

Behandling af sager om overtrædelse af markedsføringsloven

Indholdsfortegnelse

1. Indledning
2. Overordnet om markedsføringsloven
 - 2.1. Markedsføringsloven
 - 2.2. Kort om markedsføringslovens indhold og opbygning
 - 2.3. Forbrugerombudsmanden
3. Generelt om behandling af straffesager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven
 - 3.1. Modtagelse af anmeldelser, herunder forelæggelse for Forbrugerombudsmanden
 - 3.1.1. Anmeldelser modtaget fra Forbrugerombudsmanden
 - 3.1.2. Anmeldelser modtaget fra andre
 - 3.1.3. Strafsubjektet
 - 3.2. Tiltalsspørgsmålet
 - 3.3. Tiltalens udførelse og anke
 - 3.4. Værneting
4. Straffene i sager om overtrædelse af markedsføringsloven
 - 4.1. Markedsføringslovens § 30
 - 4.2. Generelt om straffastsættelsen
 - 4.3. Retspraksis
5. Særligt om sager vedrørende overtrædelse markedsføringslovens § 6 (spam)
 - 5.1. Kort om markedsføringslovens § 6
 - 5.2. Straffastsættelse i sager vedrørende overtrædelse af § 6
 - 5.3. Retspraksis om spam

1. Indledning

Lov nr. 1389 af 21. december 2005 om markedsføring med senere ændringer (2005-markedsføringsloven) regulerer virksomheders markedsadfærd.

I denne meddelelse fastsættes retningslinjer for anklagemyndighedens behandling af sager om overtrædelse af markedsføringsloven, herunder retningslinjer om strafpåstande.

2. Overordnet om markedsføringsloven

2.1. Markedsføringsloven

Den første markedsføringslov blev gennemført ved lov nr. 297 af 14. juni 1974. Loven trådte i stedet for lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse.

Loven fra 1974 er senere to gange blevet afløst af en ny markedsføringslov, ligesom der i øvrigt er gennemført flere ændringer, herunder i forbindelse med gennemførelsen af en række EU-direktiver. Strukturen og de væsentligste bestemmelser i den nugældende markedsføringslov er dog videreført fra den oprindelige markedsføringslov.

Markedsføringsloven fra 1974 blev afløst af lov nr. 428 af 1. juni 1994 (1994-markedsføringsloven) (L 211 af 2. marts 1994, Folketingstidende 1993-1994, Tillæg A, sp. 7749). 1994-markedsføringsloven byggede på betænkning nr. 1236/1992 med titlen "Ny markedsføringslov".

Loven blev i 2005 afløst af lov nr. 1389 af 21. december 2005 (2005-markedsføringsloven). Denne lov byggede på betænkning nr. 1457/2005 med titlen "Markedsføring og Prisoplysning", som indeholdt forslag til en gennemgribende modernisering af markedsførings- og prismærkningsloven.

2005-markedsføringsloven trådte i kraft den 1. juli 2006. Lovens § 9 (salgsfremmende foranstaltninger) trådte dog først i kraft den 1. januar 2007.

Markedsføringsloven er siden 2005 ændret tre gange, ved lov nr. 538 af 8. juni 2006 (Politi- og Domstolsreformen), lov nr. 1547 af 20. december 2006 (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser mv.) samt lov nr. 181 af 28. februar 2007 (Om gruppesøgsmål).

2.2. Kort om markedsføringslovens indhold og opbygning

Markedsføringslovens overordnede formål er at sikre, at erhvervsvirksomhed drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til såvel forbrugerne, andre erhvervsdrivende, herunder konkurrenter, samt almene samfundsinteresser, jf. generalklausulen i markedsføringslovens § 1. Bestemmelsen i § 1 er ikke strafbelagt.

Kapitel 2 i markedsføringsloven indeholder de generelle regler om adfærd på markedet, som gælder både for virksomhederne indbyrdes og i forholdet mellem virksomhederne og forbrugerne. De bestemmelser, som vedrører markedsføring rettet mod almindelige forbrugere, er samlet i kapitel 3, mens lovregler, der alene vedrører erhvervsforhold, er indeholdt i kapitel 4. Kapitel 5, 6 og 7 omhandler bl.a. retsmidler og værneting samt Forbrugerombudsmandens virksomhed. Endelig findes reglerne om bl.a. straf og påtale i kapitel 8.

