om en virksomheds omsætning.*

FORBRUGEROMBUDSMANDEN

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Tlf. 41 71 51 51

CVR-nr. 10 29 48 19

EAN-nr. 5798000018006

forbrugerombudsmanden@
forbrugerombudsmanden.dk
www.forbrugerombudsmanden.dk

ERHVERVSMINISTERIET

Medlem af International Consumer
Protection & Enforcement Network
(ICPEN)
www.icpen.org

Forbrugerombudsmanden foreslår dog, at det i overensstemmelse med retspraksis og de nuværende lovbemærkninger præciseres, at oplysninger om den tilsigtede og eventuelt indvundne fortjeneste fortsat kan tillægges afgørende betydning inden for de pågældende omsætningsintervaller. Hvis den opnåede eller tilsigtede fortjeneste er lav, bør dette fx kunne tillægges betydning som en formildende omstændighed, således at bøden fastsættes med udgangspunkt i det lave bødeniveau. Det vil sikre, at virksomheder med en lille fortjeneste i forhold til omsætning ikke idømmes uforholdsmæssigt store bøder i medfør af bødemodellen.

Derudover foreslår Forbrugerombudsmanden, at det præciseres i lovbemærkningerne, at der ved vurderingen af den tilsigtede fortjeneste i førstegangstilfælde fortsat bør kunne tages udgangspunkt i det dobbelte af markedsføringsomkostningerne.

- 4) Det foreslåede bødeloft i lovforslaget vil i visse tilfælde kunne medføre, at overtrædelser af markedsføringsloven kan betale sig. Der verserer i øjeblikket sager ved domstolene, hvor Forbrugerombudsmanden – på baggrund af en skønnet fortjeneste – påstår bøder, der er højere end 4 % af omsætningen. Forbrugerombudsmanden foreslår derfor, at bødeloftet ikke er absolut, således at en bøde kan overstige bødeloftet, hvis der undtagelsesvist kan påvises en højere tilsigtet eller indvundet fortjeneste.*
- 5) Forbrugerombudsmanden foreslår, at overtrædelsens varighed indarbejdes som et kriterium i den foreslåede bødemodel for uberettiget brug af et logo eller mærke, således at bødens størrelse bl.a. afhænger af overtrædelsens varighed.*

Forbrugerombudsmandens bemærkninger er uddybet nedenfor:

1) Lovforslagets § 1, nr. 10, oplysning om tredjepartens retlige status ved produkter der tilbydes på onlinemarkedspladser

Det fremgår af lovforslaget, at der i markedsføringslovens § 6, stk. 2, om købsopfordringer, indføres et krav til onlinemarkedspladser om at oplyse, hvorvidt tredjeparten, der tilbyder produkterne, er erhvervsdrivende eller ej. Således vil følgende oplysning ifølge lovforslaget betragtes som væsentlig ved købsopfordringer:

”for produkter, der tilbydes på onlinemarkedspladser, hvorvidt den tredjepart, der tilbyder produkterne, er erhvervsdrivende eller

ej, på grundlag af den pågældende tredjeparts erklæring til udbyderen af onlinemarkedspladsen.”

Det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.4.2, at det følger af præambelbetragtning 28 til moderniseringsdirektivet, at der i overensstemmelse med e-handelsdirektivet (2000/31/EF) ikke bør stilles krav til udbydere af onlinemarkedspladser om at kontrollere tredjepartens retlige status.

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.4.3, fremgår det i overensstemmelse med ovenstående, at onlinemarkedspladsen skal give oplysningen om tredjepartens retlige status på grundlag af den pågældende tredjeparts erklæring til udbyderen af onlinemarkedspladsen, og at udbyderen ikke har pligt til at kontrollere tredjepartens oplysning om sin status.

Af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 10, fremgår det ligeledes, at tredjepartens erklæring kan lægges til grund, og at det således ikke er et krav, at udbyderen af onlinemarkedspladsen kontrollerer tredjepartens erklæring om sin retlige status.

Præambelbetragtning 28 til moderniseringsdirektivet har følgende ordlyd:

”I overensstemmelse med artikel 15, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF bør der ikke stilles krav til udbydere af onlinemarkedspladser om at kontrollere tredjepartleverandørers retlige status. Udbydere af onlinemarkedspladser bør i stedet stille krav til tredjepartleverandører på onlinemarkedspladsen om at angive deres status som erhvervsdrivende eller ikkeerhvervsdrivende med henblik på forbrugerbeskyttelsesretten og formidle disse oplysninger til udbyderen af onlinemarkedspladsen.”

