

Dr. jur. Maximilian Konrad,

Dr. jur. Lorenz Marx

og

Prof. Dr. jur. Rupprecht Podszun's juridiske vurdering fra December 2020

***'Adresseløse forsendelser i tysk ret - om antageligheden af en
aktiv tilvalgsordning'***

*('Briefkastenwerbung im deutschen Recht - Zur Zulässigkeit eines Opt-In
Modells')*

**- en kommenteret oversættelse, af den - for dansk retstilling - relevante del
af cand. jur. Peter Huggler**

| | |
|---|----|
| Oversætterens forskrift | 1 |
| Om forfatterne | 2 |
| Om oversætteren | 2 |
| Oversætters resumé på dansk | 5 |
| A. Husstandsomdelte reklamer i Tysk (og EU-) ret – implementeringsmuligheder for en ‘Reklamer Ja Tak’-ordning | 6 |
| I. Juridisk vurderingsoplæg og formål | 6 |
| II. lovforslag til ny tysk § 7 stk 2, pkt 2 UWG. | 9 |
| III. Begrebsdefinition af “Adresseløse forsendelser” | 10 |
| B. EU-retlig retmæssighed | 12 |
| I. Primærretlige krav | 12 |
| II. Sekundærretlige krav | 13 |
| 1. Databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation | 14 |
| a) Anvendelsesområde og spillerum for nationale lovgivere | 14 |
| b) Krav | 15 |
| c) Implementering | 16 |
| 2. Direktivet om urimelig handelspraksis | 16 |
| a) Anvendelsesområde | 17 |
| b) Krav | 19 |
| c) Implementering | 20 |
| d) Handlingsmuligheder for de nationale lovgivere | 21 |
| III.Resultater | 25 |
| C. Tysk forfatningsretlig antagelighed | 26 |
| I. Kompatibilitet med ytrings- og pressefriheden | 27 |
| 1. Beskyttelsesområde | 27 |
| 2. Indgreb | 29 |
| 3. Begrundelse | 30 |
| a) Generelle love | 31 |
| b) Forholdsmæssighed | 32 |
| (i) Legitime mål | 32 |
| (ii) Egnethed | 33 |
| (iii) Nødvendighed | 34 |

| | |
|---|----|
| (iv) Hensigtsmæssighed | 35 |
| (a) Alvorligheden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder | 35 |
| (b) Fordele for det tilsigtede formål | 36 |
| (c) Afvejning | 37 |
| II. Kompatibilitet med informationsfriheden | 39 |
| 1. Beskyttelsesområde | 39 |
| 2. Indgreb | 39 |
| 3. Begrundelse | 40 |
| III. Kompatibilitet med den såkaldte Berufsfreiheit | 40 |
| 1. Beskyttelsesområde | 41 |
| 2. Indgreb | 42 |
| 3. Begrundelse | 42 |
| (i) Tre-trins-teorien | 43 |
| (ii) Forholdsmæssighed | 44 |
| (a) Tyngden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder | 45 |
| (b) Fordele for det tilsigtede formål | 45 |
| (c) Afvejning | 46 |
| III. Konklusion | 49 |
| I. Sammenfatning af rapporten | 51 |
| II. Oversætters konklusion | 53 |
| Tilskrivning – April 2021 | 54 |

Oversætterens forskrift

En Ja Tak-ordning bliver hyppigt diskuteret såvel i Danmark som andre EU-lande. Der er et stort ønske om at indføre en Reklamer Ja Tak-ordning, og der er blevet påpeget flere metoder til indførelse af netop en sådan ordning. Ligeledes er der fra visse interessenter påstået, at det skulle være en umulighed at indføre en aktiv tilvalgsordning for adresse-løse forsendelser¹.

Blandt de værktøjer der allerede er foreslået, findes artikel 114 i TEUF. I denne rapport bliver der præsenteret alternative tilgange, hvor nogle af Europas mest velrenomerede eksperter giver deres udlægning af en aktiv tilvalgsordning, og konklusionen er klar: En aktiv tilvalgsordning er mulig at indføre af hensyn til klima og miljø.

Dette er en loyal oversættelse til dansk, hvor kritiske punkter ikke er udeladt, men enkelte formuleringer i rapporten er udeladt, da de beskæftiger sig med en konkret formulering i forhold til den tyske konkurrencelov, hvilket ikke er analogt overførbart til Danmark eller øvrige EU-lande, og alene vil tjene til forvirring.

Hvis tekst er udeladt, vil dette være noteret og tydeligt markeret.

Hvis noter er oversætterens, vil de være i kursiv forsynet med 'ON:' til at starte med.

Undervejs kommer der der fra oversætterens hånd, kommentarer der forholder sig til den danske retsstilling.

Opbygningen er identisk med den tyske rapport, og samtlige fodnoter der henvises til, er såfremt intet andet er tydeligt angivet, de oprindelige forfatteres. Den eneste diskre-

¹ [ON: her henvises bl.a. til Beck Bruun-notatet fra advokat Peter Stig Jakobsen af 12/2-2020 udarbejdet for Dansk Erhverv <https://www.danskerhverv.dk/siteassets/mediafolder/dokumenter/04-politik/notat---juridiske-overvejelser-om-eventuel-ja-tak-ordning---12.02.2020.pdf> samt Bech Bruun-notatet fra advokat Peter Stig Jakobsen udarbejdet for Brancheforeningen af Danske Distributionsvirksomheder af 8/4-2020:<https://www.ft.dk/samling/20201/beslutningsforslag/B262/bilag/4/2370523.pdf>]

pans er, at der i denne udgave findes en indholdsfortegnelse, af hensyn til læsers overblik, samt de førnævnte rettelser.

Om forfatterne

Dr. jur. Maximilian Konrad er specialiseret i konkurrenceretten, og skrev en PhD i faget 'Antitrust law'. Fra 2015-2020 har han arbejdet som forsker og advokat v. Bundesretten i Karlsruhe.

Dr. jur. Lorenz Marx er videnskabelig medarbejder (postdoc) og holder 'Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung' (Lektoratet for ret og sikkerhed ved digitalisering) ved Münchens Tekniske Universitet. Han er specialiseret i IP-retten, uddannet LL.M. fra Kings College, og Dr. jur. fra Bayreuth Universitet.

Prof. Dr. jur. Rupprecht Podszun er specialiseret i konkurrenceretten, EU-retten, generel erhvervsret og retsteori. Han har et professorat ved Max Planck instituttet for innovation og konkurrence, og ved Heinrich Heine Universität.

Om oversætteren

Cand. jur. Peter Huggler er uddannet fra Københavns Universitet, specialiseret indenfor søret, samt konkurrence- og markedsføringsret. Han har arbejdet med de juridiske problemstillinger omkring implementeringen af en Reklamer Ja Tak-ordning siden 2011.

Oversætteren har i den forbindelse bl.a. beskæftiget sig indgående med muligheder for gennem Artikel 114 i TEUF at implementere en eventuel Ja Tak-ordning.

Ligeledes besidder han et bredt kendskab til konkrete udfordringer opstået for nationalstater, ved ønske om implementering af en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsen-

delser, ligesom som argumenterne for og imod en aktiv tilvalgsordning på miljø og forbrugerområdet.

Kontakt ang. vurderingen (på tysk):

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht.

Heinrich Heine Universität
Gebäude 24.91, Raum U 1.24

Universitätsstraße 1

40225 Düsseldorf

Ang. Oversættelse og kommentarer

Peter Huggler

Reklamer Ja Tak

peter.huggler@gmail.com

+45 28 60 41 19

München/Düsseldorf, December 2020

Oversat i København, Januar 2021, sidste rettelse 26. April 2021.

Oversætters resumé på dansk

[Denne side er indsat af oversætteren, og indeholder et resumé for ikke-jurister—

Følgende konkluderes i denne juridiske vurdering:

- En aktiv tilvalgsordning er på ingen måde et forbud mod adresseløse reklamer (f.eks. tilbudsaviser) – Det vurderes ikke at der vil være nogle EU-retlige konflikter i forhold til EU-retlige juridiske regler og principper og en “Ja Tak”-ordning vurderes at kunne implementeres af lovgiver.
- En aktiv tilvalgsordning vil være en konkurrencemæssig ligestilling.
- En aktiv tilvalgsordning vil i sagens natur være god for miljø og klima.
- En aktiv tilvalgsordning kræver en mindre omstillings/implementeringsperiode.
- En aktiv tilvalgsordning strider ikke mod EU-direktiver.
- En aktiv tilvalgsordning strider ikke mod TEUF.
- En aktiv tilvalgsordning er ingenlunde i strid med den frie bevægelighed for tjenesteydelser.
- En aktiv tilvalgsordning er ingenlunde i konflikt med varernes frie bevægelighed.
- En aktiv tilvalgsordning hjælper til at opfylde klimamål som Danmark og EU er bundet af.
- En aktiv tilvalgsordning strider ikke mod principper og regler om forskelsbehandling/ligestilling.
- En aktiv tilvalgsordning strider ikke mod EU-charteret.
- En aktiv tilvalgsordning er et proportionelt indgreb, der vil være en god idé, for at overholde internationale forpligtelser.

Slut på oversætters resumé for ikke-jurister]

A. Husstandsomdelte reklamer i Tysk (og EU-)² ret – implementeringsmuligheder for en ‘Reklamer Ja Tak’-ordning

I. Juridisk vurderingsoplæg og formål

Denne juridiske vurdering omhandler muligheden for at ændre § 7 stk. 2, 2. pkt i UWG (Lov om illoyal konkurrence³), med det formål, af hensyn til miljø- og klimabeskyttelse samt forbrugerbeskyttelse mod urimelige gener, at lade husstandsomdelte⁴ reklamer være afhængige af et samtykke fra modtageren (opt-in modellen). Vurderingen blev bestilt af Letzte Werbung e.v. på deres oplæg.

For adresseløse forsendelser bør en aktiv tilvalgsordning gælde, og ikke - som hidtil - en aktiv fravalgsordning, der kræver en specifik [ON: *for husstanden*] framelding fra forbrugeren, for at undgå at modtage adresseløse forsendelser.

I det følgende vurderes grundigt den juridiske retmæssighed for denne ordningsændring af § 7 stk 2 i UWG [ON: *Hvor den nuværende fravalgsordning er indskrevet*]. Konklusionen blev at den foreslåede ændring var lovlig.

² ON: *Parantesen med indhold er indsat af oversætter*

³ ON: *Den tyske konkurrencelov*

⁴ ON: *Husstandsomdelte reklamer, og adresseløse forsendelser bruges heri synonymt, som oversættelse af begreberne “Briefkastenwerbung” og “Werbeinformation”.*

Hvad angår EU-retlige hensyn, konkluderedes et tilstrækkeligt lovgivningsmæssigt spillerum, til at en national aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser, var udenfor de sekundære juridiske krav i direktivet om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor⁵ ligesom EUs direktiv om urimelig handelspraksis⁶ anvendelsesområde ikke kom i anvendelse ved et sådant forslag.