Markedsføringsloven indeholder en række strafbelagte bestemmelser. Et eksempel herpå er markedsføringslovens § 3 – vildledningsforbudet – hvorefter der ikke må anvendes urigtige, vildledende eller urimeligt mangelfulde angivelser, der er egnet til at påvirke efterspørgsel eller udbud af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser. Bestemmelsen er formuleret bredt med henblik på, at den kan fortolkes og udfyldes i takt med udviklingen i samfundet.

Markedsføringsloven indeholder herudover en række strafbelagte specialforbud, herunder bl.a. § 6 om forbud mod uanmodet henvendelse til bestemte aftagere, der f.eks. omfatter såkaldte ”spam-mails”, § 10 om forbud mod rabatkuponer og –mærker samt § 11 om forbud mod købsbetingede og tilfældighedsprægede præmiekonkurrencer.

2.3. Forbrugerombudsmanden

Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med overholdelsen af markedsføringsloven, jf. lovens § 22, stk. 1. Udover markedsføringsloven fører Forbrugerombudsmanden også tilsyn med betalingsmiddeloven, lov om juridisk rådgivning, tobaksreklameloven og med e-handelsloven. I medfør af markedsføringslovens generalklausul (§ 1) kan Forbrugerombudsmanden endvidere gribe ind over for overtrædelser af den civilretlige forbrugerbeskyttelseslovgivning, som f.eks. købeloven, aftaleloven, forbrugeraftaleloven, renteloven mv.

Forbrugerombudsmanden kan herudover udarbejde og offentliggøre retningslinjer på nærmere angivne områder, der må anses for væsentlige, navnlig ud fra hensynet til forbrugerne, jf. markedsføringslovens § 24. Ud over disse retningslinjer har Forbrugerombudsmanden endvidere udfærdiget en række vejledninger vedrørende flere af markedsføringslovens bestemmelser. De nævnte retningslinjer samt vejledninger kan findes på Forbrugerombudsmandens hjemmeside (www.forbrugerombudsmanden.dk). Det bemærkes, at de nævnte retningslinjer og vejledninger ikke er formelt bindende, men handlinger i strid hermed må i almindelighed forventes at blive betragtet som stridende mod god markedsføringsskik.

Til håndhævelse af sit tilsyn har Forbrugerombudsmanden i henhold til markedsføringsloven en række retsmidler, herunder tilsagn efter forhandling, jf. markedsføringslovens § 23, stk. 1, påbud, jf. markedsføringslovens § 27, stk. 2, og foreløbigt forbud, jf. markedsføringslovens § 29, stk. 1.

Når Forbrugerombudsmanden beslutter at tage en sag op, vurderer han konkret, om der er tale om en potentiel straffesag. I kontakten med den erhvervsdrivende mv. gør han - hvis der kan være tale om overtrædelse af en strafbelagt bestemmelse - opmærksom på dette og på, at der i givet fald ikke er pligt til at afgive de ønskede oplysninger, jf. retssikkerhedslovens § 10. Hvis den erhvervsdrivende ønsker at afgive de ubedte oplysninger, anmoder Forbrugerombudsmanden om, at den pågældende samtidig underskriver en samtykkeerklæring herom. Endvidere bliver vedkommende oplyst om, at samtykket til enhver tid kan tilbagekaldes.

3. Generelt om behandling af straffesager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven

3.1. Modtagelse af anmeldelser, herunder forelæggelse for Forbrugerombudsmanden

Som nævnt i afsnit 2.3. fører Forbrugerombudsmanden tilsyn med, at markedsføringsloven overholdes, navnlig ud fra hensynet til forbrugerne, jf. markedsføringslovens § 22, stk. 1.

Langt størstedelen af sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven må forventes at komme til politiets kendskab på baggrund af en anmeldelse fra Forbrugerombudsmanden.

3.1.1. Anmeldelser modtaget fra Forbrugerombudsmanden

Før Forbrugerombudsmanden anmelder en sag til politiet, er retsgrundlaget og faktum nøje vurderet. Endvidere er der om muligt foretaget bevissikring i sagen. Forud for en anmeldelse har den erhvervsdrivende sædvanligvis medvirket til sagens oplysning, herunder ved korrespondance, og der kan være holdt møder med den pågældende med henblik på at skære sagen til.