Forbrugerombudsmanden bemærker, at det ikke fremgår af direktivet, at det manglende krav til udbyderen af en onlinemarkedsplads om at kontrollere tredjepartsleverandørers retlige status har betydning for andre typer oplysninger, som onlinemarkedspladsen modtager fra tredjepartssælgeren og videreformidler til forbrugerne, fx oplysninger om førpriser eller produktets egenskaber. Forbrugerombudsmanden skal bemærke, at onlinemarkedspladserne tjener penge på, at forbrugerne køber produkter gennem deres hjemmeside, og at onlinemarkedspladserne blandt andet derfor efter Forbrugerombudsmandens opfattelse som udgangspunkt også har et ansvar for rigtigheden af de oplysninger, som gives om

produkterne på hjemmesiden, uanset om oplysningerne stammer fra tredjepartssælgeren.

Forbrugerombudsmanden skal endvidere bemærke, at det følger af EU-Domstolens dom i sag C-324/09 (eBay), at ansvarsfritagelsesreglen i e-handelslovens artikel 14 skal fortolkes således, at en onlinemarkedsplads ikke kan påberåbe sig ansvarsfritagelse, hvis onlinemarkedspladsen har spillet en aktiv rolle, fx ved at optimere salgsudbud eller gøre reklame for disse. E-handelsdirektivets artikel 14 er implementeret i e-handelslovens § 16. Det betyder, at en onlinemarkedsplads i situationer, hvor onlinemarkedspladsen har spillet en aktiv rolle kan gøres ansvarlig for oplysninger på dens hjemmeside.

Forbrugerombudsmanden foreslår derfor, at det understreges i lovbemærkningerne, at det manglende krav til udbydere af onlinemarkedspladser om at kontrollere tredjepartens retlige status alene gælder tredjepartens oplysninger om sin retlige status, og ikke andre oplysninger som onlinemarkedspladsen måtte modtage fra tredjeparten som fx førpriser eller produktets egenskaber, og at spørgsmålet om eventuel ansvarsfritagelse for indholdet af disse andre oplysninger fortsat vil skulle afgøres efter reglerne i e-handelsdirektivet og e-handelsloven.

2) Lovforslagets nr. 11, rangordning

Det fremgår af de specielle bemærkninger til § 1, nr. 11, at udbydere af søgefunktioner fx kan overholde ”gennemsigtighedskravet” i den foreslåede bestemmelse ved hyperlinket tekst, pop op-tekst eller tekst, der kommer frem, mens man holder cursoren over et nøgleord, som f.eks. ”information” eller ”find ud af rangeringskriterier” (s. 41). Det fremgår desuden, at bestemmelsen skal ses i sammenhæng med bilag I, nr. 11 a, i direktivet om urimelig handelspraksis (den foreslåede § 1, nr. 19), hvorefter levering af søgeresultater som svar på en forbrugers onlinesøgning uden ”tydelig” oplysning om enhver form for betalt reklame eller betaling specifikt for at opnå højere rangordning af produkter i søgeresultaterne skal anses som vildledende handelspraksis. Forbrugerombudsmanden skal understrege, at ”tydelighedskravet” i den foreslåede § 1, nr. 19, ikke er det samme som ”gennemsigtighedskravet” i den foreslåede § 1, nr. 11. Derfor vil ”tydelighedskravet” i den foreslåede § 1, nr. 19 ikke være opfyldt ved brug af hyperlinket tekst, pop op-tekst eller tekst, der kommer frem, mens man holder cursoren over et nøgleord. Dette bør præciseres i lovbemærkningerne, medmindre henvisningen til § 1, nr. 19, i bemærkningerne til den foreslåede § 1, nr. 11, slettes.

3) Lovforslagets nr. 18 og pkt. 2.9.4., den generelle bødemodel

Det fremgår af lovforslagets pkt. 2.9.4., at der fremover skal anvendes en bødemodel til udmåling af bøder til juridiske personer, som tager udgangspunkt i den erhvervsdrivendes omsætning. Det fremgår også af lovforslagets pkt. 2.9.4., at der fortsat kan lægges vægt på den erhvervsdrivendes fortjeneste.

De gældende bødekriterier tager bl.a. udgangspunkt i den erhvervsdrivendes fortjeneste.

Da det i praksis er meget vanskeligt at vurdere fortjenesten eller den tilsigtede fortjeneste ved overtrædelser af markedsføringsloven, har de gældende kriterier for fastsættelse af bøder den utilsigtede og stødende konsekvens, at erhvervsdrivende, som imødekommer Forbrugerombudsmandens anmodning om oplysninger om den tilsigtede eller indvundne fortjeneste, kan blive idømt en større bøde end erhvervsdrivende, der ikke ønsker at oplyse herom til Forbrugerombudsmanden. Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse er der derfor behov for en bødemodel, som tager udgangspunkt i offentligt tilgængelige informationer.

