

Notat vedrørende markeds- føringslovens § 11 b

Indhold

1.	INDLEDNING OG BAGGRUND	3
2.	KONKLUSION	4
3.	RETSGRUNDLAGET	6
3.1	EU-retten	6
3.1.1	Direktivet om urimelig handelspraksis	6
3.1.2	EU-Domstolens praksis vedrørende artikel 3, stk. 9	12
3.1.3	Europa-Kommissionens vejledning til Direktivet af 25. maj 2016	14
3.1.4	Europa-Kommissionens rapport om anvendelsen af Direktivet 14. marts 2013	16
3.1.5	Europa-Kommissionens undersøgelse af anvendelsen af Direktivet af 22. december 2011	17
3.1.6	EU-retlig regulering af sammenlignelige retsområder (markedsføring af tobaksprodukter og -producenter)	18
3.2	Dansk ret	19
3.2.1	Markedsføringsloven	19
3.2.2	Forarbejder til § 11 b	21
4.	VURDERING	24
4.1	Generelt om fortolkning af EU-retten	24
4.2	Ordlyden af Direktivet	24
4.3	Formålsfortolkning	26
4.4	Fortolkning af artikel 3, stk. 9, i sammenhæng med Direktivets øvrige bestemmelser	29
4.5	Praksis fra EU-Domstolen	31
4.6	Praksis fra medlemsstaterne	32
4.7	Sammenfattende vurdering	33

1. INDLEDNING OG BAGGRUND

Erhvervsministeriet har bedt os om at vurdere, hvorvidt markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, går videre end direktivet om urimelig handelspraksis (2005/29/EF)¹ ("**Direktivet**") tillader. Bestemmelsen i § 11 b, stk. 1, blev indsat i markedsføringsloven ved lov nr. 801 af 9. juni 2020 om ændring af lov om forbrugslånsvirksomheder, lov om markedsføring og lov om finansiel virksomhed.

Ændringsloven implementerer den politiske aftale af 19. december 2019 mellem Regeringen (Socialdemokratiet), Venstre, Dansk Folkeparti, Radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti, Enhedslisten, Alternativet og Nye Borgerlige om et opgør med kviklån.

Ifølge bestemmelsen i § 11 b, stk. 1, er *"[e]nhver markedsføring af forbrugslånsvirksomheder og kreditaftaler til forbrugere i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere [...] forbudt, jf. dog stk. 2 og 3"*.

LIGA Advokater har i et notat af 14. januar 2020 udarbejdet for De Danske Bilimportører vurderet, at markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, er i strid med Direktivet, idet den ikke kan rummes inden for undtagelsen i Direktivets artikel 3, stk. 9. Efter denne bestemmelse kan medlemsstaterne *"[i] forbindelse med »finansielle tjenesteydelser«, som defineret i direktiv 2002/65/EF, [...] stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive"* end Direktivet.

Overordnet er det synspunktet i notatet, at Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv, og at undtagelsen hertil i artikel 3, stk. 9, alene gælder for finansielle tjenesteydelser (dvs. på produktniveau) og ikke udbydere af finansielle tjenesteydelser (dvs. på virksomhedsniveau).

LIGA Advokater har i notatet anført, at de ikke har vurderet, om § 11 b, stk. 1, er i strid med andre EU-retlige regler og principper, herunder grundrettighederne i EU-Chartret samt bestemmelserne i TEUF om varernes fri bevægelighed (artikel 34-36), den fri etableringsret (artikel 49) og tjenesteydelsernes fri bevægelighed (artikel 56).

I henhold til opdraget fra Erhvervsministeriet omhandler dette notat på denne baggrund udelukkende, hvorvidt forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, går videre, end hvad der er tilladt efter artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, EUT L 149 af 11. juni 2005, s. 22.

Vores vurdering omfatter således *ikke* spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsen i § 11 b, stk. 1, hvis den er i overensstemmelse med Direktivet, derudover er i overensstemmelse med grundrettighederne i EU-Chartret samt bestemmelserne i TEUF om varernes fri bevægelighed (artikel 34-36), den fri etableringsret (artikel 49), tjenesteydelseernes fri bevægelighed (artikel 56) samt andre EU-retlige regler og principper, herunder anden EU-retlig sektorlovgivning.

Til brug for udarbejdelsen af dette notat har vi modtaget følgende materiale fra Erhvervsministeriet:

- LIGA Advokaters notat af 14. januar 2020 med bilag²
- Erhvervsministeriets udkast til internt notat om EU-retlige problemstillinger i forhold til markedsføringslovens § 11 b

Det er aftalt med ministeriet, at dette notat kan udleveres til de politiske ordførere og offentligheden i øvrigt efter behov. Såfremt ministeriet måtte videregive eller offentliggøre notatet, kan det ikke efterfølgende undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 27, nr. 4.

2. KONKLUSION

Det er sammenfattende vores vurdering, at de foreliggende fortolkningsbidrag ikke entydigt peger på, hvorvidt markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, er i overensstemmelse med artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

Det er imidlertid vores samlede konklusion, at der er flest holdepunkter til støtte for, at bestemmelsen *ikke* går videre end tilladt efter Direktivet, selv om der er tale om et generelt forbud, der rammer markedsføring af alle forbrugslån og alle forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere.

En ren ordlydsfortolkning af artikel 3, stk. 9, peger umiddelbart på, at nationale regler, som skal kunne gå videre end harmoniseringen i Direktivet, jf. artikel 3, stk. 9, kun må regulere finansielle tjenesteydelser som sådan. Omvendt udelukker ordlyden af Direktivet heller ikke direkte, at der på området for finansielle tjenesteydelser i mere bred forstand kan fastsættes strengere regler end Direktivet.

² Bilag 1: Udtalelse fra Forbrugerombudsmanden af 20. oktober 2020 til De Danske Bilimportører om markedsføring af leasingaftaler og af virksomheder, der udbyder leasingaftaler, i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere.

Bilag 2: Udtalelse fra Forbrugerombudsmanden af 12. januar 2020 til De Danske Bilimportører om markedsføring af forbrugslånsvirksomheder, som udbyder forskellige finansielle produkter.

Bilag 3: Oversigt over udvalgte sprogversioner af direktiv 2005/29/EF udarbejdet af LIGA Advokater.

En fortolkning af formålet med Direktivet og særligt undtagelsesbestemmelsen i artikel 3, stk. 9, af bestemmelsen i forhold til Direktivets karakter og øvrige bestemmelser samt af EU-Domstolens retspraksis understøtter imidlertid efter vores opfattelse, at markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, er i overensstemmelse med artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

Med hensyn til formålet har vi tillagt det vægt, at artikel 3, stk. 9, har til formål at beskytte forbrugernes økonomiske interesser vedrørende finansielle tjenesteydelser, hvilket støtter, at medlemsstaterne i et vist omfang må kunne fastsætte krav, der ikke er snævert knyttet til markedsføringen af selve produktet, hvis kravet forfølger det samme formål om og er nødvendigt for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser i relation til den finansielle tjenesteydelse.

Endvidere har vi tillagt det vægt, at det for enhver forbruger – og for forbrugere der lider af spilafhængighed i særdeleshed – vil være naturligt at associere markedsføring af forbrugerlånsvirksomheden med markedsføring af produktet og dermed udløse en risiko for, at produktet anvendes til spil, når markedsføringen sker i forbindelse med markedsføring af spil. Vi bemærker i den forbindelse, at et forbud, der alene rettede sig mod markedsføring af selve forbrugslånet, ville indebære en åbenbar risiko for, at forbrugslånsvirksomhederne ville intensivere markedsføringen af selve virksomheden i kombination med markedsføring af spil, og at en tilnærmelse af de markedsførte navne for henholdsvis produkter og virksomheder ville kunne opstå.

Med hensyn til Direktivets øvrige bestemmelser og den kontekst, som artikel 3, stk. 9, indgår i, har vi tillagt det vægt, at Direktivet harmoniserer et retsområde, hvor det ikke er muligt at fastsætte detaljeret regulering, og at navnlig på området for finansielle tjenesteydelser er der mange forskelle på kompleksitet og iboende risici på tværs af medlemsstaterne. Direktivet fastsætter således nogle generelle bestemmelser, og Direktivet er derfor heller ikke i sig selv tilstrækkeligt til at sikre formålet om forbrugerbeskyttelse på alle områder.

Endelig synes EU-Domstolens praksis – efter vores opfattelse – at støtte ovennævnte fortolkning af artikel 3, stk. 9.

På den baggrund er det sammenfattende vores vurdering , at bestemmelsen i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, ikke går videre end tilladt i forhold til artikel 3, stk. 9, selv om der er tale om et generelt forbud, der rammer markedsføring af alle forbrugslån og alle forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere. Vi bemærker dog, at der er tale om et ikke utvivlsomt fortolknings spørgsmål, der i sidste ende henhører under EU-Domstolen, og at EU-Domstolen, navnlig i relation til spørgsmålet om, hvorvidt det generel affattede forbud i markedsføringslovens § 11 b mod markedsføring af forbrugslånsvirksomheder er nødvendigt for at opnå formålet, må forventes at foretage en ganske intensiv prøvelse.