En anmeldelse fra Forbrugerombudsmanden vil derfor indeholde grundlæggende oplysninger, herunder også dokumentation i det omfang det har været muligt at fremskaffe, og Forbrugerombudsmandens opfattelse af sagen, herunder eventuelt forslag til bødestørrelse samt relevant praksis. Hvis Forbrugerombudsmanden har vurderet, at sagen kræver yderligere efterforskning, vil det i anmeldelsen sædvanligvis være foreslået, hvad en eventuel yderligere efterforskning, herunder f.eks. afhøringsstemaer, kan bestå i.

Anmeldelsen vil endvidere typisk være vedlagt et udkast til et anklageskrift/bødeforelæg, ligesom Forbrugerombudsmanden i anmeldelsen vil have tilkendegivet, hvorvidt han ønsker at overtage udførelsen af tiltalen, jf. nærmere herom i afsnit 3.3.

Under hensyn til Forbrugerombudsmandens forarbejde bør en anmeldelse behandles sådan, at politiet i forlængelse af modtagelsen vurderer, hvorvidt der er behov for yderligere efterforskning i sagen, f.eks. ved indhentelse af nærmere oplysninger om de faktiske forhold, afhøringer mv. I den forbindelse bør den mistænkte som udgangspunkt afhøres og sigtes, hvis der er grundlag herfor, herunder også i lyset af afhøringsstemaer, der kan være tilkendegivet af Forbrugerombudsmanden. Det bemærkes, at det i visse sager kan være hensigtsmæssigt, at en medarbejder fra Forbrugerombudsmanden deltager i afhøringer. Det kan f.eks. være i sager af principiel karakter eller sager, hvor det må antages, at der kan være behov for særlig ekspertise.

Hvis der under politiets efterforskning af sagen fremkommer nye væsentlige oplysninger, som Forbrugerombudsmanden ikke kan antages at være bekendt med, bør der indhentes en udtalelse fra Forbrugerombudsmanden herom.

Samarbejdet med Forbrugerombudsmanden under eventuel yderligere efterforskning foregår ved direkte kontakt til den medarbejder hos Forbrugerombudsmanden, som har oversendt anmeldelsen.

3.1.2. Anmeldelser modtaget fra andre

Når politiet modtager en anmeldelse fra andre end Forbrugerombudsmanden, må politiet på baggrund af den modtagne anmeldelse vurdere, hvorvidt der er behov for yderligere efterforskning i sagen, f.eks. ved indhentelse af nærmere oplysninger om de faktiske forhold, afhøringer mv. I den forbindelse bør den mistænkte som udgangspunkt afhøres og sigtes, hvis der er grundlag herfor.

Sagen bør, medmindre anmeldelsen kan afvises som åbenbart grundløs, endvidere forelægges for Forbrugerombudsmanden med henblik på en vurdering af, hvorvidt der foreligger et strafbart forhold samt udarbejdelse af udkast til eventuelt anklageskrift/bødeforelæg. I sager, hvor det er åbenbart, at der ikke indgår forbrugerhensyn, og hvor førelse af sagen ikke forudsætter en særlig viden eller ekspertise i forhold til markedsføringsloven, skal sagen ikke forelægges for Forbrugerombudsmanden. Sager om overtrædelse af markedsføringslovens § 19 eller om overbygningen på denne bestemmelse i straffelovens § 299 a om erhvervshemmeligheder mv. skal således ikke forelægges for Forbrugerombudsmanden.

Når sagen har været forelagt for Forbrugerombudsmanden, følges i øvrigt de ovenfor anførte retningslinjer, jf. afsnit 3.1.1.

3.1.3. Strafsubjektet

Forinden sigtelse rejses, bør det overvejes, hvorvidt sigtelsen skal rettes mod en enkeltperson eller et selskab (juridisk person).

Hvis overtrædelsen er begået af et selskab, bør selskabet som udgangspunkt sigtes, såfremt betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt. I de tilfælde, hvor ledelsen af selskabet eller en overordnet ansat, herunder direktøren, har handlet ansvarspådragende, bør den pågældende dog ligeledes sigtes.

Tiltale mod underordnede ansatte finder i almindelighed ikke sted, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. Dette kan være tilfældet, hvis der er tale om en grov overtrædelse, som den underordnede ansatte har begået forsætligt og eventuelt tillige på eget initiativ. I disse tilfælde rejses der tillige tiltale mod selskabet.

For så vidt angår sager, hvor overtrædelsen er begået i et datterselskab, kan der henvises til Højesterets dom i U2001.777H, som omhandlede ulovlig tilgift. Højesteret frifandt i den sag moderselskabet, mod hvem der var rejst tiltale, idet markedsføringen var foretaget af et datterselskab. Der var ikke grundlag for at statuere identifikation eller pålægge moderselskabet ansvar for medvirken.