På den baggrund støtter Forbrugerombudsmanden generelt indførelsen af en bødemodel, som i mindre grad er afhængig af oplysninger om fx fortjeneste eller markedsføringsomkostninger, men derimod af den erhvervsdrivendes omsætning, som der er offentlig tilgængelig information om.

For så vidt angår de foreslåede bødeniveauer og -intervaller i bødemodellen er det efter Forbrugerombudsmandens opfattelse vigtigt, *at* bøden ikke er uforholdsmæssig i forhold til omfanget og karakteren af en overtrædelse, *at* bøder ikke rammer nogle erhvervsdrivende uforholdsmæssigt hårdt i forhold til andre, og *at* det ikke kan betale sig at overtræde loven.

Det er naturligvis vanskeligt at sikre alle disse hensyn i en bødemodel med bødeniveauer.

Forbrugerombudsmanden foreslår derfor, at det i overensstemmelse med retspraksis og de nuværende lovbemærkninger præciseres, at den tilsigtede og eventuelt indvundne fortjeneste kan tillægges *afgørende* betydning ved fastsættelsen af bøden inden for de pågældende omsætningskategorier, således at den tilsigtede og eventuelt indvundne fortjeneste ikke alene kan tillægges betydning inden for de enkelte bødeintervaller, men også som en formildende omstændighed, der betyder, at bøden skal fastsættes

med udgangspunkt i det lave bødeniveau, hvis den tilsigtede og eventuelt indvundne fortjeneste er betydeligt lavere end bødeintervallet i det normale bødeniveau. Det vil sikre, at erhvervsdrivende med en lille fortjeneste i forhold til omsætning ikke idømmes uforholdsmæssigt store bøder i medfør af bødemodellen, hvis den erhvervsdrivende giver de fornødne oplysninger om dennes tilsigtede og eventuelt indvundne fortjeneste.

Ved vurderingen af den tilsigtede fortjeneste i førstegangstilfælde bør der endvidere som hidtil kunne tages udgangspunkt i det dobbelte af markedsføringsomkostningerne i det omfang, der er en formodning for, at de anvendte markedsføringsomkostninger er en indikation for den tilsigtede fortjeneste.

Det fremgår af afsnit 2.9.4.: *”Hvis der undtagelsesvist foreligger oplysninger om fortjenesten eller tilsigtet fortjeneste og denne er højere end den bøde, som den erhvervsdrivende ville blive pålagt iht. bødemodellen, skal bøden fastsættes til et højere beløb, idet der kan lægges vægt på fortjenesten, så det sikres, at bøden har den nødvendige præventive effekt. Ved vurderingen af den tilsigtede fortjeneste kan der lægges vægt på markedsføringsomkostningerne i det omfang, der er en formodning for, at de anvendte markedsføringsomkostninger er en indikation for den tilsigtede fortjeneste. Det vil f.eks. være tilfældet i sager, hvor omkostningerne til markedsføringen er betydelige.”*

I de gældende forarbejder til markedsføringsloven er det præciseret, at:

”I førstegangstilfælde kan der således i disse tilfælde tages udgangspunkt i det dobbelte af markedsomkostningerne.”

Som det også er nævnt i lovforslaget s. 30, har Højesteret i to domme om markedsføringslovens regler om kreditoplysninger (U.2019.1202 H og U.2019.1215 H) fastslået, at *” [...] bøden bør fastsættes under hensynstagen til de afholdte markedsføringsudgifter, idet det bemærkes, at der er tale om betydelige udgifter”*. Markedsføringsomkostningerne i sagerne var på hhv. ca. 95.000 kr. og ca. 110.000 kr., og virksomhederne blev idømt bøder på hhv. 190.000 kr. og 250.000 kr. Højesteret fastsatte således bøderne til det dobbelte af markedsføringsomkostninger.

Derfor foreslår Forbrugerombudsmanden, at det præciseres i lov-bemærkningerne, at der i førstegangstilfælde fortsat kan tages udgangspunkt i det dobbelte af markedsføringsomkostningerne ved vurderingen af den tilsigtede fortjeneste, i det omfang der er en

formodning for, at de anvendte markedsføringsomkostninger er en indikation for den tilsigtede fortjeneste.

4) Lovforslagets nr. 18, § 37, stk. 7, indførelse af et bødeloft

Det foreslås med lovforslaget, at der i § 37, stk. 7, indsættes et bødeloft for overtrædelser, der kan skade de kollektive interesser for forbrugere i mindst to andre medlemsstater ud over Danmark. Bødeloftet foreslås til maksimalt at udgøre 4 pct. af den erhvervsdrivendes årlige omsætning i de berørte medlemsstater. Hvis omsætningen ikke er tilgængelig, kan bøden maksimalt udgøre 4 mio. euro.