Endvidere bemærker vi, at håndhævelsen af forbuddet i bestemmelsen i § 11 b beror på et vist skøn, der skal udøves i henhold til bestemmelsens forarbejder. En meget vidtgående håndhævelse, der sanktionerer markedsføring af forbrugerlånsvirksomheder, og hvor den konkrete markedsføring af forbrugerlånsvirksomheden kun har en meget begrænset sammenhæng med samtidig markedsføring af spil eller spiludbydere, vil efter omstændighederne kunne være i strid med Direktivet og dermed potentielt bringe bestemmelsen uden for rammerne af artikel 3, stk. 9's undtagelsesområde.

Dette kan håndteres på forskellig vis, herunder ved at indsætte en bemyndigelsesbestemmelse i markedsføringslovens § 11 b, der giver erhvervsministeren mulighed for at fastsætte nærmere regler om den markedsføring, der er omfattet af forbuddet i § 11 b, stk. 1.

En udnyttelse af sådan bemyndigelse kan på sigt afværge risikoen for, at praksis på området måtte udvikle sig i en retning, der afviger fra det tiltænkte formål med bestemmelsen, hvilket kunne bringe bestemmelse på kant med artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

3. RETSGRUNDLAGET

3.1 EU-retten

3.1.1 *Direktivet om urimelig handelspraksis*

3.1.1.1 *Indledende bemærkninger*

Direktivet indfører harmoniserede regler for medlemsstaternes love om urimelig handelspraksis. Direktivet blev vedtaget den 11. maj 2005 og trådte i kraft dagen efter offentliggørelsen – det vil sige den 12. juni 2005.

Når der indføres fuldstændig harmoniserede regler ("totalharmonisering"), betyder det, at medlemsstaterne hverken må vedtage lovgivning, der er mere eller mindre restriktiv inden for de harmoniserede reglers anvendelsesområde.

Det følger endvidere af fast retspraksis fra EU-Domstolen, at enhver national foranstaltning inden for et område, der har været genstand for fuldstændig harmonisering på EU-plan, skal bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret, dvs. traktaternes bestemmelser, jf. blandt andet *Gysbrechts og Santurel Inter*³, præmis 33.

³ Sag C-205/07, EU:C:2008:730.

Direktivet har foretaget en fuldstændig harmonisering af lovgivningen vedrørende urimelig handelspraksis, og medlemsstaternes foranstaltninger skal derfor – som udgangspunkt – alene vurderes i forhold til bestemmelserne i Direktivet, jf. Kommissionen mod Kongeriget Belgien⁴, præmis 64.

3.1.1.2 *Direktivets præambel*

Det fremgår flere steder af præamblen til Direktivet, at baggrunden for ønsket om harmonisering er de markante forskelle i medlemsstaternes lovgivning om urimelig handelspraksis, som kan skabe betydelige konkurrenceforvridning og hindringer for et velfungerende indre marked samt skade forbrugerbeskyttelsen, herunder forbrugernes økonomiske interesser.⁵

Det fremgår blandt andet af 5. betragtning, at hindringer for den fri bevægelighed for tjenesteydelser og varer på tværs af grænserne eller for etableringsfriheden bør fjernes, og at det kun kan ske *"[...] ved at indføre ensartede bestemmelser på fællesskabsplan, der indfører et højt forbrugerbeskyttelsesniveau, og ved at tydeliggøre visse retlige begreber på EU-plan i det omfang, det er nødvendigt for at sikre et velfungerende indre marked og af hensyn til retssikkerheden"*.

I tilknytning hertil fremgår følgende af Direktivets 12. betragtning:

"Harmonisering vil betyde en væsentlig forbedring af både forbrugernes og virksomhedernes retssikkerhed. Såvel forbrugere som virksomheder vil kunne sætte deres lid til en enkelt lovgivningsmæssig ramme, som er baseret på klart definerede retlige begreber, og som gælder for alle aspekter af urimelig handelspraksis i hele EU. Dette vil betyde fjernelse af de hindringer, som skyldes divergerende bestemmelser vedrørende urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser, og det vil bane vejen for gennemførelsen af det indre marked på dette område."

I forhold til Direktivets anvendelsesområde og proportionalitetsprincippet fremgår det af 6. betragtning, at *"i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet beskytter direktivet forbrugerne mod følgerne af urimelig handelspraksis, når disse er væsentlige, men det erkendes, at virkningerne for forbrugerne i visse tilfælde kan være ubetydelige."* Direktivet omfatter eller berører derfor ikke nationale love om urimelig handelspraksis, som udelukkende skader konkurrenternes økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende.

⁴ Sag C-421/12, EU:C:2014:2064.

⁵ Se navnlig 3.-5. samt 11.-13. betragtning.

Nærmere om Direktivets anvendelsesområde fremgår det af 7. betragtning, at direktivet ikke vedrører lovmæssige krav med hensyn til smag og anstændighed, der varierer meget fra den ene medlemsstat til den anden. Som eksempel nævnes kundehvervning på gaden, der i nogle medlemsstater kan være uønsket af kulturelle grunde. Det fremgår, at der skal tages fuld højde for den enkelte sags omstændigheder i forbindelse med anvendelsen af Direktivet og navnlig de generelle bestemmelser heri.

Med hensyn til forbud, der er begrundet i særlige hensyn til forbrugerne, fremgår følgende af 9. betragtning:

”Dette direktiv berører ikke sager indklaget af dem, som har lidt skade på grund af urimelig handelspraksis. Det berører heller ikke fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser om aftaleret, intellektuel ejendomsret, bestemmelser om produkters sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter, etableringsbetingelser eller godkendelsesordninger, herunder sådanne, der i overensstemmelse med fællesskabsretten vedrører hasardspil, EF’s konkurrencebestemmelser eller nationale bestemmelser til gennemførelse af disse. Medlemsstaterne vil således kunne opretholde eller indføre restriktioner og forbud vedrørende handelspraksis, der er begrundet i hensynet til forbrugernes sundhed og sikkerhed på deres område, uanset hvor den erhvervsdrivende end er etableret, f.eks. i forbindelse med alkohol, tobak eller lægemidler. Finansielle tjenesteydelser og fast ejendom nødvendiggør som følge af deres kompleksitet og alvorlige iboende risici, at der opstilles detaljerede krav, herunder positive forpligtelser for erhvervsdrivende. Med hensyn til finansielle tjenesteydelser og fast ejendom berører direktivet derfor ikke medlemsstaternes ret til at gå videre end dets bestemmelser for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser. Det er ikke hensigtsmæssigt i denne tekst at give regler for certificering og angivelse af lødighed for ædelmetalarbejder.” (vores understregning)

Endelig skal det fremhæves, at det af 18. betragtning fremgår, at Direktivet i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet anvender som benchmark for beskyttelsen af forbrugere *”en under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, således som denne fortolkes af Domstolen, men sørger for at forebygge udnyttelse af forbrugere, hvis karaktertræk gør dem særligt sårbare over for urimelig handelspraksis.”*

Med hensyn til forbrugere, hvor visse karaktertræk som alder, fysiske eller mentale handicap eller godtroenhed gør dem særlig modtagelse for en handelspraksis eller det underliggende produkt, og hvor kun sådanne forbrugeres økonomiske adfærd kan forventes at blive forvredet af den pågældende praksis på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed kan forudse, fremgår det af 19. betragtning, at det er hensigtsmæssigt at sikre, at de er beskyttet på passende vis, ved, at den pågældende praksis vurderes ud fra, hvordan den opleves af et gennemsnitligt medlem af den gruppe.

3.1.1.3 Direktivets formål, definitioner, anvendelsesområde mv.

Formålet med Direktivet er i henhold til artikel 1 følgende:

”[...] at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau gennem tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser.”

Direktivets artikel 2 indeholder en række definitioner af Direktivets centrale begreber. Ifølge artikel 2, litra c) og d) forstås ved henholdsvis ”produkt” og ”handelspraksis”:

”c) »produkt«: en vare eller tjenesteydelse, herunder fast ejendom, rettigheder og pligter

d) »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne (i det følgende også benævnt »handelspraksis«): en handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommercielt kommunikation, herunder reklame og markedsførings, foretage af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne”

Efter Direktivets artikel 3, stk. 1, gælder Direktivet for virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, som fastlagt i artikel 5, før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt.

Bestemmelserne i artikel 3, stk. 3-10, indeholder begrænsninger til Direktivets anvendelsesområde.

Af artikel 3, stk. 9, fremgår følgende:

”I forbindelse med »finansielle tjenesteydelser«, som defineret i direktiv 2002/65/EF, samt fast ejendom kan medlemsstaterne på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv.” (vores understregning)

Ved ”finansielle tjenesteydelser” forstås i direktiv nr. 2002/65/EF,⁶ jf. artikel 2, litra b): *”enhver tjeneste, der har karakter af bank-, kredit-, forsikrings-, individuel pensions-, investerings- eller betalingsydelse”.*

Af artikel 4 om det indre marked i Direktivet fremgår følgende:

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne, EUT L 271 af 9. oktober 2002, s. 16.