3.2. Tiltalespørgsmålet

Det er anklagemyndigheden (Politidirektøren), som rejser tiltale i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven, og herunder vurderer om sagen kan afgøres med et udenretligt bødeforelæg, jf. retsplejelovens § 832.

Med henblik på at sikre en ensartet praksis i sager om overtrædelse af markedsføringsloven bør tiltale ikke rejses, uden at Forbrugerombudsmanden har givet tilslutning hertil. En sådan tilslutning må antages at foreligge, hvis Forbrugerombudsmanden har indgivet anmeldelse eller har afgivet en udtalelse om sagen under politiets efterforskning, og i den forbindelse har udtalt, at der bør rejses tiltale, og udtalt sig om bødestørrelsen.

I sager, hvor Forbrugerombudsmanden skal varetage udførelsen af straffesagen for by- eller landsret, bør anklageskriftet udarbejdes i samarbejde mellem anklagemyndigheden og Forbrugerombudsmanden. Dette sker i almindelighed ved, at Forbrugerombudsmanden enten i forbindelse med anmeldelsen eller i forbindelse med en senere udtalelse har fremsendt et udkast til anklageskrift/bødeforelæg, jf. afsnit 3.1.1. og 3.1.2.

I tilfælde af uenighed mellem anklagemyndigheden og Forbrugerombudsmanden om afgørelsen af tiltalespørgsmålet eller tiltalens udformning skal sagen forelægges for statsadvokaten.

3.3. Tiltalens udførelse og anke

Det er anklagemyndigheden (Politidirektøren), der som det principielle udgangspunkt møder i byretten i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven.

Udførelsen af tiltalen skal dog overlades til Forbrugerombudsmanden, såfremt denne begærer dette, jf. markedsføringslovens § 27, stk. 6. Dette gælder også i de sager, hvor anmeldelsen kommer fra andre end Forbrugerombudsmanden.

Det praktiske udgangspunkt er, at det sædvanligvis er Forbrugerombudsmanden eller en af dennes medarbejdere, der fører sagerne i retten.

Efter retsplejelovens § 105, stk. 3, kan Rigsadvokaten således beskikke Forbrugerombudsmanden og ansatte i Forbrugerstyrelsen til at varetage udførelsen af straffesager for by- og landsret i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven. En sådan beskikkelse sker efter anmodning fra Forbrugerombudsmanden til Rigsadvokaten og er generel, således at der ikke skal ske beskikkelse af den pågældende i hver enkelt sag.

Det er som udgangspunkt Rigsadvokaten, der varetager udførelsen af straffesager for Højesteret, men Rigsadvokaten kan efter omstændighederne på baggrund af en helt konkret vurdering bemyndige andre til at virke som anklager ved Højesteret, jf. retsplejelovens § 100, stk. 2.

Efter retsplejelovens § 104, stk. 2, kan Rigsadvokaten ligeledes beskikke Forbrugerombudsmanden og ansatte i Forbrugerstyrelsen til at varetage udførelsen af straffesager for by- og landsret i sager vedrørende overtrædelse af f.eks. forbrugeraftaleloven. En sådan beskikkelse er ikke generel, men gives i den enkelte sag.

I sager, hvor Forbrugerombudsmanden skal varetage udførelsen af straffesagen for by- eller landsret, bør bevisfortegnelsen udarbejdes i samarbejde mellem anklagemyndigheden og Forbrugerombudsmanden. Det sker som udgangspunkt ved, at Forbrugerombudsmanden fremsender et udkast til en bevisfortegnelse til anklagemyndigheden, der herefter udfærdiger den endelige bevisfortegnelse og indkalder vidner mv.

Når der er afsagt dom i byretten, er det anklagemyndigheden, der efter indstilling fra Forbrugerombudsmanden afgør, om dommen skal ankes/kontraankes, jf. retsplejelovens § 901. Det bemærkes, at anke i nogle tilfælde forudsætter tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, jf. retsplejelovens 902.

Forbrugerombudsmanden skal altid underrettes snarest muligt om sagens udfald samt om domfældtes eventuelle anke, således at Forbrugerombudsmanden har lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om anke.

3.4. Værneting

Efter den tidligere gældende bestemmelse i § 21, stk. 2, i 1994-markedsføringsloven skulle sager om overtrædelse af markedsføringsloven som udgangspunkt behandles af Sø- og Handelsretten som 1. instans. Sø- og Handelsrettens domme kunne ankes til Højesteret.