Hvad angår forfatningsretlige⁷ spørgsmål, er lovændringen ligeledes tilladt. For så vidt som den tilsigtede ændring overhovedet er at betragte som et indgreb i den tyske forfatnings

| | | |
|---------------------------------|---|-----------------------------|
| Art 5 stk. 1 pkt. 1, 1. sætning | – | Ytringsfriheden |
| Art 5 stk. 1 pkt. 2, 1. sætning | – | Pressefriheden |
| Art 5 stk. 1 pkt. 1, 2. sætning | – | Informationsfriheden |
| Art 12 stk. 1 | – | Berufsfreiheit ⁸ |

er dette indgreb under alle omstændigheder, berettiget af den altoverskyggende miljøbeskyttelse (Art 20a), individets grundlæggende rettigheder (Art 2 stk. 1 - såvelsom Art 1 stk. 1), og den negative informationsfrihed (Art 5 stk. 1 pkt. 1, 2. sætning).

⁵ ON: direktiv 2002/58/EF

⁶ ON: direktiv 2005/29/EF

⁷ ON: Den tyske forfatning indeholder i videre omfang end den danske, en inkorporation af menneskeretlige artikler. Det er vanlig praksis at konsultere EMD i spørgsmål om menneskerettigheder, hvorfor disse medtages som retningslinjer, men ikke kan benyttes som endelig facit i en dansk sammenhæng.

⁸ ON: Dette er en ikke EMRK-retlig kendt frihedsrettighed. Det er derimod en frihedsrettighed til frit at vælge sit erhverv, som bl.a. står i art 15-16 i EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder. Artikel 15 siger "Enhver har ret til at arbejde og til at udøve et frit valgt eller accepteret erhverv". Bech Bruun oversætter Berufsfreiheit til at betyde Erhvervsfrihed, hvilket grundet det tyske omfang ikke kan siges at være korrekt.

Link: [Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder](#)

II. lovforslag til ny tysk § 7 stk 2, pkt 2 UWG.

[ON: Selve det tyske lovforslags formulering er udeladt, da det i forhold til denne rapports indhold alene forvirrer, og da forslaget ikke kan oversættes for at blive anvendt i dansk ret, grundet forskellige juridiske regimer. Forslaget er skrevet som et ændringsforslag af den tyske UWGs § 7 stk 2, pkt. 2]

Sigtet med forslaget er at højne klima- og miljøbeskyttelse, ved overgangen fra den nuværende aktive fravalgsordning, til den aktive tilvalgsordning ventes der en markant nedgang i antallet af modtagere af adresseløse forsendelser, da der med stor sandsynlighed vil være færre der siger 'Ja Tak', end dem der allerede nu aktivt har frmeldt sig adresseløse forsendelser med et 'Nej Tak'-skilt.

Der vil dermed kunne forventes et markant fald i antallet og mængden af adresseløse forsendelser, hvilket vil give en reduktion i klima og miljøpåvirkningen fra tryksager, transport, samt mindre papir- og emballageaffald, hvilket overordnet vil medføre mindre CO₂-emissioner. Overgangen til en aktiv tilvalgsordning fra en aktiv fravalgsordning, yder således et betydeligt bidrag til landets [ON: Tysklands] overordnede mål om netto-CO₂-neutralitet, uden at pådrage almenheden bemærkelsesværdige udgifter.

I stedet for at medføre yderligere udgifter for den almene borger, forbedrer modelændringen sågar forbrugerbeskyttelsen mod den urimelige belastning fra adresseløse forsendelser i den beskyttede personlige privatsfære⁹, samtidig med at den foreslåede ordning tillader forbrugere der ønsker at modtage adresseløse forsendelser, at tilvælge disse ved at klistre et postkasse-skilt med teksten "Reklamer Ja Tak"¹⁰ op, for forsat at med at modtage adresseløse forsendelser.

⁹ ON: der menes hermed 'Styrker beskyttelsen privatlivets fred indenfor hjemmets fire vægge'.

¹⁰ ON: Den tyske formulering er "Werbung willkommen" altså "Reklamer [er] velkomment"

III. Begrebsdefinition af “Adresseløse forsendelser”

Genstanden for lovændringen er de såkaldte “adresseløse forsendelser”.

Ved adresseløse forsendelser forstås de husstandsomdelte uadresserede reklamematerialer (Brochurer, flyers, tilbudsaviser, kataloger mv.)¹¹

Såkaldte adresseløse forsendelser omfatter derfor alene reklamemateriale, men ikke gratisaviser med et redaktionelt indhold eller indstik i gratisaviser el. lokalaviser.¹²

Ligeledes menes her ikke indstik i aviser der abonneres på.¹³

Adresseløse forsendelser er altså alene ikke uadresseret reklamemateriale, såsom brochurer, flyers, tilbudsaviser, kataloger, udelte kopier og reklameaviser uden et redaktionelt indhold, som ikke er indstik i en avis der abonneres på, men mere omfattende og dækker alle former for omdelt reklamemateriale der ikke er på den udtømmende liste ovenfor.

[ON:

Adresseløse forsendelser vil i en dansk forståelse være mere omfattende, da vi har to yderligere kategorier.

Nemlig, individualiserede uadresserede forsendelser (som reklamer der sendes ud til

¹¹ Ohly, i: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., § 7 UWG omkr. 36, 39; vgl. BGH, Urt. v. 20.12.1988, VI ZR 182/88, GRUR 89, 225 – Handzettel-Wurfsendungen.

¹² BGH, Beschl. v. 16.05.2012, I ZR 158/11, GRUR-RR 12, 495 – Gratis Anzeigenblatt; OLG Hamm, Urt. v. 14.07.2011, I-4 U 42/11, GRUR-RR 11, 469 – Gratiszeitung mit Werbebeilagen; Ohly, i: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., § 7 UWG omkr. 39.

¹³ OLG Hamm, Urt. v. 14.07.2011, I-4 U 42/11, GRUR-RR 11, 469 – Gratiszeitung mit Werbebeilagen; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.07.1991, 15 U 76/91, NJW 1991, 2913.

mindre områder) og massedistribueret adresserede forsendelser uden en påtrykt adresse (som omfatter f.eks. Ja Tak+ -ordningen).]

B. EU-retlig retmæssighed

Da overensstemmelse med EU-retten er nødvendig for en implementering af en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser, er dette tilstræbt i dette [ON: tyske] forslag.

I. Primærretlige krav

Den foreslåede Reklamer Ja Tak-model, skal i forholdt til de primærretlige krav være, særligt i forhold til de i TEUF underliggende frihedsrettigheder, forenelig.¹⁴

Varenes frie bevægelighed (Art. 34 TEUF) vil ikke blive påvirket, da den foreslåede Ja Tak-ordning højst kan anses som “en anden salgsmodalitet” i den forstand der udledes af Keck-doktrinen¹⁵, og udenlandske leverandører ikke dermed diskrimineres.

På den anden side, *kan* der være en påvirkning af tjenesteydelsernes frie udveksling i begyndelsen, såfremt forslaget ikke eksekveres efter artikel 57 stk 1 TEUF om varenes frie bevægelighed.

Tjenesteydelsernes frie udveksling omfatter såvel [*den enkelte*] reklame for en tjeneste, som selve den tjeneste det er at reklamere. Begrænsninger i tjenesteydelsernes frie bevægelighed gælder ikke alene forskelsbehandlingen på baggrund af nationalitet eller bopæl, men også alle de foranstaltninger, der er relevante for aktiviteterne hos tjenesteudbydere der er baseret i en anden medlemsstat, og lovligt udbyder tilsvarende

¹⁴ Udførligt om dette af Köhler, i: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indl. omkr. 3.14 ff.; Ohly, i Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., intr.C omkr. 9 ff.

¹⁵ Domstolens dom af 24.11.1993, forbundne sager C-267/91 og C-268/91 – *Keck og Mithouard*; om dette - Köhler, i: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indledningen omkr. 3.20 ff.

tjenester dér, hvis de [ON: direkte eller indirekte kan eller har til formål, eller som konsekvens] at stoppe, hindre eller gøre det mindre attraktivt at levere tjenester^{16,17} Effekten af den foreslåede tilvalgsordning i forhold til den grænseoverskridende tjenesteydelsesudveksling, bliver grundet den lokale karakter af adresseløse forsendelser, såvel som de øvrige [ON: Efter en Ja Tak-ordnings indførsels] muligheder for markedsføring gennem (også trykt) adresseret forsendelse håndterbare.

Såfremt en begrænsning af tjenesteydernes frie udveksling blev påstået, ville en aktiv tilvalgsordning dog være berettiget, da den er nødvendig af almene hensyn, hvilket også omfatter miljøbeskyttelse¹⁸, eftersom forslaget ligeledes er proportionalt med dette og ikke kan opnås med mindre drastiske indgreb¹⁹.

II. Sekundærretlige krav

Direktiv 2002/58/EF om personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation)²⁰ og direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis²¹ indeholder krav til *direct mail*-området.²²

¹⁶ ON: i forhold til nationale virksomheder. Altså der må ikke være tale om diskrimination.

¹⁷ St. Rspr., EuGH, Urt. v. 30.10.2000, Rs. C-58/98 – Corsten, omkr. 33 m.w.N.

¹⁸ Se eksempelvis opgørelsen i artikel 4 nr. 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked. [ON: Der var skrevet "Richtlinie 2006/132/EG" - men dette må være en tastefejl.]

¹⁹ Köhler, i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indl. omkr. 3.36 - med eksempler fra Domstolens tidligere afgørelsespraksis. Se også det i det væsentligste parallelle argument om forfatningsmæssig antagelighed i kapitel C.

²⁰ Senere ændret gennem direktiverne 2006/24/EF og 2009/136/EF.

²¹ Der ændrede i Rådets direktiv 84/450/EØF, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiver 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF samt Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004.

²² [ON: Det vi i Danmark forstår som adresserede forsendelser i markedsføringsperspektiv, her dækkende over såvel fysiske (trykte) som digitale.]

1. Databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation

I det følgende skal rækkevidden af databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation og lovgiveres mulighed for indførelse af en tilvalgsmodel til postkasseanoncering først defineres (Se pkt. A.). På denne baggrund diskuteres direktivets krav (Se pkt. B.). Endelig diskuteres gennemførelsen af tyske lovgivere (Se pkt. C.).

a) Anvendelsesområde og spillerum for nationale lovgivere

Databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation regulerer **behandlingen af personbestemte oplysninger i elektronisk kommunikation** ud over de generelle databeskyttelsesforskrifter^{23 24}. Formålet med direktivet er at **beskytte privatlivets fred** for brugere af elektroniske kommunikationssystemer (artikel 1, stk. 1, databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation).²⁵

Artikel 13 i databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation indeholder detaljerede krav til direct mail, for at beskytte privatlivets fred for forbrugerne (mere om dette nedenfor). Disse regler viser eksempler på de krav, der kan stilles til direct mail; de tjener således som et forbillede for en mulig regulering af adresløse forsendelser. Direktivets anvendelsesområde dækker imidlertid kun områ-

²³ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger i mellemtiden erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

²⁴ ON: populært kaldet GDPR-forordningen

²⁵ Köhler, i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indl. omkr. 3.54; Ohly, i Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., § 7 omkr. 8.

det for elektronisk kommunikation. Den foreslåede tilmeldingsmodel til adresseløse forsendelser omhandler dog ikke-elektronisk, men trykt reklame distribueret pr. post eller ved anden husstandsomdeling. Omfanget af databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation berøres derfor ikke af det nye lovforslag, så databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation, giver dermed den nationale lovgiver det nødvendige spillerum for indførelsen af en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser.

b) Krav

Artikel 13 i databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation indeholder obligatoriske krav til den nationale lovgiver, når det kommer til “uadresserede meddelelser” via elektronisk kommunikation [*ON: det der på dansk forstås som f.eks. Spammail, automatiske kaldesystemer etc.*].

- I henhold til artikel 13, stk. 1, er brugen af automatiske opkaldsmaskiner, faxmaskiner eller elektronisk post til direkte reklame mod fysiske personer kun tilladt med forudgående samtykke fra deltagerne eller brugerne (aktivt tilvalg).

- En undtagelse findes i artikel 13, stk. 2, for direkte mail med elektronisk post, hvis annoncøren har fået kundens e-mail-adresse i forbindelse med salg af et produkt eller en tjeneste, forudsat at kunden klart og tydeligt får mulighed for at nægte sådan brug af sin Email-adresse og uden problemer (og uden gebyr) under indhentning af Email-adresse og ved hver modtaget Email har mulighed for at frabede sig sådanne Emails, såfremt kunden ikke har nægtet brug af Emailen til dette formål på forhånd.

- Artikel 13, stk. 3, regulerer området for telemarketing og giver medlemstaterne mulighed for både en opt-in og en opt-out-model.
- Endelig forbyder artikel 13, stk. 4, direct mail [*ON: adresserede forsendelser*] med elektronisk post, hvor afsenderens identitet er skjult eller hemmeligholdt eller specifikke regler krænkes.

c) Implementering

De tyske lovgivere har implementeret kravene fra artikel 13 i databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation i UWG § 7 stk. 2 nr. 2 ff.²⁶

[ON: Udeladt afsnit, der omhandler den konkrete tyske implementering, hvorledes der potentielt kan udvides på telemarketing uden forudgående samtykke osv. dette redegøres der heri ikke for, hvorvidt det anvendes i Danmark.]

2. Direktivet om urimelig handelspraksis

Også direktivet om urimelig handelspraksis formulerer krav til Direct Mail-området. Disse er ikke i konflikt med den ønskede Reklamer Ja Tak-ordning.

Direktivet om urimelig handelspraksis' anvendelsesområde defineres nedenfor (se litra A.) samt direktivets krav til dette (se litra B.) og dets implementering af den tyske lovgiver (se litra C.). På denne baggrund undersøges det, om direktivet om urimelig handelspraksis giver den nationale lovgiver tilstrækkelig spillerum til en overgang til en Reklamer Ja Tak-model (se D.). Dette besvares bekræftende.

²⁶ Udkast til første lov om ændring loven mod urimelig handelspraksis, BT-Drucks. 15, 1487, s. 1, 21 [opr. fodnote: "*Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BT-Drucks. 15, 1487, S. 1, 21.*"]

a) Anvendelsesområde

Formålet med direktivet om urimelig handelspraksis, er jf. artikel 1 "tilnærmelse af medlemsstaternes love om **urimelig handelspraksis, herunder illoyal reklame, som direkte skader forbrugernes økonomiske interesser**" (se også introduktionens 6 betragtning. 1. linje). introduktionens 7. betragtning specificerer anvendelsesområdet for UPG-direktivet som følger:

“Dette direktiv vedrører former for **handelspraksis, som direkte påvirker forbrugernes transaktionsbeslutninger i forbindelse med produkter**. Det vedrører ikke handelspraksis, som hovedsagelig udøves i andre øjemed, herunder kommerciel kommunikation rettet mod investorer som f.eks. årsberetninger og virksomhedspromoverende litteratur. Det vedrører heller ikke lovmæssige krav med hensyn til smag og anstændighed, der varierer meget fra den ene medlemsstat til den anden. En handelspraksis som f.eks. kundehvervning på gaden kan i nogle medlemsstater være uønsket af kulturelle grunde. Medlemsstaterne bør derfor fortsat kunne forbyde visse former for handelspraksis på deres område under henvisning til smag og anstændighed, uanset at sådanne former for praksis ikke begrænser forbrugernes valgfrihed. Der skal tages fuld højde for den enkelte sags omstændigheder i forbindelse med anvendelsen af dette direktiv, navnlig de generelle bestemmelser heri.”

Direktivet om urimelig handelspraksis vigtigste anliggende er dermed beskyttelsen af det *økonomiske, ikke forbrugernes øvrige interesser.*

Under denne tærskel, påvirker direktivet altså ikke medlemsstaters regler om generende handelspraksis, der ikke direkte påvirker forbrugeres handelsmæssige valgfrihed. Eksempelvis åbner betragtning 7, s. 3 op for at medlemslandene får mulighed for forbyde en kommerciel praksis af hensyn til "smag og anstændighed", også når denne praksis ikke påvirker forbrugers valgfrihed.²⁷

Kommissionen understreger i sine retningslinjer²⁸ for implementering/anvendelse af direktivet om urimelig handelspraksis fra 2016, at nationale regler til beskyttelse af ikke-økonomiske interesser ikke bliver berørt af direktivet om urimelig handelspraksis og nævner miljøbeskyttelse som et eksempel:²⁹

The UCPD³⁰ does not cover national rules intended to protect interests which are not of an economic nature. Therefore, the UCPD does not affect the possibility of Member States to set rules regulating commercial practices for reasons of health, safety or environmental protection. Also existing national rules on marketing and advertising, based on 'taste and decency' are not covered by the UCPD. According to Recital 7, 'This Directive [...] does not address legal requirements related

²⁷ Ohly, i Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. udg., § 7 omkr. 11. ; Glöckner i: Harte- Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. udg., del. B omkr. s. 236.

²⁸ Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD (2016) 163 final

²⁹ Med henblik på sproglig præcision anvendes den originale engelske tekst. [ON: Markeringerne er fra den tyske rapport.]

³⁰ ON: Direktivet om urimelig handelspraksis.

to taste and decency which vary widely among the Member States. [...] Member States should accordingly be able to continue to ban commercial practices in their territory, in conformity with Community law, for reasons of taste and decency even where such practices do not limit consumers' freedom of choice. [...].³¹

Kommissionen antager således, at miljøbeskyttelse er en berettiget årsag til at vedtage regler i medlemsstater, der ved siden af reglerne i direktivet om urimelig handelspraksis spiller en rolle.

b) Krav

Obligatoriske krav til nationale lovgivere er især defineret i bilag 1 til direktivet om urimelig handelspraksis, hvilken indeholder en udtømmende liste over handelspraksis, der under alle omstændigheder skal betragtes som urimelige (jf. Artikel 5, stk. 5, direktivet om urimelig handelspraksis).

"Der foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning. Dette berører ikke artikel 10 i direktiv 97/7/EF eller direktiv 95/46/EF og 2002/58/EF."

³¹ Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD (2016) 163 final, S. 8.

Bilag 1 punkt. 26, 2. punktum, gør det klart, at de sektorspecifikke krav til direkte markedsføring ved hjælp af elektronisk kommunikation fra artikel 13 i databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation (se del B, 2. overskrift, punkt 1) forbliver upåvirket.

c) Implementering

Den tyske implementering af de obligatoriske krav i bilag 1 nr. 26 fra direktivet om urimelig handelspraksis, fandt sted gennem den nye [ON: *Den aktuelle/gældende*] version af § 7, pkt. 2 nr. 1 UWG:³²

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;

[...]

De tyske lovgivere fortolker altså kravene fra tillæg 1 nr. 26 i direktivet om urimelig handelspraksis til at betyde en fravalgsmodel ("obwohl er dies erkennbar nicht wünscht" – "skønt han [ON: *forbrugeren*] tydeligvis ikke ønsker dette") for reklamer hvor der ikke gøres brug af elektronisk kommunikations-

³² Udkast til første lov om ændring loven mod urimelig konkurrence, BT-Drucks. 16/10145, s. 1, 29.

midler.³³

Efter den tyske opfattelse påvirker bestemmelserne i direktivet om urimelig handelspraksis gennemførelsen af artikel 13 i databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation, § 7, stk. 2, nr. 2 og 3 UWG.³⁴

d) Handlingsmuligheder for de nationale lovgivere

For [ON: den tyske] lovgiver er der et tilstrækkeligt råderum for ændringer, der strækker sig ud over den tidligere implementering af direktivet om urimelig handelspraksis, [ON: og giver plads] til at indføre en aktive tilvalgsordning for adresseløse forsendelser.

Direktivet om urimelig handelspraksis søger inden for dets anvendelsesområde at lave en såkaldt totalharmonisering (art. 4 i direktivet om urimelig handelspraksis). Dermed nægtes medlemsstaterne inden for det område, der er justeret ved direktivet om urimelig handelspraksis at vedtage strengere eller mere restriktive regler, selvom således at et højere niveau af forbrugerbeskyttelse ville kunne opnås.³⁵

Den foreslåede tilføjelse til § 7 stk. 2 nr. 2 UWG, kunne i denne henseende gå ud over kravene i direktivet om urimelig handelspraksis bilag 1, pkt 26³⁶, da denne konverterer fravalgsordningen i direktivets bilag 1, pkt 26 til en tilvalgsord-

³³ Det hertil ubetydelige resultat af spørgsmålet om direktivet om urimelig handelspraksis' konformitet med § 7 Abs. 1 Nr. 1 UWG, mere udførligt i Köhler, WRP 2015, 798, 801.

³⁴ Udkast til første lov om ændring loven mod urimelig konkurrence, BT-Drucks. 16/10145, s. 1, 30.

³⁵ Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD (2016) 163 final, S. 11 ff.; Glöckner, i: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. udg., del. B omkr. 173 ff.; Köhler, i: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indl. omkr. 3.56, 3.62a; Ohly, i Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., del. C omkr. 45.