”Medlemsstaterne må hverken begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse.”

3.1.1.4 Direktivets materielle indhold

Direktivets kapitel 2 omhandler urimelig handelspraksis og indeholder et generelt forbud mod urimelig handelspraksis, jf. artikel 5, stk. 1. En handelspraksis er efter artikel 5, stk. 2, litra b), blandt andet urimelig, hvis den væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.

I forlængelse heraf hedder det i artikel 5, stk. 3:

”Handelspraksis, der på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at forudse, må formodes kun at forvride den økonomiske adfærd væsentligt hos en klar identificerbar gruppe af forbrugere, som er særligt sårbare over for denne praksis eller det omhandlede produkt på grund af deres mentale eller fysiske handicap, alder eller godtroenhed, vurderes med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af gruppen. Dette berører ikke den almindelige og legale reklamepraksis, der består i at fremsætte overdrevne udtalelser eller udtalelser, som ikke er beregnet til at blive opfattet bogstaveligt.”

Det følger af artikel 5, stk. 4, at en handelspraksis i særdeleshed er urimelig, hvis den er vildledende eller aggressiv. Direktivets bilag I indeholder en fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige, jf. artikel 5, stk. 5. Listen i bilag I er udtømmende, uanset om der er tale om foranstaltninger, der har til formål at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau, jf. *Europa-Kommissionen mod Kongeriget Belgien*⁷, præmis 56 og 61.

For så vidt angår begrebet ”aggressiv handelspraksis”, følger det af artikel 8, at en handelspraksis betragtes som aggressiv, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad inddrænker eller kan forventes at inddrænke gennemsnitsforbrugers valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.

⁷ Sag C-421/12, EU:C:2014:2064.

Herudover indeholder Direktivet også regler om adfærdskodeks, jf. kapital 3, samt en række afsluttende bestemmelser om håndhævelse, domstols- og administrativ prøvelse samt sanktioner i kapitel 4.

3.1.1.5 Andre sprogversioner af artikel 3, stk. 9

Omdrejningspunktet for notatet er en fortolkning af markedsføringslovens § 11b, stk. 1, i forhold til Direktivets artikel 3, stk. 9. Nedenstående tabel indeholder en sammenligning af ordlyden af den danske, engelske, franske, spanske, svenske og tyske version af artikel 3, stk. 9:

Udvalgte sprogversioner af artikel 3, stk. 9	
Dansk	<i>I forbindelse med »finansielle tjenesteydelser«, som defineret i direktiv 2002/65/EF, samt fast ejendom kan medlemsstaterne på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv.</i>
Engelsk	<i>In relation to »financial services«, as defined in Directive 2002/65/EC, and immovable property, Member States may impose requirements which are more restrictive or prescriptive than this Directive in the field which it approximates.</i>
Fransk	<i>Pour ce qui est des »services financiers«, au sens de la directive 2002/65/CE, et des biens immobiliers, les États membres peuvent imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses que celles prévues par la présente directive dans le domaine dans lequel cette dernière vise au rapprochement des dispositions en vigueur.</i>
Spansk	<i>Por lo que respecta a los »servicios financieros« definidos en la Directiva 2002/65/CE y a los bienes inmuebles, los Estados miembros podrán imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la presente Directiva en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza.</i>
Svensk	<i>När det gäller »finansiella tjänster« enligt definitionen i direktiv 2002/65/EG och fast egendom får medlemsstaterna på det område som tillnärmas genom detta direktiv ställa mer inskränkande eller mer föreskrivande krav än enligt det här direktivet.</i>

Tysk	<i>Im Zusammenhang mit »Finanzdienstleistungen« im Sinne der Richtlinie 2002/65/EG und Immobilien können die Mitgliedstaaten Anforderungen stellen, die im Vergleich zu dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich restriktiver und strenger sind.</i>
------	--

3.1.2 EU-Domstolens praksis vedrørende artikel 3, stk. 9

Citroën Belux-dommen⁸ er så vidt ses den eneste dom fra EU-Domstolen, hvor rækkevidden af bestemmelsen i Direktivets artikel 3, stk. 9, er blevet fortolket.

Sagen angik en præjudiciel forespørgsel fra en belgisk domstol vedrørende et forbud mod tilbud med tilgift til forbrugeren, når mindst en bestanddel af tilbuddet udgjorde en finansiel tjenesteydelse. I den konkrete sag tilbød Citroën Belux seks måneders gratis ”omnium-forsikring” ved køb af et køretøj af mærket Citroën.

Ifølge den foreliggende ret kunne artikel 3, stk. 9, fortolkes på tre forskellige måder:

1. Forbud mod salg med tilgift indeholdende en finansiel tjenesteydelse er i overensstemmelse med Direktivet, uanset om den finansielle tjenesteydelse er hovedbestanddel af tilbuddet eller ej.
2. Forbud mod salg med tilgift indeholdende en finansiel tjenesteydelse er kun i overensstemmelse med Direktivet, såfremt den finansielle tjenesteydelse er en afgørende bestanddel af salget med tilgift.
3. Forbud mod salg af tilgift indeholdende en finansiel tjenesteydelse er ikke i overensstemmelse med Direktivet, for så vidt som artikel 3, stk. 9, som en undtagelse til princippet om fuld harmonisering, skal fortolkes snævert.

Det første præjudicielle spørgsmål for Domstolen angik på denne baggrund, om Direktivet er til hinder for en lovgivning, der, med undtagelse af de i den nationale lovgivning udtømmende opregnede tilfælde, generelt forbyder salg med tilgift til forbrugeren, når mindst en af ydelserne er en finansiel tjenesteydelse.

EU-Domstolen udtalte herom:

⁸ Sag C-265/12, EU:C:2013:498.

-
20. *Det skal herefter påpeges, at når direktiv 2005/29 i princippet foretager en fuld harmonisering af reglerne om virksomhedernes urimelige handelspraksis i forhold til forbrugerne på fællesskabsplan, kan medlemsstaterne ikke, som det udtrykkeligt er fastsat i direktivets artikel 4, vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end dem, der er fastlagt ved direktivet, ej heller med henblik på at sikre en højere forbrugerbeskyttelse (jf. dom af 14.1.2010, sag C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft, Sml. I, s. 217, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).*
21. *Artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29 med overskriften »Anvendelsesområde« indfører imidlertid en undtagelse til målet om fuld harmonisering for så vidt angår⁹ bl.a. finansielle tjenesteydelser i direktiv 2002/65's forstand.*
22. *Det fremgår dog af niende betragtning til direktiv 2005/29, at finansielle tjenesteydelser som følge af deres kompleksitet og alvorlige iboende risici nødvendiggør, at der opstilles detaljerede krav, herunder positive forpligtelser for erhvervsdrivende. Det anføres ligeledes heri, at direktivet for så vidt angår disse tjenesteydelser ikke berører medlemsstaternes ret til at gå videre end dets bestemmelser for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser.*
23. *Ved »finansiel tjenesteydelse« som omhandlet i direktiv 2002/65 skal forstås »enhver tjeneste, der har karakter af bank-, kredit-, forsikrings-, individuel pensions-, investerings- eller betalingstjenesteydelse«. Loven af 6. april 2010 anvender den samme definition i artikel 2, nr. 24), til at beskrive finansielle tjenesteydelser. Det følger heraf, at salg med tilgift, hvoraf mindst en af ydelserne er en finansiel tjenesteydelse, såsom den, der er genstand for forbuddet i hovedsagen, henhører under anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29.*
24. *I overensstemmelse med denne bestemmelse kan medlemsstaterne for så vidt angår finansielle tjenesteydelser stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive end direktivet.*
25. *Det bemærkes i øvrigt, at ordlyden af artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29 begrænser sig til at tillade medlemsstaterne at vedtage nationale regler, som er mere restriktive for så vidt angår finansielle tjenesteydelser, uden anden præcisering. Bestemmelsen fastsætter således ingen begrænsning i forhold til, hvor restriktive nationale regler kan være i denne henseende, og fastsætter ikke kriterier for, hvor kompleks disse tjenesteydelser skal være for at blive genstand for strengere regler, eller hvilke risici disse tjenesteydelser skal frembyde.*

⁹ Ordlyden fra denne præmis afviger fra den officielle danske version af direktivers artikel 3, stk. 9, der lyder ”i forbindelse med finansielle tjenesteydelser”.

Det fremgår heller ikke af denne bestemmelses ordlyd, at mere restriktive nationale regler kun kan vedrøre salg med tilgift i form af flere finansielle tjenesteydelser eller kun kan vedrøre salg med tilgift, når den finansielle tjenesteydelse udgør hovedbestanddelen.