Ved lov nr. 538 af 8. juni 2006 (Politi- og domstolsreformen) er Sø- og Handelsrettens kompetence ændret, således at retten nu ikke længere skal behandle straffesager, jf. retsplejelovens § 15.

Sager om overtrædelse af markedsføringsloven skal således behandles ved byretten som 1. instans, jf. retsplejelovens § 686, stk. 1.

4. Straffene i sager om overtrædelse af markedsføringsloven

4.1. Markedsføringslovens § 30

Straffebestemmelsen findes i markedsføringsloven § 30, som er sålydende:

”§ 30. (Udeladt)

Stk. 2. (Udeladt)

Stk. 3. Overtrædelse af bestemmelserne i § 3, stk. 1 og 2, §§ 4-6, § 8, stk. 2, §§ 9-11, § 12 a, stk. 1 og 2, § 13, stk. 1-4, § 14, § 15, stk. 3, § 16, stk. 1-4, og forsætlig overtrædelse af § 18 straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning. Overtrædelse af § 3, stk. 2, der består i skadelig omtale af en anden erhvervsdrivende eller af forhold, der på særlig måde angår den pågældende, og overtrædelse af § 5 er undergivet privat påtale.

Stk. 4. Overtrædelse af § 19 straffes med bøde eller fængsel i indtil 1 år og 6 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter straffelovens § 299 a. Påtale finder kun sted efter den forurettedes begæring.

Stk. 5. (Udeladt)

Stk. 6. Der kan pålægges selskaber mv. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Som det fremgår af § 30, stk. 3, er ikke alle bestemmelser i markedsføringsloven strafbelagte.

4.2. Generelt om straffastsættelsen

Bevidste, grove eller gentagne overtrædelser af markedsføringsloven bør ifølge forarbejderne til de skiftende markedsføringslove straffes med bøder, der har en sådan størrelse, at de har en reel præventiv effekt.

Det overordnede udgangspunkt for fastsættelsen af bødestørrelsen i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven er, at der lægges vægt på overtrædelsernes grovhed, omfang og den tilsigtede økonomiske gevinst. Dette skal ifølge forarbejderne til markedsføringsloven fra 1974 som udgangspunkt ske ved, at der lægges vægt på den indvundne eller tilsigtede fortjeneste.

Såfremt det ikke er muligt at fastlægge størrelsen af en sådan indvundet eller tilsigtet fortjeneste, fremgår det af forarbejderne, at der i stedet skal lægges vægt på størrelsen af markedsføringsomkostningerne, således at bøden som udgangspunkt fastsættes til det dobbelte af disse omkostninger.

4.3. Retspraksis

De hensyn, der er nævnt i forarbejderne, er også tillagt vægt i retspraksis. Som eksempler herpå kan der henvises til følgende højesteretsdomme:

Højesterets dom af 25. juni 1999 (U1999.1594H): T, der var anpartshaver i og direktør for et selskab S, blev fundet skyldig i overtrædelse af markedsføringsloven i anledning af flere tilfælde af vildledende markedsføring, der stillede modtageren af ”vindercertifikat” mv. i udsigt, at den pågældende ved indbetaling af et mindre beløb kunne erhverve varer af betydelig værdi,

uagtet han kun modtog varer af ringe værdi og mindre end det indbetalte beløb. Desuden omfattede forholdene ydelse af tilgift og reklamering. Det var under sagen oplyst, at udgifterne til markedsføring for tre af forholdene udgjorde ca. 420.000 kr. Udgifterne var ikke oplyst for de to sidste forhold. Højesteret stadfæstede S- og Handelsrettens dom, hvorved T var blevet idømt en bøde på 250.000 kr. Ved straffens fastsættelse blev der lagt vægt på, at T under afholdelse af betydelige omkostninger – og efter at S havde meddelt Forbrugerstyrelsen, at man ikke igen ville benytte sådan markedsføring – udsendte det vildledende markedsføringsmateriale til et stort antal forbrugere.

Ved straffastsættelsen lagde Højesteret således bl.a. vægt på markedsføringsomkostningerne. Anklagemyndigheden havde under Højesterets behandling af sagen nedlagt påstand om stadfæstelse. Det bemærkes, at tiltaltes bror ved S- og Handelsrettens dom ligeledes var fundet skyldig i overtrædelse af markedsføringsloven og idømt en bøde på 250.000 kr. Han havde dog ikke efterfølgende anket dommen til Højesteret.