³⁶ I det mindste er det den tyske lovgivers forståelse, jf. Köhler, WRP 2015, 798, 801.

ning og ligeledes gør brug af "vedholdenhed"³⁷ som kriterie.³⁸

Det er imidlertid korrekt at antage, at den foreslåede lovændring ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktivet om urimelig handelspraksis på grund af forslagets formål. Som beskrevet ovenfor er anvendelsesområdet for direktivet begrænset til handelspraksis, der er direkte relateret til at påvirke forbrugernes økonomiske beslutninger.³⁹

Direktivet om urimelig handelspraksis påvirker ikke denne sontring, og dermed ikke medlemsstaternes forbud mod urimelig handelspraksis, der ikke direkte påvirker forbrugeres økonomiske handlefrihed⁴⁰. Derudover er nationale regler til beskyttelse af ikke-økonomiske interesser ikke berørt af direktivet.⁴¹

Målet med den foreslåede tilvalgsordning til adresseløse forsendelser er netop en ikke-økonomisk interesse; nemlig miljøbeskyttelse ved at reducere uønsket og derfor meningsløst tryksager og også ulæste tryksager der smides væk ved modtagelsen. Hvis færre af sådanne reklamer blev trykt og sendt ud, ville for disse være betydelige [ON: Positive] miljøbeskyttelseseffekter: mindre udledning af forurenende stoffer og ressourceforbruget i produktionen af brochurerne ville falde væk. Transporten ville blive udelades. Husholdningsaffaldsbelastningen ville

³⁷ ON: Oversætters citationstegn

³⁸ ON: Oversætterens syn på dette er ikke i overensstemmelse med d'herrer forfatterne på dette punkt, da totalharmonisering anses som betydende "ikke mere end" hvilket forfatterne selv har redegjort for, og derfor ikke kan udvides til mere end på denne liste. Derfor kommer oversætters konklusion til at lyde "eftersom miljøbeskyttelse er udenfor direktivet om urimelig handelspraksis' anvendelsesområde, kan hindrer direktivet om urimelig handelspraksis ikke at et forslag om en aktiv tilvalgsordning gennemføres af denne grund".

³⁹ Köhler, i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. udg., indl. omkr. 3.57.

⁴⁰ Ohly, i Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., § 7 omkr. 11; Glöckner, i: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. udg., del B, omkr. 236

⁴¹ Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD (2016) 163 final, S. 8.

blive [*ON: Ud fra de danske tal: meget markant*] reduceret. Bortskaffelse og genanvendelse af restprodukterne ville kunne udelades.

Den gene, der stammer fra adresseløse forsendelser, ligger allerede nu ikke i påvirkning af forbrugernes økonomiske valgfrihed, men snarere i det der kan betegnes som uspecificeret massereklame, der kan siges med folkelige ord at "skyde med spredehagl". Især påvirkes privatlivets fred og personlige rettigheder, men ikke forbrugernes økonomiske interesser. Når det kommer til beskyttelse mod chikane i § 7 i UWG, arbejder lovgiver allerede med beskyttelse af individet i.fht. at skulle håndtere kommerciel kommunikation pålagt udefra i hans eller hendes beskyttede personlige privatsfære.

Kommerciel kommunikation er legitim, privatøkonomisk vigtig og derfor ikke forbudt. jf. kerneindholdet i UWG forslagets § 7, skal det dog respekteres, at personen selv bestemmer, om og hvornår han / hun beskæftiger sig med reklame. Massedistribueret uadresseret reklame [*ON: forstås her som: den fulde postkasse med reklamer*] er i denne sammenhæng et gene for den enkelte person i deres beskyttede personlige privatsfære [*ON: det er en uhyre nøjagtig jura-tysk måde, at omtale hjemmet der tilhører det subjekt der er genstand for beskyttelsen*]. Denne opfattelse svarer til Kommissionens forståelse, som de redegør for sine retningslinjer omkring implementeringen og anvendelsen af direktivet om urimelig handelspraksis fra 2016 i forhold til direktivets overensstemmelse med en national aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser:

“Specific rules on unsolicited communications using electronic communications networks (i.e. by telephone or email) are laid down in Article 13 of the e-Privacy Directive 2002/58/EC.

Automatic calling machines, fax machines or email may be only used for the purposes of direct marketing to contact users who have given their prior consent. These sector-specific provisions prevail over the UCPD, meaning that such solicitations do not have to be persistent and that Member States must penalise solicitations from the first call or email.

There are no similar sector-specific EU rules for marketing by post and other printed advertising. *These are exhaustively regulated by the UCPD, and by point No 26 of the Annex in particular. Therefore, national provisions prohibiting all kinds of unaddressed printed advertising go beyond the fully harmonised provisions of the UCPD, unless consumers give prior consent (opt-in).*

Such a prohibition would be allowed only if it falls outside the scope of the Directive, i.e. it does not have the aim of protecting the economic interest of consumers.

Some Member States have defended such prohibitions on different grounds, e.g. protecting the environment (reducing paper wasted on marketing material).⁴²

⁴² Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD (2016) 163 final. (Fremhævelse er alene i rapporten [ON: Såvel dansk oversættelse som tysk original notat])

Med denne udtalelse, gør Europa-Kommissionen det meget klart, at ifølge dens fortolkning af direktivet om urimelig handelspraksis, vil en national aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser – indført af miljømæssige årsager – ikke være i strid med de europaretlige bekymringer.

Da den tilsigtede UWG-ændring i retning af en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser ikke har til formål at beskytte forbrugernes økonomiske interesser, men snarere har til formål at beskytte klimaet og miljøet samt det at beskytte forbrugerne mod urimelig gener i deres beskyttede personlige privatsfære, giver dette et tilstrækkeligt spillerum for den nationale lovgiver til at indføre en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser, uanset hvad der konkluderes på baggrund af direktivet om urimelig handelspraksis. [*ON: Det samme gør sig gældende for de aktive forslag der findes i Danmark mv. om en aktiv tilvalgsordning*].

III. Resultater

Den planlagte ændring er i overensstemmelse med EU-retten.

Uden for anvendelsesområdet for databeskyttelsesdirektivet om elektronisk kommunikation og direktivet om urimelig handelspraksis er der tilstrækkelig lovgivningsmæssig spillerum til en national tilvalgsmodel inden for adresseløse forsendelser. En sådan regulering vil bringe den i overensstemmelse med de europæiske juridiske krav der findes til andre former for markedsføring. [*ON: fx. ligestilling af digital og fysisk markedsføring*]
Tilsvarende regler i andre medlemsstater er allerede blevet vurderet som lovlige af Kommissionen.⁴³

⁴³ ON: Eksempelvis er der i Amsterdam, Rotterdam, Utrecht mv. indført en aktiv tilvalgsordning.

C. Tysk forfatningsretlig antagelighed

Overgangen til en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser er i overensstemmelse med den tyske forfatning. Især vil en ja tak-ordning være kompatibel med de grundlæggende rettigheder; ytringsfrihed (art. 5, stk. 1, sætning 1, paragraf 1 GG)⁴⁴, pressefrihed (art. 5, stk. 1, sætning 2, alt. 1 GG) og informationsfrihed (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG) og Berufsfreiheit (art. 12 Abs. 1 GG).

De rettigheder, der er fastlagt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (Chartret), vil ikke blive påvirket af den foreslåede ændring, da dens anvendelsesområde ikke påvirkes. I henhold til artikel 51, stk. 1, pkt. 1 i Chartret, finder Chartret alene anvendelse for medlemslandene "*når de gennemfører EU-lovgivning*". Dette er f.eks. tilfældet ved implementeringen af direktiver, uanset om den specifikke nationale bestemmelse til implementering af direktivet allerede er udstedt.⁴⁵

Domstolen har imidlertid gjort det klart, at det faktum, at en national foranstaltning falder inden for et område, hvor EU har kompetencer, ikke kan gøre Chartret gældende.⁴⁶ Det er snarere nødvendigt at undersøge, om den pågældende nationale foranstaltning har til formål at gennemføre en bestemmelse i EU-lovgivningen, hvad karakteren af denne be-

⁴⁴ [ON: GG er forkortelsen for den tyske forfatning "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland" fra 1949.]

⁴⁵ Domstolens dom af 26. Februar 2013, C617/10 – Åkerberg Fransson, 25- 28.

⁴⁶ Domstolens dom af 10. Juli 2014, 198/13 – Julian Hernández m.fl., 36 m.v.

stemmelse er, og om den forfølger andre mål, end dem der er omfattet af EU-retten.⁴⁷ I forbindelse med kravene i direktiver bør det undersøges, om den nationale lovgivning forfølger et mål, der er omfattet af det pågældende direktiv.⁴⁸

Ifølge den korrekte forståelse af [det tyske forslag] er, at det [tyske forslag] ikke er inden for det område, der er blevet harmoniseret med direktivet om urimelig handelspraksis (se del B. 2. overskrift, 2. punkt ovenfor).

Overgangen til en tilvalgsmodel for adresseløse forsendelser har ikke de samme mål som direktivet om urimelig handelspraksis; Mens direktivet om urimelig handelspraksis handler om beskyttelsen af økonomiske interesser, og særligt forbrugerens økonomiske valgfrihed, sigter den tilsigtede ændring mod at beskytte miljøet og privatsfæren. Det er derfor ikke en "gennemførelse af Unionens lovgivning" i henhold til Chartrets artikel 51, stk. 1, punkt 1. Charterets anvendelsesområde er [ON: *Nemlig*] ikke åbnet for⁴⁹.

I. Kompatibilitet med ytrings- og pressefriheden

1. Beskyttelsesområde

For afsenderen og annoncøren er adresseløse forsendelser omfattet af omfanget af beskyttelsen af ytringsfriheden i henhold til artikel 5, stk. 1, punkt 1, i den tyske

⁴⁷ Domstolens dom af 10. Juli 2014, 198/13 – Julian Hernández m.fl., 37 m.v.

⁴⁸ Domstolens dom af 10. Juli 2014, 198/13 – Julian Hernández m.fl., 38-41 m.v.

⁴⁹ [ON: *Det antages der med sætningen "Der Anwendungsbereich der Charta ist nicht eröffnet." menes at dette er noget der nærmere skal defineres*]

forfatning, såfremt reklamen har et meningsdannende og værdiladet indhold.⁵⁰

I den faste retspraksis fra den føderale forfatningsdomstol er opfattelsen "generelt at forstå bredt".⁵¹

Ud over værdiladede holdninger er også faktiske påstande inkluderet. Det er irrelevant, hvilket emne der er genstand for meningsudtryk.⁵²

Udtalelser der har et økonomisk sigte, er også dækket af beskyttelsen af ytringsfriheden.^{53 54} I henhold til retspraksis fra den tyske føderale forfatningsdomstol er kommerciel markedsføring dækket af beskyttelsen af ytringsfriheden, hvis den "har et evaluerende, meningsdannende indhold eller indeholder oplysninger, der tjener til at danne mening".⁵⁵

Det er irrelevant "om udtalelsen er berettiget følelsesmæssig eller rationel, værdsat eller værdiløs, farlig eller ubegrundet eller harmløs".⁵⁶

Ytringsfriheden beskytter både udtryk og formidling af meninger, så processen med informationsoverførslen også er omfattet af beskyttelsen af

⁵⁰ BVerfGE 95, 173, 182 - *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*; BVerfGE 107, 275 ff. - *Schockwerbung II* [ON: Tyske domme]; Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 14, 25; Ohly, i: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. udg., § 7 UWG omkr. 3.