26. *Det er således ikke nødvendigt at begrænse anvendelsen af artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29 til tilgift sammensat af flere finansielle tjenesteydelser eller til tilgift, hvori indgår en kompleks finansiell tjeneste, i modsætning til det, som Citroën har anført.*
27. *Denne fortolkning er i overensstemmelse med bestemmelsens formål. Niende betragtning til direktiv 2005/29 tildeler udtrykkeligt medlemsstaterne en kompetence til at vedtage mere præskriptive foranstaltninger for at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau for så vidt angår finansielle tjenesteydelser. Det er således EU-lovgivers hensigt at overlade det til medlemsstaterne selv at afgøre, hvor restriktiv en karakter disse foranstaltninger skal tillægges, og at overlade dem et skøn i denne henseende, der kan udstrækkes til vedtagelse af et forbud.*
28. *Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29/EF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats bestemmelse, såsom den i hovedtaget omhandlede, der med undtagelse af de i den nationale lovgivning udtømmende opregnede tilfælde generelt forbyder salg med tilgift til forbrugeren, når mindst en af ydelserne er en finansiell tjenesteydelse.*

Det andet spørgsmål angik artikel 56 TEUF og tjenesteydelseernes fri bevægelighed og er således ikke relevant for den problemstilling, der behandles i dette notat.

3.1.3 Europa-Kommissionens vejledning til Direktivet af 25. maj 2016

Kommissionen har udarbejdet en vejledning til Direktivet¹⁰, der har til formål at fremme dets korrekte anvendelse. Vejledningen indeholder oplysninger om de centrale begreber og bestemmelser i Direktivet samt praktiske eksempler hentet fra EU-Domstolens retspraksis og fra nationale domstoles og forvaltningers praksis. Vejledningen er baseret på og erstatter en tidligere vejledning fra 2009.¹¹

Af vejledningens afsnit 1.3.2 om undtagelser til fuld harmonisering fremgår følgende om ”finansielle tjenesteydelser”:

¹⁰ SWD(2016) 163 final.

¹¹ SEC(2009) 1666.

”Ved artikel 3, stk. 9, begrænses direktivets karakter af fuld harmonisering: ”i forbindelse med »finansielle tjenesteydelser« [...] samt fast ejendom kan medlemsstaterne på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv”.

Inden for disse sektorer kan medlemsstaterne derfor indføre bestemmelser, der går ud over bestemmelserne i direktivet om urimelig handelspraksis, så længe de er i overensstemmelse med den øvrige EU-lovgivning. Kapitel 5.4 omhandler specifikt anvendelsen af direktivet om urimelig handelspraksis på finansielle tjenesteydelser og fast ejendom.”

Af kapitel 5.4, afsnit 5.4.1 om tværgående spørgsmål fremgår følgende:

”I forklaringen af rationale bag direktivets artikel 3, stk. 9, bemærkede Kommissionen i sin rapport om anvendelsen af direktivet, at:

”De vigtigste årsager er: den større finansielle risiko i forbindelse med finansielle tjenesteydelser og fast ejendom (sammenlignet med andre varer og tjenesteydelser), forbrugernes særlige mangel på erfaring på disse områder (kombineret med manglende gennemsigtighed, navnlig i relation til finansielle transaktioner), de særlige sårbarheder, der er konstateret i begge sektorer, som gør forbrugerne modtagelige for både salgsfremmende foranstaltninger og pres, de kompetente finansielle håndhævelsesorganers erfaring med et system, der er udviklet på nationalt plan, og endelig de finansielle markeders funktion og stabilitet som sådan.”

Det følger af artikel 3, stk. 9, i direktivet om urimelig handelspraksis, at dets bestemmelser kun sikrer minimal harmonisering for finansielle tjenesteydelser og fast ejendom.

Medlemsstaterne kan derfor vedtage mere restriktive eller præskriptive nationale bestemmelser, så længe de er i overensstemmelse med EU-retten.” (fodnoter udeladt)

Videre fremgår det af afsnit 5.4.1:

”Ifølge Kommissionens undersøgelse af, hvordan direktivet om urimelig handelspraksis finder anvendelse på finansielle tjenesteydelser og fast ejendom er denne undtagelse i vid udstrækning blevet benyttet af medlemsstaterne. De fleste af disse supplerende bestemmelser består af sektorspecifikke forpligtelser vedrørende oplysninger, der skal gives forud for kontraktens indgåelse, og oplysninger vedrørende selve kontrakten. Det fremgik også af undersøgelsen, at et betydelig antal forbud hovedsagelig vedrører direkte salg og salgsfremmende foranstaltninger,

praksis, der går ud på at udnytte særlige sårbarheder, eller forhindring af interessekonflikter.”
(fodnoter udeladt)

Særligt vedrørende finansielle tjenesteydelser, fremgår det af afsnit 5.4.2, at *”[e]ftersom der findes et robust sæt sektorspecifikke EU-retsakter inden for denne sektor, er direktivets karakter af et ”sikkerhedsnet” særligt fremtrædende her.”* (fodnote udeladt)

I dette afsnit oplystes en række sektorspecifik EU-lovgivning, der er relevant for forbrugerbeskyttelse i forbindelse med finansielle tjenesteydelser, samt eksempler på hvordan Direktivets bestemmelser finder anvendelse på finansielle tjenesteydelser.

3.1.4 Europa-Kommissionens rapport om anvendelsen af Direktivet 14. marts 2013

Kommissionen afgav i 2013 en rapport om vurdering af anvendelsen af Direktivet i medlemsstater samt evaluering af dets virkninger.¹²

Af rapportens afsnit 3.4.3 om artikel 3, stk. 9, fremgår blandt andet følgende:

”I henhold til artikel 18 i direktivet om urimelig handelspraksis skal Kommissionen aflægge rapport om anvendelsen af direktivet på disse områder og navnlig overveje, om undtagelsen fra fuldstændig harmonisering i artikel 3, stk. 9, skal opretholdes. Med henblik herpå har Kommissionen iværksat en undersøgelse af anvendelsen af direktivet om urimelig handelspraksis inden for finansielle tjenesteydelser og fast ejendom. Undersøgelsen blev foretaget i løbet af 2011 og frem til begyndelse af 2012 og er baseret på en bred høring af medlemsstaterne og interessenterne.

Den dokumentation, der blev indsamlet i forbindelse med undersøgelsen, viser, at undersøgelsen i artikel 3, stk. 9, er blevet anvendt i vidt omfang. Med andre ord har de fleste medlemsstater opretholdt eller vedtaget lovgivning om finansielle tjenesteydelser og fast ejendom, som er mere vidtgående end standarderne i direktivet om urimelig handelspraksis.

De fleste af disse supplerende bestemmelser består af sektorspecifikke forpligtelser vedrørende oplysninger, der skal gives forud for kontraktens indgåelse, og oplysninger vedrørende selve kontrakten. Derudover vedrører et betydeligt antal forbud hovedsageligt direkte salg og salg fremmede foranstaltninger, praksis, der går ud på at udnytte særlige sårbarheder, eller forhindrer af interessekonflikter. F.eks. er dørsalg af realkredit forbudt i Østrig, mens det i Italien

¹² COM(2013) 139 final af 14. marts 2013.

er forbudt at kæde ansvarsforsikringskontrakter for biler sammen med andre forsikringstjenesteydelser. I Danmark er det forbudt at kombinere flere tjeneste fra ejendomsmæglere.

[...]

Resultaterne af den undersøgelse, der er foretaget på området finansielle tjenesteydelser og fast ejendom, viser, at det ikke vil være hensigtsmæssigt at fjerne undtagelsen i artikel 3, stk. 9, i direktivet.

De vigtigste årsager er: den større finansielle risiko i forbindelse med finansielle tjenesteydelser og fast ejendom (sammenlignet med andre varer og tjenesteydelser), forbrugernes særlige mangel på erfaring på disse områder (kombineret med manglende gennemsigtighed, navnlig i relation til finansielle transaktioner), de særlige sårbarheder, der er konstateret i begge sektorer, som gør forbrugerne modtagelige for både salgsfremmende foranstaltninger og pres, de kompetente finansielle håndhævelsesorganers erfaring med et system, der er udviklet på nationalt plan, og endelig de finansielle markeders funktion og stabilitet som sådan.”

3.1.5 Europa-Kommissionens undersøgelse af anvendelsen af Direktivet af 22. december 2011

Kommissionens undersøgelse af anvendelsen af Direktivet fra 2011 er baseret på detaljerede rapporter fra 10 lande (Østrig, Bulgarien, Danmark, Frankrig, Tyskland, Italien, Nederlandene, Polen, Spanien og Storbritannien) samt såkaldte ”fact sheets” fra i alt 29 lande.

Følgende fremgår af undersøgelsens executive summary, side 7:

”Commercial practices that are banned by national legislation and that do not form part of the blacklist of the UCPD are reported from close to half of the Member States, namely Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Finland, France, Lithuania, Poland, Portugal, Slovakia, Spain and the UK. The blacklisted prohibitions vary greatly. Direct selling features prominently among per se prohibitions that do not form part of the blacklist of the UCPD. Similarly, sales promotions and tying have been restricted in some Member States.

Another category is the prevention of conflicts of interest. Some Member States have enacted regulations that are meant to protect particularly vulnerable consumers, such as young people. Finally, special practices in the area of banking or insurance have been blacklisted, as have been stricter bans regarding pyramid schemes.”

Videre på side 8 fremgår følgende:

“A number of traditional provisions take into consideration the particular risks that consumers are exposed to when they make hasty and imprudent transaction decisions in the context of financial services. This policy is reflected in numerous prohibitions or restrictions of direct selling of financial services where the same practices are allowed otherwise, i.e. in the context of the sale of goods and services other than financial services. Another set of national rules deals with the protection of vulnerable consumers.