Højesterets dom af 21. januar 2003 (U2003.827H): Et anpartsselskab T blev tiltalt for 10 forhold om overtrædelse af markedsføringslovens bestemmelser om urigtige, vildledende eller urimeligt mangelfulde angivelser i annoncer, ulovlig tilgift mv. samt overtrædelse af prismærkningslovens § 5. S- og Handelsretten frifandt T i to af forholdene, herunder vedrørende prismærkningsloven, med den begrundelse, at der ikke havde været tale om kreditkøb, men fandt i øvrigt T skyldig og idømte T en bøde på 3 mio. kr. Højesteret stadfæstede frifindelsen i de to forhold. Om straffastsættelsen udtalte Højesteret, at det ikke var muligt med sikkerhed at skønne over størrelsen af den fortjeneste, T tilsigtede med sin ulovlige markedsføring, og at det heller ikke var muligt at afgøre, hvor stor en del af T's bruttofortjeneste og personaleudgifter mv., der kunne henføres til den ulovlige markedsføring. På denne baggrund og under hensyn til størrelsen af markedsføringsomkostningerne – der havde været godt 3 mio. kr. – samt overtrædelsens omfang og grovhed fandt Højesteret, at bøden passende kunne fastsættes til 2 mio. kr.

Som det fremgår af den sidstnævnte dom, fandt Højesteret det ikke muligt at skønne over størrelsen af den fortjeneste, der var tilsigtet med den ulovlige markedsføring. Bøden blev herefter fastsat ud fra en skønsmæssig vurdering, hvori bl.a. markedsføringsomkostningerne indgik. Højesterets dom er fra før vedtagelsen af 2005-markedsføringsloven og omhandler bl.a. tilgift, som på daværende tidspunkt var særskilt kriminaliseret (tidligere § 6 nu omfattet af bestemmelsen i § 9 om salgsfremmende foranstaltninger).

Højesterets dom af 15. oktober 2007 (U2008.161/2H): Et advokatselskab, T, var tiltalt for overtrædelse af markedsføringslovens § 10, stk. 1 (tidligere § 8, stk. 1) ved over 14 dage i januar 2004 i aviser og på T's hjemmeside at have annonceret med ydelse af rabat i form af kuponer forud for køb af tjenesteydelse og ved i 17 tilfælde at have ydet rabat ved ydelse af advokatbistand på baggrund af indleverede rabatkuponer, som forud var stillet til rådighed. Højesteret fastslog, at erhvervsdrivende, der anvender rabatkuponer som de foreliggende, allerede ved offentliggørelse af kuponerne har forpligtet sig til at indløse dem, og at rabat dermed er givet i markedsføringslovens § 10, stk. 1's forstand på tidspunktet for offentliggørelsen. Selskabet blev derfor dømt også for annonceringen. Højesteret udtalte, at der ved bødens fastsættelse måtte tages udgangspunkt i, at der ikke forelå overtrædelse af markedsføringslovens vildledningsforhold eller tilsvarende, ligesom der måtte tages hensyn til, om der forelå bevidst, grov eller gentagen overtrædelse. Ved vurderingen af grovheden måtte der ses på størrelsen af den tilsigtede fortjeneste, og hvis denne ikke var kendt, de afholdte markedsføringsudgifter, her 150.000 kr. eksklusiv moms. Der måtte også tages hensyn til, at T standsede kampagnen straks efter henvendelse fra Forbrugerstyrelsen og herefter i resten af året ydede rabat til alle kunder, uden hensyn til, om de indleverede rabatkupon. Efter en samlet vurdering blev bøden fastsat til 100.000 kr.

Højesteret tilkendegav således også ved denne dom, at udgangspunktet for bødefastsættelsen i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven er størrelsen af den tilsigtede fortjeneste, og hvis denne ikke kendes, de afholdte markedsføringsudgifter.

Højesterets dom nævnte i øvrigt markedsføringsomkostningerne, således som de var opgjort eksklusiv moms. Det er på denne baggrund Rigsadvokatens opfattelse, at omkostningerne ved markedsføring normalt bør opgøres uden momsudgiften.

For yderligere retspraksis kan der henvises til Forbrugerombudsmandens redegørelse i betænkning 1457/2005 (side 230-231), der kan findes på www.forbrugerombudsmanden.dk. I øvrigt vil Forbrugerombudsmanden i forbindelse med en anmeldelse om overtrædelse af markedsføringsloven ofte vedlægge relevant praksis.