⁵¹ BVerfGE 61, 1, 9 - *Wahlkampf*; Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 5. [ON: Tysk dom]

⁵² Bethge, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 5 GG omkr. 25; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 5.

⁵³ BVerfGE 30, 336, 352 - *Jugendgefährdende Schriften*. [ON: Tysk dom]

⁵⁴ [ON: Hvilket ligeledes kendes fra EU-retten]

⁵⁵ BVerfGE 95, 173, 182 - *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*; BVerfGE 102, 347, 359 - *Schockwerbung I*. [ON: Tyske domme]

⁵⁶ BVerfGE 124, 300, 320 - *Rudolf Heß Gedenkfeier*; BVerfGE 65, 1, 41 - *Volkszählung*. [ON: Tyske domme]

ytringsfriheden.^{57 58}

I retspraksis fra den føderale forfatningsdomstol er det hidtil ikke afklaret, om rene reklamebrochurer ud over beskyttelsen af ytringsfriheden i henhold til artikel 5 stk. 1. sætning 1 pkt. 1 GG også nyder godt af beskyttelsen af pressefriheden i henhold til artikel 5, stk. 1, sætning 2, pkt 1 i forfatningen.

Mod det taler den rene reklamebrochurer især dem uden et typisk journalistik-redaktionel indhold hvad Forvaltningsdomstolen i en afgørelse fra 2019 anså som en forudsætning for presseretlig aktindsigt.⁵⁹

Men det bør nævnes at Forbundsdomstolen i en afgørelse fra 1991, også anså pressefrihedens beskyttelse til at omfatte rene reklameblade uden en journalistisk-redaktionel del⁶⁰, derfor kunne rene reklameblade uden en journalistisk-redaktionel del muligvis være beskyttet af pressefriheden.⁶¹

2. Indgreb

Overgangen fra en aktiv fravalgsordning for adresseløse forsendelser til en aktiv tilvalgsordning ville alene kunne anses for at udgøre et indgreb i ytringsfriheden, hvis de pågældende adresseløse forsendelser "har et evaluerende, menings-

⁵⁷ Bethge, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 5 GG omkr. 44; Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 9.

⁵⁸ [ON: Dette følger ligeledes af praksis fra EMD, hvor det betegnes som den kommercielle ytringsfrihed.]

⁵⁹ BVerwG, 21.3.2019, Az. 7 C 26/17, NVwZ 2019, 1283, 1285 [ON: Tyske domme]

⁶⁰ BGHZ 116, 47, 54 - *Amtsanzeiger*. [ON: Tysk dom]

⁶¹ [ON: EMD har ikke taget stilling til hvorvidt tilbudsaviser mv. er beskyttet af EMRKs beskyttelse af pressefriheden.]

dannende indhold eller indeholder information, der hjælper med at danne meninger".⁶²

På samme måde er spørgsmålet om et indgreb i pressefriheden kun mulig, hvis reklameblade uden journalistisk eller redaktionelt indhold betragtes som værende beskyttet af pressefriheden.

I sidste ende kan spørgsmålet om, hvorvidt der har været en indgreb i ytringsfriheden og pressefriheden, dog stå åbent, da disse indgreb, uanset om de forekommer i individuelle tilfælde, under alle omstændigheder er berettigede.

3. Begrundelse

Hvis en overgang fra en aktiv fravalgs til en aktiv tilvalgsordning antages at forstyrre ytringsfriheden og pressefriheden, er denne indblanding under alle omstændigheder berettiget.

Begrundelsen for et indgreb i beskyttelsen af en grundlæggende rettighed følger af det juridiske forbehold, der er indeholdt i de respektive grundlæggende rettigheder eller i den modstridende forfatningsret.⁶³

I henhold til artikel 5, stk. 2, i forfatningen er de grundlæggende rettigheder til ytringsfrihed og pressefrihed begrænset af bestemmelser i generelle love, de juridiske bestemmelser om beskyttelse af unge og den personlige ære.

⁶² BVerfGE 95, 173, 182 – *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*; BVerfGE 102, 347, 359 – *Schockwerbung I*. [ON: Tysk Dom]

⁶³ Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., forarbejder til Art. 1 GG omkr. 38.

Det nye forslag om ændringen af § 7 stk 2 nr. 2 UWG vil ligeledes være en generel lov, der er tager højde for proportionalitet.

a) **Generelle love**

[ON: Her bevæger forfatterne sig ind i den såkaldte 'Sonderrechtstheorie' eller på dansk 'specialretsteori' eller 'særretsteori', der i grove træk fortæller at "når en lov ikke er rettet mod en bestemt mening eller mod processen der skal sikre fri meningsdannelse eller mod fri information som sådan"⁶⁴ men "sigter mod at bevare en generel retlig interesse, denne beskyttelse er uafhængig af hvis den trues eller såres gennem et meningsudtryk eller på anden vis".^{65 66}

I dansk ret har vi ikke specialretsteorien, hvilket bl.a. understreger forskellen på det tyske og det danske retssystem. Denne del er det ikke muligt at skrive ligefrem, og oversættes derfor på denne måde.]

Den påtænkte lovændring rettes mod klima- og miljøbeskyttelse samt beskyttelse mod urimelig gener generelt mod adresseløse forsendelser, uden at tage hensyn til dens specifikke indhold eller den deri repræsenterede udtalelse, således at en generel lov i henhold til artikel 5, stk. 2 GG er til stede.

⁶⁴ Formuleringen er de oprindelige forfatteres.

⁶⁵ Formuleringen er de oprindelige forfatteres.

⁶⁶ BVerfGE 113, 63, 79 – *Junge Freiheit*; BVerfGE 117, 244, 260 – *CICERO*; BVerfGE 120, 180, 200 – *Caroline von Monaco III*. [ON: Tyske domme der her anvendes som argumentation for *Sonderrecht*]

b) Forholdsmæssighed

Den foreslåede lovændring forfølger også et legitimt mål og er forholdsmæssigt, dvs. egnet, nødvendigt og hensigtsmæssig for at nå dette mål.⁶⁷

(i) Legitime mål

Ændringsforslaget søger at styrke målet om klima og miljøbeskyttelse, hvilke efter artikel 20a i forfatningen⁶⁸ (GG) nyder forfatningsmæssig status som beskyttelse af det naturlige livsgrundlag. Art. 20a GG beskytter hele det naturlige miljø, især luft, vand, jord, planter, dyr og mikroorganismer samt forholdet mellem disse elementer. Art. 20a GG indeholder et forbud mod forringelse af den generelle miljøsituation⁶⁹.

Derudover forbedrer lovændringen beskyttelsen mod urimelige gener fra adresse-løse forsendelser, hvilket er udledt af den generelle privatlivs-frihedsret i henhold til art. 2 stk. 1 GG i forbindelse med art. 1 stk. 1 GG såvel som den negative in-formationsfrihed i henhold til art. 5 stk. 1 S. 1 Hs. 2 GG.

Den generelle privatlivs-frihedsrettighed (artikel 2, stk. 1 i grundloven sammenholdt med artikel, stk. 1 i GG) beskytter "individets beskyttede personlige privatsfære"⁷⁰ og et "autonomt område med privatliv"⁷¹, hvilket også i særdeleshed in-

⁶⁷ Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., forarbejder til Art. 1 GG omkr. 45 ff.

⁶⁸ ON: *Hvilket i dansk perspektiv ligesåvel kunne have været den danske klimalov, Danmarks internationale forpligtelser mv.*

⁶⁹ BVerfGE 102, 1, 18 – *Altlasten* [ON: *Tysk dom*]; Jarass, i: Jarass/Pieroth, 15. udg., Art. 20a GG omkr. 3, 11.

⁷⁰ BVerfGE 121, 69, 90 – *Elterliche Erziehungspflicht*; BVerfGE 54, 148, 153 – *Eppler*. [ON: *Tyske domme*]

⁷¹ BVerfGE 79, 256, 268 – *Kenntnis der eigenen Abstammung*; BVerfGE 117, 202, 225 – *Vaterschaftsfeststellung*. [ON: *Tyske domme*]

kluderer den rumlige beskyttelse af privatlivets fred mod uønskede forstyrrelser.⁷²

Den negative informationsfrihed (art. 5, stk. 1, S. 1 Hs. 2 GG) garanterer friheden fra tvungen information.⁷³

Et legitimt mål er dermed givet.

(ii) Egnethed

Hvis den aktive tilvalgsordning for adresseløse forsendelser bliver indført, kan det ventes, at færre i befolkningen vil sige "Reklamer Ja Tak", end der i øjeblikket er folk der **ikke** siger "Reklamer Nej Tak", således sammenlignet med den nuværende juridiske situation vil eksistere være færre tilladte adressater. Dette tjener til at beskytte klimaet og miljøet, da der anvendes betydeligt mindre papir og folie til husstandsomdelte reklamer, og en mindre mængde adresseløse forsendelser dermed skal transporteres, hvilket medfører at CO2-forbruget reduceres.

Lovændringen fremmer således klima- og miljøbeskyttelse og er derfor velegnet til at nå dette mål.

Beskyttelse mod urimelige gener er i princippet allerede givet de *lega lata* i overensstemmelse med [ON: *Den nuværende*] § 7, stk. 1, sætning 2 UWG ved muligheden for at fravælge via et mærke på postkassen. Den aktive tilvalgsordning forenkler og forbedrer dog yderligere beskyttelsen mod urimelige gener fra adresseløse forsendelser. Efter ændringen er det ikke længere nødvendigt for forbrugeren at gribe ind, for at forhindre modtagelse af adresseløse forsendelser, så beskyttelsen af privatlivets fred bliver en default-indstilling. Ændringsforslaget tjener dermed også til at forbedre beskyttelsen mod urimelige gener.

⁷² Jarass, i: Jarass/Pieroth, 15. udg., Art. 2 GG omkr. 47 ff.

⁷³ Jarass, i: Jarass/Pieroth, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 25.

(iii) Nødvendighed

Den nye forordning skal også være nødvendig. Så der bør ikke være mildere midler, der kan nå de ønskede mål på en lige så passende måde.