Member States appear to recognize that a very general obligation not to abuse such vulnerability (such as that contained in the UCPD) is insufficient to protect vulnerable consumers; and that clear and specific rules must exist that prohibit certain practices that typically affect the most vulnerable.”

Som anført ovenfor, kunne Kommissionen på baggrund af undersøgelsen ikke anbefale en ophævelse af bestemmelsen i artikel 3, stk. 9.

Årsagerne hertil er sammenfattende oplyst i følgende punkter (side 12):

“Reasons for this conclusion of the study include:

- The higher financial risk of financial services and immovable property, as compared to other goods and services;*
- The particular inexperience of consumers in these areas, combined with a lack of transparency in particular of financial operations;*
- Particular vulnerabilities that occur in both sectors that make consumers susceptible to both promotional practices and pressure;*
- Existing experience of enforcement bodies with a nationally grown system; and*
- The functioning and the stability of the financial markets as such.”*

3.1.6 EU-retlig regulering af sammenlignelige retsområder (markedsføring af tobaksprodukter og -producenter)

Direktivets bestemmelser om urimelig handelspraksis kan i relation til den konkrete problemstilling i forhold til markedsføringslovens § 11 b sammenholdes med EU-lovgivers regulering af markedsføring af tobaksprodukter og -producenter, der også udgør et totalharmoniseret område.

Efter Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2003/33/EF af 26. maj 2003 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsering til fordel for disse, er reklame for tobaksvarer i andre medier end fjernsynsudsendelser (dvs. i pressen og andre trykte publikationer, i radioudsendelser og ved brug af informationssamfundets tjenester) som udgangspunkt forbudt, jf. artikel 3 og 4.

Ved ”reklame” forstås ifølge artikel 2, litra b), enhver form for kommerciel kommunikation med det formål at fremme salget af en tobaksvarer eller med dette som en direkte eller indirekte virkning.

For så vidt angår Tv-reklamer mv. samt sponsering og produktplaceringer i TV følger et tilsvarende forbud af artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om audiovisuelle medietjenester.

I præambelen til dette direktiv fremgår følgende af 88. betragtning:

(88) Det er nødvendigt at forbyde al audiovisuel kommerciel kommunikation for cigaretter og andre tobaksvarer, herunder indirekte former for audiovisuel kommerciel kommunikation, hvori tobaksvarer ganske vist ikke nævnes direkte, men som søger at omgå forbuddet mod audiovisuel kommerciel kommunikation for cigaretter og andre tobaksvarer ved anvendelse af varemærker, symboler eller andre kendetegn for tobaksvarer eller firmaer, der er kendt for produktion og salg af sådanne varer, eller hvis hovedvirksomhed omfatter salg og produktion af sådanne varer.

Herudover gælder der som udgangspunkt også et forbud mod kommerciel kommunikation mv., som direkte eller indirekte har til formål at fremme salget af elektroniske cigaretter og genopfyldningsbeholdere, jf. artikel 20, stk. 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EU af 3. april 2014 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter.

3.2 Dansk ret

3.2.1 Markedsføringsloven

Markedsføringsloven fastlægger regler for virksomheders markedsføring overfor forbrugerne og deres adfærd i forhold til hinanden i markedsføringsmæssig sammenhæng. Formålet med loven er at understøtte en effektiv konkurrence samt gode forbrugerforhold.¹³

¹³ LFF 2016 40, almindelige bemærkninger, afsnit 1.

En række af markedsføringslovens regler vedrører virksomheders handelspraksis. Ved handelspraksis forstås efter § 2, nr. 4: *”En handling, undladelse, adfærd, fremstilling eller kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne.”*

Der er tale om en meget bred definition. Efter forarbejderne kan handelspraksis ud fra en konkret vurdering også omfatte imagemarkedsføring, der for eksempel kan være branding af en virksomhed eller gennemførelse af CSR-initiativer, der skal virke positivt på selve virksomhedens omdømme, men som ikke direkte relaterer sig til virksomheders produkter.¹⁴

Lovens § 11 b indeholder forbud mod markedsføring af visse kreditaftaler og forbrugslånsvirksomheder. Bestemmelserne blev indsat i markedsføringsloven ved lov nr. 801 af 9. juni 2020 om ændring af lov om forbrugslånsvirksomheder, lov om markedsføring og lov om finansiel virksomhed, der som nævnt indledningsvist implementerer den politiske aftale af 19. december 2019 om et opgør med kviklån.

Efter § 11 b, er enhver markedsføring af forbrugerkreditaftaler og forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere ligeledes som udgangspunkt forbudt. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 11 b

Enhver markedsføring af forbrugslånsvirksomheder og kreditaftaler til forbrugere i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere er forbudt, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse ved markedsføring af boligkreditaftaler.

Stk. 3. Stk. 1 finder ikke anvendelse ved markedsføring af forbrugslånsvirksomheder og kreditaftaler til forbrugere i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere, hvis kredit udbydes med henblik på køb af en vare eller tjenesteydelse, hvorefter køberen efter aftale med sælgeren har fået henstand med betaling af købesummen eller en del af denne eller købesummen helt eller delvis dækkes ved lån indrømmet køberen af en tredjemand på grundlag af en aftale herom mellem denne og sælgeren.

Efter forarbejderne til lovændringen forstås ved ”forbrugslånsvirksomhed” i overensstemmelse med § 2, nr. 1, i lov om forbrugerlånsvirksomhed, en virksomhed, der udbyder kreditaftaler til forbrugere, jf. § 1, stk. 1.

¹⁴ LFF 2016 40, bemærkninger til § 2.

Lovens § 1, stk. 1, vedrører kreditaftaler, der ydes helt eller delvis med henblik på erhvervelse af varer eller tjenesteydelser hos en anden virksomhed, samt kreditaftaler, der udgør et selvstændigt forretningsområde i virksomheden, og hvor kreditten ydes med henblik på erhvervelse af varer eller tjenesteydelser hos virksomheden.¹⁵

Ved ”kreditaftale” forstås, i overensstemmelse med § 2, nr. 3, i lov om forbrugslånsvirksomheder, en aftale, hvorved en virksomhed yder eller giver tilsagn om at yde en forbrugerkredit i form af henstand med betaling, lån eller anden tilsvarende form for finansiel ordning, bortset fra aftaler om løbende levering af tjenesteydelser eller varer af samme art, hvor forbrugeren betaler for ydelserne eller varerne i rater, så længe de leveres. Begrebet kreditaftaler omfatter både kreditaftaler med fast løbetid og kreditaftaler med variabel løbetid, f.eks. kassekreditter.¹⁶

Overtrædelse af § 11 b, stk. 1, straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, jf. § 37, stk. 3.

Der foreligger ikke oplysninger om bødeniveauet endnu, da bestemmelsen er forholdsvis ny. En overtrædelse af forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, påvirker ikke gyldigheden af aftaler indgået på baggrund af markedsføringen.

3.2.2 Forarbejder til § 11 b

3.2.2.1 Aftale om et opgør med kviklån af 19. december 2019

Baggrunden for markedsføringslovens § 11 b er som anført den politiske aftale om et opgør med kviklån af 19. december 2019.

Indledningsvist fremgår følgende af den politiske aftale:

”Alt for mange danskere ender i økonomiske vanskeligheder som følge af hurtig og let adgang til dyre forbrugslån (”kviklån”). Den lette adgang til dyre forbrugslån har ikke mindst betydet, at mange unge og socialt udsatte danskere er endt i gældsforfælde, som de har svært ved at komme ud af.”

Under overskriften ”Forbud mod markedsføring af lån ifm. reklamer for spil på TV” fremgår følgende:

¹⁵ LFF 2020 149, bemærkninger til § 2, ”Til nr. 1 (Kapitel 3, Særlige markedsføringsformer, i lov om markedsføring)”.

¹⁶ LFF 2020 149, bemærkninger til § 2, ”Til nr. 1 (Kapitel 3, Særlige markedsføringsformer, i lov om markedsføring)”.

”Aftaleparterne er ligeledes enige om, at der indføres et totalforbud mod markedsføring af enhver form for kontante forbrugslån og af virksomheder, der udbyder kontante forbrugslån, i forbindelse med markedsføring af spilleudbydere eller spil på TV. Det indbefatter, at der ikke må markedsføres kontante forbrugslån, herunder forbrugslånsudbydernes brands, på TV i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere.

Dette forbud gælder, hvor markedsføringen af forbrugslånsudbydere eller spilmarkedsføringen sker enten som tv-reklame, som programsponsorat eller som produktplacering.”

Samtidig er der enighed om at forbyde, at der i det offentlige rum kan reklameres for kontante forbrugslån og virksomheder, der udbyder kontante forbrugslån, samtidig eller i forlængelse af markedsføring af spil og spiludbydere.”