5. Særligt om sager vedrørende overtrædelse af markedsføringslovens § 6 (spam)

5.1. Kort om markedsføringslovens § 6

Markedsføringslovens § 6, der blev indsat i markedsføringsloven ved lov nr. 442 af 31. maj 2000 og trådte i kraft den 1. juli 2000, har følgende ordlyd:

”§ 6. 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.

Stk. 2. Uanset stk. 1 kan en erhvervsdrivende, der fra en kunde har modtaget dennes elektroniske adresse i forbindelse med salg af en vare eller en tjenesteydelse, markedsføre egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser til kunden via elektronisk post. Dette forudsætter dog, at kunden har mulighed for let og gebyrfrit at frabede sig dette både i forbindelse med afgivelsen af adressen til den erhvervsdrivende og ved efterfølgende henvendelser.

Stk. 3.- stk. 7 (Udeladt)

Bestemmelsen i § 6, stk. 1, indeholder et forbud mod, at en erhvervsdrivende i afsætningsøjemed retter henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, telefax eller automatiske opkaldssystemer (spam). Bestemmelsen gælder, uanset om modtageren er erhvervsdrivende eller forbruger. Ved elektronisk post forstås f.eks. e-mails og SMS-beskeder.

§ 6, stk. 2, som blev indsat ved lov nr. 450 af 10. juni 2003, er en undtagelse til forbudet i stk. 1 (løbende kundeforhold).

5.2. Straffastsættelse i sager vedrørende overtrædelse af § 6

Som anført ovenfor i afsnit 4.2. er udgangspunktet, at der ved udmåling af bøder i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringsloven skal tages hensyn til den indvundne eller tilsigtede fortjeneste.

Såfremt det ikke er muligt at fastlægge størrelsen af en sådan indvundet eller tilsigtet fortjeneste, skal der i stedet lægges vægt på størrelsen af markedsføringsomkostningerne.

Det sidstnævnte princip kan dog ikke anvendes i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringslovens § 6 (spam), idet markedsføringsomkostningerne i spam-sager er meget små, således at en bøde beregnet på baggrund heraf ikke vil have nogen præventiv effekt. Herom fremgår følgende af bemærkningerne til 2005-markedsføringsloven:

”Forbrugerombudsmanden har således foreslået en beregningsmodel for overtrædelse af forbudet mod uanmodet henvendelse, uanset om henvendelsen sker via telefax, SMS eller e-mail. For op til 100 overtrædelser gives en minimumsbøde på 10.000 kr. Foreligger der mere end 100 overtrædelser gives en bøde på 100 kr. for hver overtrædelse. Således vil en bøde for 60 overtrædelser være 10.000 kr. og en bøde for 140 overtrædelser 14.000 kr.

....

Markedsføringsudvalget har tilsluttet sig principperne i Forbrugerombudsmandens redegørelse for udmåling af straf i spamsager. Det skønnes, at den af Forbrugerombudsmanden opstillede beregningsmodel vil sikre en vis proportionalitet mellem bødens størrelse og antallet af udsendte spammeddelelser, samt har den nødvendige præventive effekt. Den bør derfor anvendes af domstolene i forbindelse med udmåling af straf for overtrædelse af forbudet mod uanmodet henvendelse. Fastsættelse af straffen vil som altid bero på domstolenes konkrete vurdering i det enkelte tilfælde af samtlige sagens omstændigheder, og de angivne bødeniveauer vil kunne fraviges i op- eller nedgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger skærpende eller formildende omstændigheder.”

Under Folketingets behandling af dette lovforslag afsagde Højesteret i september 2005 en dom (U2005.3446H se nærmere herom nedenfor), hvor Højesteret på baggrund af de hidtidige gældende regler afviste at anvende den af Forbrugerombudsmanden beskrevne beregningsmodel. Højesterets dom gav anledning til, at der under udvalgsbehandlingen blev stillet et spørgsmål til lovforslaget vedrørende 2005-markedsføringsloven om, hvilken betydning Højesterets dom havde for de foreslåede regler (L 13 - spørgsmål 20). Ministeren afgav følgende besvarelse:

”

Højesterets dom er afsagt efter udarbejdelsen af lovforslaget, og der er således ikke taget højde for dommen i bemærkningerne til lovforslaget.

....