Især opretholdelsen af status quo repræsenterer ikke et ækvivalent, mildere middel, eftersom adressaten i øjeblikket altid er forpligtet til at gribe ind for at forhindre modtagelse af adresseløse forsendelser, og status quo derfor ikke er lige så effektiv til at nå de ønskede mål. Det nuværende system har også sine grænser: i nogle tilfælde er det vanskeligt at klistre nej tak-skilte til postkasser. Flere erfarer også, at skiltene ikke respekteres, hvilket er forståeligt, når distributionsmedarbejdere skal fylde et stort antal postkasser i et effektivt arbejdstempo. Den juridiske overtrædelse deri indeholdt, kan dog ikke gøres gældende af individer, eftersom de organer, der er aktivt legitimerede deltagere i UWG ([ON: *Hvilket er:*] konkurrenter, forbund, kamre), er det for flertallet ikke et "attraktivt" spørgsmål at håndhæve overtrædelser indenfor.

Den generelle livserfaring⁷⁴ fortæller ligeledes at det det ikke kan forventes, at enhver adressat, der **ikke** i øjeblikket gør brug af fravalgs-løsningen, vil gøre brug tilvalgs-løsningen efter en systemændring, således at en effekt af foranstaltningen kan forventes og nødvendigheden dermed er givet.

⁷⁴ ON: *Den generelle livserfaring er et jura-tysk udtryk for den rimelige antagelse baseret på empirien, lidt i samme skole som den tidligere Bonus Pater i dansk retspraksis.*

(iv) Hensigtsmæssighed

Reguleringen er hensigtsmæssig, da indgrebets alvor og fordelene ved det tilsigtede formål er forholdsmæssige.⁷⁵

(a) Alvorligheden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder

Eftersom adresseløse forsendelser ikke bør være genstand for et forbud, er der derfor medtaget en overgang fra fravalgs til tilvalgs-modellen, så husstandsomdelte reklamer stadig er mulige og blot afhænger af forudgående samtykke fra adressaten. For at sikre, at reklamedistributøren kan genkende samtykke til at modtage adresseløse forsendelser, er et klistermærke på postkassen med en tekst som "Reklamer Ja Tak" tilstrækkelig.⁷⁶ For adressaten repræsenterer oplysningen af en sådan mærkat kun en minimal engangs indsats.

Systemskiftet fra Nej Tak-modellen til Ja Tak-modellen er på samme tid ikke blot en formalisme, men baseret på forventningen der udspringer af den generelle livserfaring der siger, at langt størstedelen af husstande vil være inaktive ("rationel uvidenhed"), derfor kan adresseløse forsendelser kun forventes at i fremtiden blot at være tilladte i nogle enkelte tilfælde, hvilket svarer til formålet med lovændringen.⁷⁷

På trods af muligheden for at tilmelde sig efter lovændringen, kan det forventes, at ændringen faktisk vil føre til en omfattende afvisning af adresseløse forsendel-

⁷⁵ BVerfGE 50, 217, 227; BVerfGE 80, 103, 107; BVerfGE 99, 202, 212. [ON: Tyske domme]

⁷⁶ ON: *I Danmark ville dette være et 'godkendt klistermærke på postkassen, og ved visse undtagelser; Døren'.*

⁷⁷ ON: *I Danmark har vi data (med et betydeligt forbehold indlagt) for den forventede ja-tak procentdel, hvor opinionsundersøgelser hidtil alle ligger omkring de 20-25 % af danske husstande.*

ser. For annoncøren reduceres således muligheden for at formidle reklame med værdiløst og meningsdannende indhold i form af adresseløse forsendelser. Samtidig skal det bemærkes, at der fortsat eksisterer utallige reklamemuligheder - fra reklame i aviser og magasiner til plakatreklame og digitale reklamekanaler. De berørte virksomheder har derfor stadig mulighed for at udtrykke deres mening og formidle den på mange forskellige måder.

(b) Fordele for det tilsigtede formål

Reduktionen af mulighederne for også at bruge massedistribuerede adresseløse forsendelser, som en måde at formidle meningsdannende reklame er tilgængelig i form af klima- og miljøbeskyttelse (art. 20a GG) såvel som de generelle personlige rettigheder (art. 2, stk. 1, GG i forbindelse med artikel 1, stk. 1 GG) og den negative informationsfrihed (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG) sammenlignet med forfatningsmæssige mål med en ekstremt høj prioritet for samfundet.

Klima og miljøbeskyttelse (art. 20a GG) har højeste prioritet for det almene gode, på grund af global opvarmning og den dertil knyttede fare for den fortsatte eksistens af det naturlige livsgrundlag, som er forankret internationalt i Paris-klimaaf-talen og indgår som mål om klimaneutralitet fra Den Europæiske Union inden 2050,⁷⁸ men nyder også den højeste prioritet på nationalt plan, hvor "ethvert bidrag tæller"⁷⁹ ifølge den føderale regering. Reduktionen af papir- og plastaffald og CO₂-emissionerne i forbindelse med produktion og transport ved at reducere

⁷⁸ jf. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/mehr-klimaschutz-in-der-eu-1790042> (sidst besøgt 17/1-2021)

⁷⁹ <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz> (sidst besøgt 17/1-2021)

mængden af adresseløse forsendelser spiller en væsentlig rolle i beskyttelse af klima og miljø.

Ligeledes nyder beskyttelse mod urimelige gener fra den generelle privatlivs-frihedsret (art. 2, stk. 1 GG i forbindelse med artikel 1, stk. 1 GG) og den negative informationsfrihed (art. 5, stk 1, pkt 1, 2. linje GG) gennem markedsføring en høj forfatningsmæssig værdi.

(c) Afvejning

Når man afvejer indgrebets sværhedsgrad og fordelene ved de forfulgte formål, skal man være særlig opmærksom på, at reklamevirksomhederne bevarer mange andre muligheder for at sprede deres "mening". Så holdninger undertrykkes ikke. Tværtimod er der stadig utallige måder at annoncere på.

De grundlæggende rettigheder til ytringsfrihed og, hvis relevant, pressefrihed gælder ikke uden begrænsninger, men finder snarere deres grænser i lovene og kolliderende forfatningsret.

Især i en verden med begrænsede ressourcer og en stadigt stigende byrde for klimaet og miljøet gennem økonomiske aktiviteter begrænser dette ytringsfriheden i form af husstandsomdelte reklamer.

Det skal bemærkes, at formålet med adresseløse forsendelser er at nå sine adressater. Hvis en opt-out-model gælder, kan det antages, at en stor del af postkasseannonceringen bortskaffes ulæst og kan føre til utilfredshed med afsenderne. Hvis en aktiv tilvalgsordning træder i kraft, kan det antages, at de adresseløse forsendelser netop når de adressater der faktisk har interesse i dem.

Mere målrettet reklame kan forvente en højere grad af effektivitet.

Samtidig skal det bemærkes, at adresseløse forsendelser med den aktuelt gyldige aktive fravalgsordning indtager en særposition blandt andre former for reklame, da den aktive tilvalgsordning allerede gælder for reklame med en automatiseret kaldesystemer, via fax eller e-mail (jf. 7 Stk. 2 nr. 2 og 3 UWG), selvom der ikke er nogen objektiv grund til dette privilegium for adresseløse forsendelser.

Snarere er bortskaffelse af fysiske husstandsomdelte reklamer endnu mere tidskrævende end at slette en e-mail.

En anden afgørende faktor er, at de vilkårlige adresseløse forsendelser kommer fra en analog tidsalder, hvor de tilgængelige udtryksformer til at udtrykke en mening i form af reklame var begrænset. I modsætning hertil er der nu tilføjet et stort antal digitale reklameformater (f.eks. Nyhedsbreve, bannerreklame, reklamevideoer osv.), Som muliggør væsentligt mere målrettet reklame og også har en bedre miljøbalance. Et rimeligt alternativ til adresseløse forsendelser - som førhen ikke var helt udelukket - er således tilgængeligt nu.

I betragtning af den markante betydning af klima- og miljøbeskyttelse i en tid med svindende ressourcer, de tilgængelige alternativer gennem digitalisering og det således ikke længere berettigede privilegium ved adresseløse forsendelser sammenlignet med andre former for reklame, er den planlagte lovændring med et indgreb med ytringsfriheden – hvis det overhovedet er tilfældet, uanset hvad velberettiget.

II. Kompatibilitet med informationsfriheden

1. Beskyttelsesområde

Modtagelsen af adresseløse forsendelser er omfattet af informationsfrihedsbeskyttelsen.⁸⁰

Informationsfriheden i den tyske forfatnings artikel 5, stk. 1, pkt. 1, beskytter retten til at indhente oplysninger fra almindeligt tilgængelige kilder. En informationskilde er at anse som almindeligt tilgængelig "hvis den er egnet og bestemt til at skaffe information til offentligheden, dvs. til en gruppe mennesker, der ikke kan bestemmes individuelt".⁸¹ Mens ytringsfriheden i artikel 5 stk. 1 pkt. 1 sætning 1 GG beskytter afsenderen, beskytter informationsfriheden modtageren.⁸²

2. Indgreb

I henhold til det tyske lovforslag vil det ikke længere være muligt at modtage adresseløse forsendelser automatisk. I stedet kræves der fra modtageren et aktivt samtykke, der kan genkendes af postoperatøren, for eksempel i form af et klistermærke med en tekst som "Reklamer Ja Tak" på postkassen.

Selv når der alene sker indgreb af en mindre grad, så bliver det beskyttende indhold af informationsfrihed i det mindste minimalt indskrænket, så det både efter

⁸⁰ Ohly, i: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. udg., § 7 UWG omkr. 3.

⁸¹ BVerfGE 145, 365 omkr. 20 – *Amtliche Dokumente im Privatbesitz*; BVerfGE 90, 27, 32 – *Parabolantenne I*; BVerfGE 103, 44, 60 – *Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II*. [ON: Tyske domme]

⁸² BVerfGE 27, 71, 81 – *Leipziger Volkszeitung* [ON: Tysk dom]; Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 5 GG omkr. 14.

det klassiske⁸³ og det moderne⁸⁴ indgrebsbegreb er et indgreb i informationsfriheden.

3. Begrundelse

Dette indgreb skyldes imidlertid § 7 stk. 2 nr. 2 UWG's begrænsninger som en generel lov (se ovenfor om sonderrecht mv.) og de bagvedliggende mål for klima- og miljøbeskyttelses (art. 20a GG), den generelle privatlivs-frihedsrettigheds (art. 2 stk. 1 GG i forbindelse med Art.1 stk.1 GG) såvel som den negative informationsfriheds (Art. 5 stk. 1, 1. pkt. afsn. 2 GG) begrundelse.

Indgrebet i modtagelsen af adresseløse forsendelser, forårsaget af den foreslåede ændring af § 7 stk. 2, nr. 2 UWG er meget lille. For at fortsætte med at modtage adresseløse forsendelser kræves ved dette forslag, alene en engangshandling i form af opsætning af et klistermærke, hvilket er forbundet med en minimal indsats og minimale omkostninger.