3.2.2.2 Forarbejder til lov nr. 801 af 9. juni 2020

Af bemærkningerne til lovforslaget¹⁷ vedrørende markedsføringslovens § 11 b om forbud mod markedsføring af forbrugslånsvirksomheder eller kreditaftaler til forbrugere i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere fremgår følgende:

”Forbuddet vil som udgangspunkt gælde enhver markedsføring af forbrugslånsvirksomheder og forbrugerkreditaftaler. Det betyder, at enhver handling foretaget i erhvervsøjemed, der har til formål at fremme afsætningen af forbrugerkreditaftaler eller forbrugslånsvirksomhedens forretning i øvrigt, er omfattet af forbuddet. Forbuddet vil indebære, at forbrugslånsvirksomheden hverken må markedsføre forbrugslånsvirksomheden, herunder f.eks. navn, logi eller andre kendetegn, der identificerer forbrugslånsvirksomheden, eller forbrugerkreditaftaler uanset årlig omkostning i procent, hvis markedsføring sker i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere.

[...]

Forbuddet vil gælde alle steder, uanset hvilket medie markedsføringen finder sted. Til eksempel må markedsføring hverken ske online, herunder på internettet, sociale medier eller applikationer, i tv eller radio, on-demand, i trykte medier, på skilte eller digitale skærme i det offentlige rum, på eller i offentlige transportmidler, i forretningsvinduer eller på private husgavle og lignende.

¹⁷ LFF 2020 149.

Det afgørende for, om forbuddet vil finde anvendelse er, at markedsføringen af forbrugslånsvirksomheden eller forbrugerkreditaftaler sker i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere. Dette vil bero på en konkret vurdering.

Det vil f.eks. gælde ved markedsføring i reklameblokke, som programsponsorat eller som produktplacering.

Flere programmer med indbyrdes sammenhæng skal i den forbindelse ses som en helhed. Det vil således ikke være tilladt at placere reklamer for forbrugslånsvirksomheder eller forbrugerkreditaftaler i et optaktsprogram til et program, der er sponsoreret af eller indeholder reklameblokke med markedsføring af spil eller spiludbydere.

Forbuddet vil derimod ikke omfatte forbrugerlånsvirksomheders sponsering af f.eks. sportsklubber og lignende. Det vil fortsat være muligt for både en forbrugslånsvirksomhed og en spiludbyder at annoncere i samme avis eller klubblad. Det må dog ikke ske i f.eks. samme artikel i avisen eller klubbladet, ligesom at det ikke må ske på samme side eller to sider, der kan ses samtidig af læseren. [...]

Derudover vil det ikke anses som markedsføring af forbrugerkreditaftaler eller forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere, hvis eksempelvis en bank har logo, reklamer for forbrugerkreditaftaler eller lignende i forretningslokalets vindue, mens der på et rulleskilt ved et busstoppested tæt på vinduet reklameres for spil. Tilsvarende vil gælde en forbrugslånsvirksomhed, som markedsfører muligheden for at optage forbrugerkreditaftaler i tv forud for en fodboldkamp, selvom der på bannerreklamer på stadion, hvor fodboldkampen finder sted, vises reklamer for spil.

[...]

Det påhviler den enkelte forbrugslånsvirksomhed selv at sikre, at der ikke købes reklametid eller sker anden markedsføring i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere.”

Videre om baggrunden for bestemmelsen fremgår følgende:

”Markedsføringsforbuddet foreslås indført for at begrænse den intensive markedsføring af forbrugerkreditaftaler med høje omkostninger, som i dag finder sted. Særligt i forbindelse med sportsprogrammer ses markedsføring af forbrugerkreditaftaler eller forbrugslånsvirksomheder ofte i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere. Forbuddet skal understøtte, at

færre forbrugere bliver eksponeret for og optager forbrugerkreditaftaler med høje omkostninger til brug for spil med risiko for at blive fanget i en gældsspiral.”

Med hensyn til baggrunden for undtagelsen i § 11b, stk. 3, der begrænser forbuddet i stk. 1, til markedsføring af forbrugerkreditaftaler med kontant udbetaling og virksomheder, der udbyder forbrugerkreditaftaler med kontakt udbetaling, fremgår blandt andet følgende:

”Undtagelsen foreslås indført, da finansieringskøb af en vare eller tjenesteydelse ikke i samme grad som forbrugerkreditaftaler med kontant udbetaling vurderes at kunne fremme ludomani ved markedsføring i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere.”

Forholdet til Direktivet, herunder forholdet til undtagelsesbestemmelsen i artikel 3, stk. 9, er ikke nærmere omtalt i forarbejderne. Erhvervsministeriet har oplyst, at lovforslaget har været sendt til Generaldirektoratet for Retlige Anliggender og Forbrugere (GD JUST) i EU-Kommissionen, der ikke har haft specifikke indvindinger til lovforslaget. Det bemærkes dog, at der herved ikke er tale om en formel godkendelse af lovforslaget fra Kommissionen.

4. VURDERING

4.1 Generelt om fortolkning af EU-retten

EU-retsakter skal i sidste ende fortolkes af EU-Domstolen, der har en anden fortolkningsstil end danske domstole. Når EU-Domstolen fortolker en bestemmelse, lægger Domstolen vægt på den forelagte bestemmelses ordlyd (hvor EU-Domstolen om nødvendigt sammenligner teksterne på alle officielle sprog). Derudover lægger EU-Domstolen vægt på bestemmelsens formål og dens sammenhæng med andre bestemmelser.

EU-Domstolen søger herved at vurdere, hvorledes den pågældende bestemmelse eller retsakt bedst kan opnå ”effektiv virkning” set i forhold til de formål, bestemmelsen har, herunder set i lyset af EU's almindelige formål, således som det fremgår af traktatgrundlaget. EU-Domstolen lægger ofte en mere formålsorienteret fortolkningsstil for dagen end danske domstole. Forarbejder til EU-retsakter tillægges derimod traditionelt langt mindre vægt end efter dansk ret.

4.2 Ordlyden af Direktivet

Helt overordnet falder markedsføringslovens § 11 b indenfor rammerne af harmoniseringen i Direktivet, idet der er tale om et forbud mod bestemte former for handelspraksis. Dermed kan bestemmelsen kun opretholdes, hvis den ikke går videre end artikel 3, stk. 9, foreskriver.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsen i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, går videre end tilladt efter Direktivet, er fokus dermed i første række på ordlyden af artikel 3, stk. 9. I den henseende er det vores overordnede vurdering, at et generelt forbud mod markedsføring af forbrugslån, dvs. markedsføring af selve tjenesteydelsen, i forbindelse med spil er indeholdt i undtagelsens ordlyd. Bestemmelsen i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, går imidlertid videre.

Herefter er spørgsmålet således, om Direktivets artikel 3, stk. 9, hvorefter medlemsstaterne ”i forbindelse med »finansielle tjenesteydelser«” på det område, hvor der med Direktivet sker en tilnærmelse, kan stille krav, som er mere restriktive eller præskriptive end Direktivet, giver adgang til at indføre nationale regler, som forbyder markedsføring af forbrugslånsvirksomheder til forbrugere i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere.

LIGA advokater har i notat af 14. januar 2021 anført, at formuleringen ”i forbindelse med” i artikel 3, stk. 9, ikke udvider adgangen efter Direktivet til at fastsætte strengere regler for markedsføring af finansielle tjenesteydelser til også at omfatte udbydere af finansielle tjenesteydelser som sådan.

Efter Erhvervsministeriets opfattelse skal formuleringen derimod forstås sådan, at der menes noget mere end ”finansielle tjenesteydelser”, således at medlemsstaterne kan stille krav, som går videre end Direktivet, for så vidt angår handelspraksis ”[i] forbindelse med »finansielle tjenesteydelser«”.

En almindelig sproglig fortolkning af formuleringen ”[i] forbindelse med” synes umiddelbart at måtte forstås som en undtagelse til udgangspunktet om fuld harmonisering *vedrørende/med hensyn til/for så vidt angår mv.* finansielle tjenesteydelser. Bestemmelsen synes dermed ud fra sin ordlyd alene at give adgang til at fastsætte strengere regler for forhold i forbindelse/i tilknytning til finansielle ydelser.

Denne fortolkning støttes af formuleringen i Direktivets 9. præambelbetragtning, hvor der anvendes et andet ordvalg, nemlig ”[m]ed hensyn til finansielle tjenesteydelser og fast ejendom [...]”.

Denne fortolkning støttes også af flere af de andre sproglige versioner af bestemmelsen i artikel 3, stk. 9, der er gengivet i afsnit 3.1.1.5 ovenfor. Den engelske version bruger formuleringen ”[i]n relation to”, mens den franske bruger formuleringen ”[p]our ce qui est des” og den spanske ”[p]or lo que respecta a los”. De to sidstnævnte må oversættes til henholdsvis ”med hensyn til ” og ”vedrørende”. Særligt tydeligt støttes fortolkningen af den svenske version, der bruger formuleringen ”[n]är det gäller”.