Højesterets dom indebærer således, at den beskrivelse af den nuværende retsstilling, som findes i bemærkningerne til lovforslagets § 28 [den foreslåede strafbestemmelse, nu § 30], ikke længere er fuldt ud dækkende.

Det er imidlertid fortsat min opfattelse, at der efter ikrafttrædelsen af de nye regler bør tages udgangspunkt i Forbrugerombudsmandens beregningsmodel, når der skal fastsættes bøder for udsendelse af spam. Det er det, som fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, og Højesterets dom ændrer ikke herved.

....

I den forbindelse bemærkes, at modellen alene vil udgøre et udgangspunkt, og at bøden således, som det fremgår af lovforslagets bemærkninger, vil bero på domstolenes konkrete vurdering i det enkelte tilfælde af samtlige sagens omstændigheder, hvorfor de angivne bødeniveauer vil kunne fraviges i op- eller nedgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger skærpende eller formildende omstændigheder.”

I betænkning afgivet den 8. december 2005 af Erhvervsudvalget tiltrådte et flertal synspunkterne i ministerens besvarelse af spørgsmål 20. Udvalget var enig i, at der efter ikrafttrædelsen af de nye regler bør tages udgangspunkt i Forbrugerombudsmandens beregningsmodel, når der skal fastsættes bøder for udsendelse af spam.

På baggrund heraf bør bøden i sager vedrørende overtrædelse af markedsføringslovens § 6 (spam) således som udgangspunkt udmåles i overensstemmelse med Forbrugerombudsmandens beregningsmodel, hvorefter der for op til 100 overtrædelser fastsættes en bøde på 10.000 kr., og for over 100 overtrædelser fastsættes en bøde på 100 kr. for hver overtrædelse. Opmærksomheden skal dog henledes på, at der alene er tale om et udgangspunkt, samt at der altid skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt der foreligger formildende eller skærpende omstændigheder, der kan begrunde, at bøden enten nedsættes eller forhøjes.

5.3. Retspraksis om spam

Der ses ikke at være afsagt domme vedrørende markedsføringslovens § 6 (spam) om forhold, der er begået efter, at 2005-markedsføringsloven er trådt i kraft.

Til illustration af retspraksis forud for lovændringen kan dog henvises til følgende dom (også omtalt under pkt. 5.2. ovenfor):

Højesterets dom af 22. september 2005 (U2005.3446H): Teleselskabet T blev ved SØ- og Handelsrettens dom fundet skyldig i overtrædelse af markedsføringslovens § 6 a, stk. 1, [nu § 6] ved uden forudgående anmodning at have fremsendt ca. 12.000 sms-beskeder og ca. 36.000 e-mails til diverse modtagere med henblik på afsætning af diverse ydelser. Desuden blev T fundet skyldig i overtrædelse af visse andre bestemmelser i markedsføringsloven ved at have anvendt angivelser, der på grund af deres form mv. var utilbørlige i forhold til andre erhvervsdrivende eller forbrugere. Under hensyn til antallet af uanmodede henvendelser, til den gene, som henvendelserne havde medført for modtagerne, og til oplysningerne om T's forhold mv. blev T idømt en bøde på 2 mio. kr. Herved lagde SØ- og Handelsretten bl.a. vægt på, at T hurtigt havde trukket sin kampagne tilbage efter en henvendelse fra Forbrugerombudsmanden. Højesteret udtalte, at der ved udmåling af bøder for overtrædelse af markedsføringslovens § 6 a måtte lægges vægt på antallet af adressater for de uanmodede henvendelser, men at der ikke kunne tages udgangspunkt i et bestemt bødebeløb pr. adressat. Der måtte således også lægges betydelig vægt navnlig på den opnåede eller tilsigtede fortjeneste, jf. straffelovens § 51, stk. 3. Desuden fandt Højesteret, at de udsendte e-mails var udtryk for en mindre aggressiv markedsføring. Vedrørende de øvrige forhold lagde Højesteret vægt på, at der var tale om overtrædelser af mindre grov beskaffenhed, som ikke var blevet påtalt af nogen forurettet. Højesteret fandt ligesom SØ- og Handelsretten, at der ikke var grundlag for strafnedsættelse som følge af, at T havde haft den opfattelse, at sms-meddelelser ikke var omfattet af udtrykket ”elektronisk post”. Efter en samlet vurdering fastsatte Højesteret herefter bøden til 400.000 kr.

Jørgen Steen Sørensen