På baggrund af det almene overordnede mål for klima- og miljøbeskyttelse, der søges opnået ved ændringen, samt beskyttelsen af alle andre adressater mod urimelige gener, er denne intervention berettiget.

III. Kompatibilitet med den såkaldte Berufsfreiheit

⁸³ BVerfGE 105, 279, 299 f. – *Osho* [ON: Tysk dom]; jf. Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., forarbejder til Art. 1 GG omkr. 27

⁸⁴ Jf. BVerfGE 116, 202, 222 – *Tariftreueerklärung*; BVerfGE 105, 279, 303 – *Osho*; BVerfGE 110, 177, 191 – *Freizügigkeit von Spätaussiedlern* [ON: Tyske domme]; Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., forarbejder til Art. 1 GG omkr. 28-29.

1. Beskyttelsesområde

Den profitorienterede anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser er beskyttet af Berufsfreiheit⁸⁵ i henhold til artikel 12, stk. 1, i den tyske forfatning.

Beskyttelsesområdet af Berufsfreiheit i henhold til artikel 12, stk. 1, i GG inkluderer enhver permanent beskæftigelse, der tjener til at skabe og opretholde et levebrød⁸⁶. Den afhænger ikke af, om aktiviteten er selvstændig eller en del af et ansættelsesforhold.⁸⁷

Udtrykket erhverv skal i denne [ON: kontekst] fortolkes bredt og omfatter også aktiviteter, der ikke svarer til en traditionel erhvervsprofil.⁸⁸ For juridiske personer [ON: I den tyske forståelse af Juridiske personer, hvilken kan være afvigende fra den danske] falder ethvert tilfælde der "betjener et kommercielt formåls aktivitet" under beskyttelsen af Berufsfreiheit.⁸⁹

Berufsfreiheit beskytter altså såvel valg af et erhverv og udøvelse af et erhverv.

Beskyttelsen af udøvelsen af et erhverv inkluderer beskyttelse af al professionel aktivitet, "særligt form, middel og omfang såvel som det repræsentative udtryk⁹⁰

[ON: Det man populært vil kalde et 'image' eller indenfor den immaterielle ret kan

⁸⁵ se fodnote ^9

⁸⁶ BVerfGE 97, 228, 253 – *Kurzberichterstattung*; BVerfGE 115, 205, 229 – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis* [ON: Tyske domme]; Mann, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 12 GG omkr. 45; Jarass, i: Jarass/Pierothe, GG, 15. udg., Art. 12 GG omkr. 5.

⁸⁷ BVerfGE 7, 377, 398 f – *Apotheken-Urteil*. [ON: tysk dom]

⁸⁸ BVerfGE 78, 179, 193 – *Heilpraktikergesetz*. [ON: tysk dom]

⁸⁹ BVerfGE 137, 185 omkr. 155 – *Rüstungsexport*; BVerfGE 114, 196, 244 – *Beitragssatzsicherungsgesetz*; BVerfGE 141, 121 omr. 34. [ON: tyske domme]

⁹⁰ Jarass, i: Jarass/Pierothe, GG, 15. udg., Art. 12 GG omkr. 10; BGH, NJW 17, 2018 omkr. 36.

sige er 'virksomhedens offentlige udtryk'], og hvor dette inkluderer beskæftigelsen."

Dette inkluderer i særlig grad også den erhvervsmæssige fremstilling⁹¹ og erhvervsmæssige reklame.⁹²

2. Indgreb

Som det allerede er beskrevet detaljeret ovenfor, kan det antages, at den planlagte revision af § 7, stk 2, pkt 2 UWG vil føre til et fald i mængden af postkasseannoncering, så der vil være et tilsvarende fald i anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser.

En aktiv tilvalgsordning opfylder dermed de kriterier, der er nødvendig for et indgreb i Berufsfreiheit, men har under alle omstændigheder en objektiv erhvervsregulerende tendens⁹³, således at et indgreb i berufsfreiheits beskyttelsesområde er givet. (Art. 12 stk. 1 GG).

3. Begrundelse

I henhold til artikel 12, stk. 1, sætning 2 i GG, kræver ethvert indgreb i Berufsfreiheit et retsgrundlag. I den faste retspraksis fra den føderale forfatningsdomstol er

⁹¹ BVerfGE 106, 181, 192 – *Facharztbezeichnungen*; BVerfGE 112, 255, 262 – *Anwaltsnotariat II*. [ON: tyske domme]

⁹² BVerfGE 94, 372, 389 – *Apothekenwerbung*; BVerfGE 105, 252, 266 – *Glykol*; BVerfGE 111, 366, 373 – *Steuerberaterwerbung* [ON: tyske domme]

⁹³ BVerfGE 128, 1, 82 – *Gentechnikgesetz*; jf. Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 12 GG omkr. 14-15; Mann, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 12 GG omkr. 95.

kravene til en sådan restriktiv lov defineret mere detaljeret i form af den såkaldte tre-trins-teori.⁹⁴

(i) Tre-trins-teorien

I denne henseende sondres der mellem erhvervsmæssige udøvelsesbegrænsninger, hvilke regulerer den måde, hvorpå erhvervsudøvelsen sker, men imidlertid ikke forringer muligheden for at vælge erhverv; de subjektive begrænsninger for valg af erhverv, som gør valg af erhverv afhængigt af personlige egenskaber, færdigheder eller præstation; samt de objektive begrænsninger for valg af erhverv, som gør adgangen til et erhverv afhængig af aspekter hvilke er uden for den berørte persons råderum (f.eks. tilladelser fra statslige monopoler).⁹⁵

Kravene til begrundelsen af et indgreb afhænger af indgrebets natur.

I det her foreliggende tilfælde er anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser ikke afhængigt af hverken subjektive eller objektive adgangsbarrierer. Snarere skal den tilladte måde at distribuere reklamer på postkasser omreguleres, så det kun drejer sig om regulering af erhvervets praksis. Den tidligere række af aktiviteter inden for anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser fortsætter, så der er ikke tale om en regulering af til erhvervsvalg.⁹⁶

⁹⁴ BVerfGE 7, 377, 403 ff. – *Apothekenurteil*; BVerfGE 25, 1, 11 f – *Mühlengesetz*. [ON: tyske domme]

⁹⁵ jf. BVerfGE 7, 377, 403 ff. – *Apothekenurteil*; BVerfGE 25, 1, 11 f – *Mühlengesetz* [ON: tyske domme]; overblik af Jarass, i: Jarass/Pieroth, GG, 15. udg., Art. 12 GG omkr. 33 ff. og Mann, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 12 GG omkr. 125 ff.

⁹⁶ Mann, i: Sachs, GG, 7. udg., Art. 12 GG omkr. 82.

(ii) Forholdsmæssighed

Som allerede demonstreret ovenfor i forbindelse med undersøgelsen af berettigelsen af indgreb i ytringsfriheden og pressefriheden forfølger den foreslåede version af § 7, stk. 2, pkt 2 UWG legitime mål af almenhedens interesse med den højeste forfatningsmæssige rang på klima- og miljøbeskyttelse samt beskyttelse mod urimelig gener og er velegnede og nødvendige såfremt disse mål skal nås.

Særlige forhold ved at gå ind på indgreb i forhold til Berufsfreiheit og de særlige krav til begrundelsen for en erhvervsmæssig udøvelsesregulering i forhold til tre-trins-teorien må derfor være at sikre relevante gode grunde for, at dette indgreb er til almenvældet bedste.

De tilstrækkelige grunde til almenhedens bedste er nødvendige for, at en erhvervsudøvelsesbegrænsning er proportionel.⁹⁷ Af særlig betydning dér, er et passende forhold mellem intensiteten af frihedsbegrænsningen til at udøve erhvervet og vigtigheden af de interesser, der berettiger det.⁹⁸

[ON: i korte træk, søger forfatterne at forklare proportionalitetsprincippet.]

⁹⁷ BVerfGE 68, 319, 327 – *Bundesärzteordnung*; BVerfGE 95, 193, 214 – *DDR-Hochschullehrer*; BVerfGE 110, 141, 157 – *Kampfhunde*. [ON: Tyske domme]

⁹⁸ BVerfGE 77, 84, 106 – *Arbeitnehmerüberlassung*; BVerfGE 103, 1, 10 – *Singularzulassung zum OLG*. [ON: Tyske domme]

(a) Tyngden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder

Som allerede nævnt i forbindelse med ytringsfriheden og pressefriheden, på trods af en ved første øjekast, ren formel overgang fra et aktivt fravalg til en aktiv tilvalgsordning, omhandler sagen ligeså en ringere mulighed for at bruge adresseløse forsendelser, hvilket naturligvis også kan have indflydelse på de erhvervsmæssige aktiviteter hos enkeltpersoner, der er beskæftiget i anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser.

(b) Fordele for det tilsigtede formål

Den nye foreslåede version af § 7 stk. 2 pkt. 2 UWG forbedrer allerede beskyttelsen mod urimelige gener (almen personbeskyttelsesret fra art. 2 stk. 1 GG i forbindelse med artikel 1 stk. 1 GG og negativ informationsfrihed i henhold til artikel 5 stk. 1 pkt. 1 sætning. 2 GG). Den nye version af § 7 stk 2 nr. 2 UWG - som forklaret detaljeret ovenfor - skaber et ensartet beskyttelseskoncept mod urimelige gener uanset hvilken anvendt markedsføringsform. Adresseløse forsendelser sidestilles nemlig med reklame via fax eller e-mail.

En anden afgørende faktor er klima- og miljøbeskyttelse, som med artikel 20a i den tyske forfatning og beskyttelsen af det naturlige livsgrundlag har forfatningsmæssig status. Som allerede nævnt ovenfor har klima- og miljøbeskyttelse højeste prioritet både på nationalt og internationalt niveau og påvirker alle områder af livet. Forbundsregeringen anser denne inter-

ationale og nationale forpligtelse samt opgaven for samfundet som én helhed under sloganet ”Ethvert bidrag tæller”.⁹⁹

Klimaforandringer truer det naturlige livsgrundlag, hvilket alle andre offentlige interesser er afhængige af, for fortsat at eksistere. Klima og miljøbeskyttelse er derfor af største betydning for det almene gode, sågar selv de høje krav til et objektiv erhvervsindgreb,¹⁰⁰ hvilket dog - særligt på baggrund af den fortsatte eksistens af adresseløse forsendelser - ikke er relevant her alligevel.

(c) Afvejning

Fra annoncørernes synspunkt opnår reklamer alene deres formål, hvis de bemærkes og ikke smides ulæst ud. En mere målrettet markedsføring må derfor også være i annoncørens interesse.