Derudover støttes fortolkningen af EU-Domstolens dom i Citroën Belux-dommen, hvor Domstolen udtalte, at ”[...] ordlyden af artikel 3, stk. 9, [...] begrænser sig til at tillade medlemsstaterne at vedtage

*nationale regler, som er mere restriktive for så vidt angår finansielle tjenesteydelser, uden anden præcisering.*¹⁸ (vores understregning)

I overensstemmelse hermed anvendes i den engelske version formuleringen *"in relation to"*, og i den franske version anvendes *"en ce qui concerne"*, der kan oversættes til "med hensyn til/i forhold til".

Endelig kan henvises til Kommissionens vejledning til Direktivet, hvor den danske version anvender formuleringen *"i forbindelse med"*, mens den engelske version anvender *"in respect of"*.

Sammenfattende peger en ordlydsfortolkning umiddelbart på, at nationale regler, som skal kunne gå videre end harmoniseringen i direktivet, jf. artikel 3, stk. 9, retter sig mod finansielle tjenesteydelser som sådan beroende på deres kompleksitet og alvorligt iboende risici, jf. præambelbetragtning 9.

Selv om artikel 3, stk. 9, således efter vores opfattelse ikke kan fortolkes sådan, at der med formuleringen "i forbindelse med" menes noget mere end finansielle tjenesteydelser, udelukker bestemmelsen omvendt ikke direkte, at der på området for finansielle tjenesteydelser i mere bred forstand kan fastsættes strengere regler end Direktivet. Reguleringen vedrørende finansielle tjenesteydelser skal blot have til formål at fastsætte mere restriktive eller præskriptive krav på et område, der er harmoniseret (tilnærmet) med Direktivet.

Det følger således også af bestemmelsen, at *"[...] medlemsstaterne på det område, hvor der [Direktivet] sker en tilnærmelse"* kan stille strengere krav. Det er vores opfattelse, at dette, når det ses i sammenhæng med direktivets formål og øvrige bestemmelser, åbner for, at der i et vist omfang kan stilles strengere krav vedrørende handelspraksis, som også omfatter praksis forud for et salg af et produkt, jf. afsnit 4.3 og 4.4 nedenfor.

4.3 Formålsfortolkning

En bestemmelse i et direktiv skal, foruden en fortolkning af bestemmelsen ordlyd, også fortolkes i lyset af dens formål og hensigt.

Formålet med Direktivet er i henhold til artikel 1 at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Det fremgår af bestemmelsen, at dette skal ske gennem tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser. Som anført i afsnit 3.1.1.2 er dette også fremhævet gentagne steder i præambelen.

¹⁸ Præmis 25, jf. også præmis 21 og 24

Med hensyn til det indre marked fremgår det af præamblen, at hindringer for den fri bevægelighed bør fjernes, og at det kun kan ske ved at indføre ensartede bestemmelser på EU-plan, jf. blandt andet 5. betragtning. Med hensyn til forbrugerbeskyttelse, fremgår det, at harmonisering vil forbedre forbrugernes retssikkerhed samt vil betyde fjernelse af de hindringer, som skyldes divergerende bestemmelser vedrørende urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser, jf. blandt andet 12. betragtning. Harmonisering er på denne baggrund det afgørende middel til at opnå både et velfungerende indre marked og højt forbrugerbeskyttelsesniveau, og udgangspunktet herom er indført i Direktivets artikel 4.

Det fremgår dog af Direktivets artikel 3, stk. 9, sammenholdt med præamblen, at harmonisering ikke i alle tilfælde er tilstrækkeligt til at beskytte forbrugerne. Om undtagelsen i artikel 3, stk. 9, fremgår det således eksempelvis af 9. betragtning, at *"[f]inansielle tjenesteydelser og fast ejendom nødvendiggør som følge af deres kompleksitet og alvorlige iboende risici, at der opstilles detaljerede krav, herunder positive forpligtelser for erhvervsdrivende. Med hensyn til finansielle tjenesteydelser og fast ejendom berører direktivet derfor ikke medlemsstaternes ret til at gå videre end dets bestemmelser for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser."*

Det fremgår også af 9. betragtning, at Direktivet heller ikke berører nationale bestemmelser om blandt andet *"[...] produkters sundheds- og sikkerhedsmæssige aspekter, etableringsbetingelser eller godkendelsesordninger, herunder sådanne, der i overensstemmelse med fællesskabsretten vedrører hasardspil [...]"*.

EU-lovgiver har hermed tilkendegivet, at hensigten med harmoniseringen til fordel for det indre marked og retssikkerheden på visse områder må vige til fordel for særlige hensyn til forbrugerbeskyttelsen. Det altovervejende formål med artikel 3, stk. 9, må derfor siges at være beskyttelsen af forbrugernes økonomiske interesser, jf. også Kommissionens vejledning til Direktivet, afsnit 5.4.1.

En formålsfortolkning af artikel 3, stk. 9, fører dermed til, at bestemmelsen i artikel 3, stk. 9, må fortolkes på en sådan måde, at den ikke udelukker, at medlemsstaterne kan stille sådanne krav om forbud mod urimelig handelspraksis, for så vidt angår finansielle tjenesteydelser, som er nødvendige med henblik på at sikre forbrugernes økonomiske interesser, uanset at kravene går videre end de krav, der er fastsat i Direktivet.

En formålsfortolkning vil derfor efter vores opfattelse føre til, at medlemsstaterne i et vist omfang må kunne fastsætte krav, der ikke er snævert knyttet til selve produktet (den finansielle tjenesteydelse), hvis kravet forfølger det samme formål om og er nødvendigt for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser i relation til finansielle tjenesteydelser.

Denne fortolkning kan sammenholdes med den EU-retlige regulering af markedsføring for tobaksvarer. Som anført i afsnit 3.1.6 omfatter forbuddene mod reklame for tobaksvarer i de forskellige direktiver i vidt omfang både reklame, som har den direkte eller indirekte virkning at fremme salget af en tobaks-vare.

Det fremgår direkte af 88. præambelbetragtning til direktivet om audiovisuelle medietjenester, at forbuddet mod indirekte former for audiovisuel kommerciel kommunikation rammer reklamer, der søger at omgå forbuddet ved anvendelse af varemærker, symboler eller andre kendetegn for tobaksvarer eller firmaer, der er kendt for produktion og salg af sådanne varer, eller hvis hovedvirksomhed omfatter salg og produktion af heraf.

På samme måde vil en formålsfortolkning af artikel 3, stk. 9, kunne føre til, at medlemsstaterne også kan stille krav vedrørende indirekte markedsføring af finansielle tjenesteydelser, herunder markedsføring af udbydere af finansielle tjenesteydelser, i det omfang en sådan handelspraksis er nødvendigt for at sikre, at et eventuelt forbud ikke omgås og forbrugerne herved risikerer at lide økonomisk skade.

For en ordens skyld bemærkes, at det forhold, at artikel 3, stk. 9, ikke på samme måde som EU-reglerne om markedsføring af tobaksvarer, udtrykkeligt omtaler regler om omgåelse, næppe kan bruges til at slutte modsætningsvis, således at artikel 3, stk. 9, ikke skulle give mulighed for at fastsætte nationale regler, som skal sikre mod omgåelse af et i øvrigt lovligt markedsføringsforbud, der forfølger de beskyttelseshensyn, som er anerkendt i artikel 3, stk. 9.

Som anført i afsnit 3.2.2.1 og 3.2.2.2 ovenfor er formålet med forbuddene i markedsføringslovens §§ 11 a og 11 b at undgå, at danskere ender i økonomiske vanskeligheder som følge af hurtigt og let adgang til kviklån, herunder undgå at mange unge og social udsatte danskere ender i gældsælder, som de har svært ved at komme ud af.

Baggrunden for § 11 b er særligt at der i forbindelse med sportsprogrammer ofte ses markedsføring af forbrugerkreditaftaler eller forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil eller spiludbydere, og at forbuddet skal understøtte at færre forbrugere bliver eksponeret for og optager lån baseret på forbrugerkreditaftaler med høje omkostninger til brug for spil med risiko for at blive fanget i en gældsspiral.

En sådan praksis kan ud fra en generel betragtning umiddelbart kategoriseres som en urimelig handelspraksis, jf. artikel 5, stk. 2-3 og stk. 4, litra b), jf. artikel 8 om aggressiv handelspraksis, idet kombinationen af muligheden for optagelse af et forbrugerlån med høje omkostninger og adgangen til at anvende de lånte midler til spil vil forøge forbrugerens risiko, idet denne eksponeres både for en høj låneomkostningsrisiko knyttet til lånet og en tabsrisiko knyttet til spillet. Direktivet omfatter og forbyder en sådan

praksis, men den indeholder ikke den fornødne og detaljerede beskyttelse af forbrugernes økonomiske interesser i relation til finansielle tjenesteydelser i en sådan situation, jf. modsætningsvist de oplyste situationer i bilag I, der under alle omstændigheder er urimelige, jf. artikel 5, stk. 5.

Bestemmelsen i § 11 b har dermed utvivlsomt til formål at beskytte forbrugerne mod en urimelig handelspraksis og forbrugernes økonomiske interesser, herunder i forbindelse med den særlige situation, hvor forbrugere fristes til et kviklån til brug for spil.