Forbrugerombudsmanden skal gøre opmærksom på, at der i øjeblikket verserer sager ved domstolene, hvor Forbrugerombudsmanden påstår bøder, der er højere end 4 pct. af omsætningen. Sagerne drejer sig om vildledende markedsføring, hvor der efter Forbrugerombudsmandens opfattelse er tale om ulovlige forretningskoncepter, som de erhvervsdrivende bl.a. markedsfører i de nordiske lande. De fleste af disse erhvervsdrivende har en omsætning på mellem 15-20 mio. kr. Derfor vil Forbrugerombudsmanden med et bødeloft på 4 pct. af den erhvervsdrivendes årlige omsætning i de berørte medlemsstater maksimalt kunne påstå en bøde i omegnen af 600.000-800.000 kr. I de verserende sager har Forbrugerombudsmanden – på baggrund af et skøn af virksomhedernes fortjeneste – påstået væsentligt højere bøder.

Eks. Virksomhed A havde en årlig omsætning på 16 mio. kr. i 2019, da markedsføringen stod på. Virksomheden har markedsført sig i yderligere to medlemslande. Forbrugerombudsmanden har på baggrund af et skøn over virksomhedens fortjeneste ved den vildledende markedsføring påstået en bøde på i hvert fald 3,2 mio. kr. Bødeloftet vil betyde, at Forbrugerombudsmanden fremover maksimalt vil kunne påstå en bøde på 640.000 kr.

Indførelsen af bødeloftet vil derfor i sig selv kunne medføre et lavere bødeniveau og kunne få den uacceptable konsekvens, at visse overtrædelser af markedsføringsloven vil kunne betale sig

Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse vil det foreslåede bødeloft ikke kun få betydning i grænseoverskridende sager, men også i praksis kunne blive tillagt betydning i nationale sager. I modsat fald vil overtrædelser, der alene begås i Danmark, kunne straffes hårdere end overtrædelser, der både finder sted i Danmark og i andre EU-lande.

Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse bør et bødeloft derfor ikke være absolut. En bøde bør kunne overstige bødeloftet, hvis der undtagelsesvis kan påvises en højere tilsigtet eller indvundet fortjeneste, så det sikres, at bøden får den nødvendige præventive effekt. Bødeloftet vil i så fald også være i overensstemmelse med systematikken i den foreslåede bødemodel.

5) Lovforslagets nr. 18 og pkt. 2.9.4. bødemodel i forbindelse med administrative bødeforelæg ved uberettiget brug af navn/logo

Det foreslås i § 1, nr. 18, at Forbrugerombudsmanden i en række nærmere oplyste tilståelsessager kan udstede administrative bødeforelæg, herunder i sager om erhvervsdrivendes uberettigede brug af et logo eller mærke, hvor logoet eller mærket giver forbrugeren en sikkerhed for, at virksomheden giver forbrugeren en særlig beskyttelse, i strid med vildledningsforbuddet i markedsføringslovens § 5, stk. 1, jf. den foreslåede stk. 9, litra b.

Det fremgår, at der ved udmåling af administrative bødeforelæg ved overtrædelse af den foreslåede stk. 9, litra b, lægges vægt på virksomhedens omsætning, og at bøder i førstegangstilfælde regnes ud fra en bødemodel.

Det følger af den foreslåede bødemodel, at bøden afhængig af virksomhedens omsætning skal være på mellem 80.000 kr. op til 1 pct. af den erhvervsdrivendes omsætning.

For at sikre proportionalitet mellem overtrædelsen og bødens størrelse foreslår Forbrugerombudsmanden, at overtrædelsens varighed indarbejdes som et kriterium i den foreslåede bødemodel for uberettiget brug af et logo eller mærke. Det kunne f.eks. ske ved at der indføres et interval inden for de pågældende omsætningskategorier med en ”udgangsbøde” for overtrædelser med en gerningsperiode på op til 6 måneder. Bøden kan så fx stige med 50 % for overtrædelser med en gerningsperiode på over 6 måneder og derefter yderligere 50 % pr. påbegyndt år. Ved *andengangsovertrædelser* kunne man endvidere lade bøden stige med 20 %. Forbrugerombudsmanden har i forhold til disse andengangsovertrædelser taget udgangspunkt i Højesterets dom af 9. januar 2019, der vedrørte en bilforhandlers overtrædelse af markedsføringslovens § 14 a (nu § 18). I den sag forhøjede Højesteret bødestraffen med ca. 15% under henvisning til, at der var tale om et gentagelsestilfælde.

Hvad det præcise bødeniveau bør være i disse sager, herunder om en evt. ”udgangsbøde” bør ligge på et lavere niveau end de bøder,

der er foreslået i bødemodellen, må efter Forbrugerombudsmandens opfattelse bero på en politisk beslutning.

Med venlig hilsen
På Forbrugerombudsmandens vegne

Tanja Højrup
Specialkonsulent