Til trods for, at adresseløse forsendelser har større rækkevidde når de understøttes af en aktiv fravalgsordning, fremfor en aktiv tilvalgsordning, er det stadig muligt for annoncører at nå ud gennem andre platforme til de mennesker der ikke ønsker at sige Ja Tak, og adresseløse forsendelser vil stadig være tilgængeligt, dog alene målrettet mod de folk der faktisk ønsker at modtage de adresseløse forsendelser.

Den ikke-målrettede brug af husstandsomdelte reklamer over for alle

⁹⁹ <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz> (Sidst besøgt 17/1-2021)

¹⁰⁰ BVerfGE 102, 197, 214 – *Spielbankengesetz Baden-Württemberg*; BVerfGE 75, 284, 296 – *Privatschulfinanzierung I*. [ON: Tyske domme]

adressater, der ikke aktiv har sagt Nej Tak, er imidlertid forbundet med et betydeligt ressourcospild på trods af fordelene for annoncørerne.

Annoncørerne bærer lige nu blot de økonomiske omkostninger ved dette ressourcospild, mens de økologiske omkostninger skal bæres af almenheden.

I tider med hvad der kan synes at være et overskud af ressourcer og mangel på rimelige alternativer for annoncører kan denne eksternalisering af miljømæssige omkostninger for offentligheden stadig have været acceptabel på grund af deres behov for information.

På grund af teknologiske fremskridt har annoncører imidlertid nu adgang til et stort antal målrettede, nye online reklameformer (f.eks. nyhedsbreve, bannere, reklamer), der ligesom traditionelle former for reklame som reklametavler, radio og tv repræsenterer et rimeligt og målrettet alternativ til adresseløse forsendelser og i mindre grad skader klimaet og miljøet.

Derudover er adresseløse forsendelser på ingen måde forbudt i henhold til den foreslåede lovændring, men er kun afhængig af forudgående samtykke fra adressaterne. Distribution af adresseløse forsendelser er fortsat tilladt, så længe den alene når de adressater der læser reklamerne.

Ændringen af loven hindrer ressourcospild ved udsmidning af ulæste reklamer i postkassen. Fordelene for klima- og miljøbeskyttelse, der ligger i dette, kommer offentligheden direkte til gode.

I modsætning hertil påvirker de erhvervsmæssige forringelser, der er for-

bundet med ændringen, kun en relativt lille gruppe af befolkningen. Annoncørerne har rimelige, nye digitale reklameformater til deres rådighed som et alternativ, især da adresseløse forsendelser [*ON: indenfor de nye begrænsninger*] stadig er mulige at udsende sammen med de andre klassiske former for markedsføring.

For de professionelle grupper, der er involveret i anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser forbliver, udover de tilladte adresseløse forsendelser, alle de øvrige trykte produkter, der ikke er berørt af lovændringen, som forsatte erhvervsområder (f.eks. abonnementsaviser, gratis aviser osv.). Derudover er der også et rimeligt alternativ i form af digitale formater for disse professionelle grupper.

De berørte faggruppers interesser kan eventuelt gives en passende justeringsperiode gennem en overgangsperiode, indtil den foreslåede version af § 7, stk. 2, nr. 2 UWG træder i kraft.¹⁰¹

På grund af bedre målretning af adresseløse forsendelser ved en 'ja tak'-ordning, er de rimelige alternativer til digitale reklameformer og de betydelige fordele for offentligheden i form af en markant forbedret klima- og miljøbeskyttelse samt en personlig beskyttelse mod urimelig gener (Art. 2, stk. 1, GG i forbindelse med Art.1 stk.1 GG og Art.5 stk.1 pkt.1 linje 2

¹⁰¹ *ON: Fra Nederlandsk retspraksis ved vi at 3 måneder til at implementere den aktive tilvalgsordning er tilstrækkelig. Sagen drejede sig der om Rotterdam der ønskede at indføre en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser, dette blev endelig afgjort i 8. oktober 2020 af 'Gerechtshof' i Den Haag.*

GG) er et indgreb der måtte være i konflikt med Art. 12.1 GG således berettiget.

III. Konklusion

For såvidt, at det der forslås med en aktiv tilvalgsordning fra tysk side måtte være i strid med nogle af de førnævnte grundlæggende rettigheder, er disse indgreb begrundet i de førnævnte beskyttelser såsom miljøbeskyttelse, beskyttelse af individets beskyttede personlige privatsfære, den negative informationsfrihed mv. retfærdiggjort.

Lovforslaget er dermed forfatningsretligt tilladeligt. *[ON: hvilket vil sige at det efter alt at dømme, vil være tilladeligt efter de tilsvarende EMRK-regler, da de tyske rettigheder skal ses som en udvidelse af disse, og Tyskland respekterer EMD-retspraksis. Da disse spørgsmål vil være underlagt EMRK, høres EMD som hovedregel af domstolene, i spørgsmål hvor der er tvivl nye problematikker, på samme vis som de danske domstole har tradition for.]*

Del D

Indholdsfortegnelse

| | |
|-------------------------------|----|
| I. Sammenfatning af rapporten | 51 |
| II. Oversætters konklusion | 53 |
| Tilskrivning – April 2021 | 54 |

I. Sammenfatning af rapporten

Den tilsigtede tilføjelse til § 7, stk. 2, sætning 2, UWG viser sig at være tilladt i såvel EU-retten som forfatningsretten.

I henhold til EU-retten kan begrænsninger i den frie bevægelighed for varer (artikel 34 i TEUF) og friheden til at levere tjenester (artikel 56 TEUF) under alle omstændigheder være berettigede af det overordnede generelle ønske om miljøbeskyttelse [*ON: Og beskyttelse mod gener i individets beskyttede personlige privatlivsfære*].

EUs databeskyttelsesdirektiv om elektronisk kommunikation (direktiv 2002/58/EF) omfatter ikke de adresseløse forsendelser indenfor dens anvendelsesområde, da det ikke er elektronisk, men trykt kommunikation.

EU-direktivet om urimelig handelspraksis (direktiv 2005/29/EF) inkluderer adresseløse forsendelser, men totalharmoniserer alene når indgreb der går længere end direktivet omkring forbrugerbeskyttelse skyldes økonomiske hensyn.

Da der her er tale om en ordning der søger at bidrage til mål for klima- og miljøbeskyttelse samt beskyttelsen af forbrugere mod urimelig gener i deres beskyttede personlige privatlivsfærer, har de nationale lovgivere tilstrækkeligt vidt spillerum.

Med hensyn til individets grundlæggende rettigheder, hvis lovændringen omkring værdiladet og meningsændrende reklame faktisk krænker ytringsfriheden (artikel 5, stk. 1, paragraf 1 i grundloven) og pressefriheden (artikel 5, stk. 1, paragraf 2, Alt.1GG), vil denne indblanding under alle omstændigheder, grundet de overordnede mål for samfundet om at sikre klima og miljøbeskyttelse (art. 20a GG) såvel som den generelle privatlivs-frihedsret (art. 2 Abs. 1 GG i forbindelse med artikel 1 Abs. 1 GG) og den negative informationsfrihed (art. S. 1 Hs. 2 GG) være berettiget.

Da forslaget ligeledes udgør et minimalt indgreb i retten til uhindret modtagelse af adresseløse forsendelser som informationskilde, og beskyttelsen af informationsfriheden (art. 5, stk. 1, sætning 1, sætning 2 GG) opvejes denne ligeledes af disse mål af almenhedens interesse.

For så vidt som ændringen af loven udgør et indgreb i Berufsfreiheit (artikel 12, stk. 1 i den tyske forfatning) for de faggrupper, der er involveret i anvendelse, konceptudvikling, produktion og distribution af adresseløse forsendelser, skyldes dette indgreb de overordnede mål for almenhedens ønske om klima og miljøbeskyttelse (artikel 20a i grundloven) og for den generelle privatlivs-frihedsrettighed (Art. 2 Abs. 1 GG i forbindelse med Art. 1 Abs. 1 GG) og den negative informationsfrihed (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG) og dermed være berettiget. I den henseende taler de rimelige alternativer i forhold til det digitale område og muligheden for, at lovændringen træder i kraft efter en passende overgangsperiode, samt at ændringsforslaget er hensigtsmæssigt.

II. Oversætters konklusion

Med en dybdegående analyse, og gennem dygtig anvendelse af såvel tysk som EU-retlig retspraksis, finder forfatterne frem til at en aktiv tilvalgsordning er lovmæssig. Det bør bemærkes, at forfatterne tager udgangspunkt i tysk forfatningsret, hvilket kan frembringe en diskussion om forfatningsret sat overfor EU-retten.

Den tyske forfatningsret, der heri er medtaget, bygger dog sin praksis - på samme måde som danske domstole gør, når det gælder menneskerettighedsspørgsmål, på EMRK-retspraksis, og fortolkningen af disse punkter, er derfor i vidt omfang analogt overførbare i deres anvendelsespraksis.

Der påvises hermed at en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser, vil være muligt for lovgiver at implementere, ikke alene i Tyskland, men også i Danmark.

Den såkaldte "Ja Tak"-ordning er allerede implementeret lokalt i mange Hollandske byer, og er ligeledes åbnet op for regionalt i Belgien.

Der er gennem teksten enkelte uoverenstemmelser med oversætterens udlægning af EU-retten, hvilket er korrigeret og markeret tydeligt. Ligeledes anvendes Sonderrechtsteorien ikke i den danske retstradition.

Med denne juridiske vurdering bliver det muligt, ved blot at følge de i vurderingen henvisede processer, at implementere en aktiv tilvalgsordning i dansk ret.

Tilskrivning – April 2021

Hvis de notater Brancheforeningen af Danske Distributionsvirksomheder har fået lavet hos Bech-Bruun, nærstuderes og sammenholdes med denne analyse, står det klart at samtlige kritikpunkter bliver adresseret og besvaret her.

Som jurist har jeg naturligvis respekt for Bech-Bruuns notat, men påstandende såsom ministerens 'tilståelse' forekommer noget søgt. Realiteten er, at ikke alene er en aktiv tilvalgsordning fuldt ud i overensstemmelse med EU-retten, men de juridiske instanser der har behandlet en Opt-In-ordning i Holland er kommet frem til at en Ja Tak-ordning ikke bryder med EU-retten. Jeg ser intet problem med at vente til den Hollandske højesteretskendelse kommer i starten af juli måned, men påpeger at generaladvokaten der rådgiver i denne sag ikke finder en konflikt.

Det er derfor min anbefaling at ministeren påbegynder arbejdet med at formulere et aktiv tilvalgsordning, som foreslået i B262, og fremsætter lovforslaget i begyndelsen af det nye folketingsår, såfremt den Hollandske Højesteret ikke har fundet en aktiv tilvalgsordning for adresseløse forsendelser i strid med TEUF eller direktiver.

/Amager, april 2021

Peter Huggler