Forbuddet mod markedsføring af forbrugslånsvirksomheder må forstås sådan, at dette understøtter formålet, således forbrugerne ikke alene beskyttes mod urimelig handelspraksis, der består i markedsføring vedrørende konkrete produkter i form af kviklån, men også i forhold til udbydere af sådanne kviklån, der kan siges at have den samme virkning som markedsføring af selve produktet.

Da forbuddet mod markedsføring af forbrugslånsvirksomheder har samme formål som og kan siges at understøtte formålet med forbuddet mod markedsføring af forbrugerkreditlån ved at sikre, at sidstnævnte forbud ikke omgås, synes en formålsfortolkning af artikel 3, stk. 9, at åbne for nationale regler, der er formuleret som forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1.

4.4 Fortolkning af artikel 3, stk. 9, i sammenhæng med Direktivets øvrige bestemmelser

I tilknytning til ordlyds- og formålsfortolkningen af artikel 3, stk. 9, er det også relevant at inddrage den sammenhæng, som bestemmelsen indgår i. Artikel 3, stk. 9, er en undtagelsesbestemmelse til en totalharmonisering og skal derfor – i overensstemmelse med almindelige fortolkningsprincipper – som udgangspunkt fortolkes indskrænkende.

Direktivets bestemmelser om urimelig handelspraksis, herunder det generelle forbud i artikel 5, stk. 1, omfatter ikke udelukkende praksis i forbindelse med selve salget af et produkt, men også handelspraksis, der knytter sig til tiden før og efter transaktionen, herunder promovring.

Når bestemmelsen i artikel 3, stk. 9, herunder specifikt formuleringen ”*på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse*”, giver mulighed for at fastsætte strengere krav end Direktivet, sammenholdes med denne brede forståelse af finansielle tjenesteydelser og handelspraksis taler det for, at artikel 3, stk. 9, giver mulighed for, at medlemsstaterne kan fastsætte strengere regler for virksomhedernes handelspraksis i relation til finansielle tjenesteydelser, der både kan omfatte foranstaltninger forud, i forbindelse med og efter salget, og at sådanne foranstaltninger i et vist omfang godt kan omfatte markedsføring af forbrugslånsvirksomheden som sådan, idet denne markedsføring ligger forud for beslutningen om at indgå en forbrugerkreditaftale og dermed et ”salg” af en finansiel tjenesteydelse.

Ved vurderingen af hvorvidt det konkrete forbud i § 11 b går videre end tilladt efter artikel 3, stk. 9, ved generelt at forbyde enhver markedsføring af forbrugslånsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere, må der efter vores opfattelse endvidere henses til, at det vil være i overensstemmelse med Direktivet at fastsætte mere restriktive krav, når der er tale om særlige sårbare grupper af forbrugere. Bestemmelsen i artikel 3, stk. 9, er i den forbindelse udtryk for, at i princippet alle forbrugere må anses som særlig sårbare, når der er tale om handelspraksis vedrørende finansielle tjenesteydelser, og at dette i særdeleshed gør sig gældende for forbrugere, der har en afhængighed af pengespil.

Direktivet indeholder ikke specifikke regler vedrørende urimelig handelspraksis, som for eksempel findes på området for tobaksvarer. Som det blandt andet kommer til udtryk i 7. præambelbetragtning, er området for urimelig handelspraksis et område, der ikke er let at detailregulere i alle situationer, og der kan således – som det fremgår – være forskellige hensyn, traditioner og kulturer i forskellige stater, som betyder, at der må gælde visse undtagelser til udgangspunktet om harmonisering.

Dette støtter efter vores opfattelse, at der generelt er indbygget en vis fleksibilitet i Direktivet, selv om det er et totalharmoniseringsdirektiv, og at denne fleksibilitet også gør sig gældende i relation til undtagelsen i artikel 3, stk. 9, jf. også Kommissionens vejledning til Direktivet afsnit 5.4.1, hvor det fremgår, at det følger af artikel 3, stk. 9, at Direktivets bestemmelser kun sikrer minimal harmonisering for finansielle tjenesteydelser og fast ejendom.

Det er således vores vurdering, at artikel 3, stk. 9, når bestemmelsen ses i lyset af Direktivets karakter og de øvrige bestemmelser må forstås sådan, at den overlader medlemsstaterne et skøn med hensyn til udnyttelse af adgangen til at fastsætte strengere krav vedrørende handelspraksis for finansielle tjenesteydelser, jf. også EU-Domstolens dom i Citroën-Belux-dommen.

Med hensyn til krav, der fastsættes til beskyttelse af særlige sårbare grupper af forbrugere, er det som anført vores opfattelse, at alle forbrugere må anses som sårbare i forhold til finansielle tjenesteydelser, og at medlemsstaterne således med hjemmel i artikel 3, stk. 9, og i overensstemmelse med Direktivet, kan gå videre ved fastsættelsen af krav, end hvis der er tale om krav, der har til formål at beskytte gennemsnitsforbrugeren, jf. artikel 5, stk. 2, litra b) og 18. præambelbetragtning..

Hvis der er tale om en klart identificerbar gruppe af forbrugere, som er særligt sårbare over for en given handelspraksis eller det omhandlede produkt på grund af deres mentale eller fysiske handicap, alder eller godtroenhed, skal vurderingen af, hvorvidt en handelspraksis er urimelig, ske med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af gruppen, jf. artikel 5, stk. 3 og 19. præambelbetragtning.

Ved vurderingen af, hvorvidt medlemsstaternes strengere krav i medfør af artikel 3, stk. 9, ligger inden for anvendelsesområdet for undtagelsen, kan der således tages hensyn til, om kravet er indført med henblik på at sikre forbrugere, der må anses for særligt sårbare i forhold til en given handelspraksis.

Det er derfor vores opfattelse, at medlemsstaterne vil kunne stilles restriktive krav vedrørende handelspraksis for finansielle tjenesteydelser, fordi alle forbrugere er sårbare i forhold til denne form for ydelser, og at dette i særdeleshed gælder, når der i blandt disse forbrugere er en gruppe, der endnu mere sårbare, fordi de lider af ludomani/storforbrugere af spiltjenester.

Endelig bemærkes det, at selv om forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, er formuleret meget bredt, indeholder det den væsentlige begrænsning, at det kun gælder for markedsføring af forbrugslån og forbrugslånsvirksomheder ”i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere”. Dette er uddybet i bemærkningerne til bestemmelsen i lovforslaget, hvor det blandt andet fremgår, at der skal være tale om en vis sammenhæng mellem reklamen for forbrugslånet/forbrugslånsvirksomheden og reklamen for spillet/spiludbyderen, førend forbuddet finder anvendelse. Som eksempel nævnes, at forbuddet ikke er til hinder for, at der reklameres for forbrugslån/forbrugslånsvirksomheder i tv forud for en fodboldkamp, hvor der eksempelvis er bannerreklamer for spil. Herudover er forbuddet yderligere begrænset ved undtagelserne i § 11 b, stk. 2 og 3.

Direktivets karakter med generelt formulerede bestemmelser samt bestemmelser om særligt sårbare grupper af forbrugere taler således med nogen styrke for, at det konkrete forbud i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, ikke kan anses for at være i strid med artikel 3, stk. 9.

4.5 Praksis fra EU-Domstolen

Som nævnt i afsnit 3.1.2 har EU-Domstolen kun afsagt én dom, Citroën-Belux, der fortolker rækkevidden af artikel 3, stk. 9, i Direktivet. I Citroën-Belux-sagen undersøgte EU-Domstolen, om salg med tilgift, hvoraf mindst en af ydelserne er en finansiell tjenesteydelse, er en finansiell tjenesteydelse, jf. definitionen i direktiv 2002/65.¹⁹

Der kan argumenteres for, at markedsføring af forbrugslånsvirksomheder ikke er omfattet af definitionen af ”finansiell tjenesteydelse” i direktiv 2002/65, og at Citroën-Belux-dommen dermed støtter, at forbuddet mod markedsføring af sådanne virksomheder i § 11 b, stk. 1, går videre end undtagelsen i artikel 3, stk. 9, giver mulighed for.

¹⁹ Præmis 23-34.

Dommen kan imidlertid også læses sådan, at sammenhængen mellem to ydelser kan medføre, at en national regel, som fastsætter mere restriktive regler end direktivet for finansielle tjenesteydelser og for tilknyttede ydelser, kan rummes indenfor undtagelsen i artikel 3, stk. 9, selv om den ene af de regulerede ydelser ikke er en finansiell tjenesteydelse, og selv om hovedydelsen ikke er en finansiell tjenesteydelse, jf. præmis 25ff, der indledes med *"[d]et bemærkes i øvrigt"*.

EU-Domstolens bemærkninger i navnlig præmis 25 og 27 om, at medlemsstaterne er overladt en ikke ubetydelig skønsbeføjelse ved udmøntningen af undtagelsen i artikel 3, stk. 9, indikerer, at undtagelsen ikke nødvendigvis skal fortolkes så indskrænkende, som man i andre sammenhænge ville fortolke en undtagelsesbestemmelse. Dette støttes også af, at EU-Domstolen valgte ikke at følge det tredje forslag fra den foreliggende ret om fortolkning af artikel 3, stk. 9, snævert.

Samlet set støtter dommen efter vores opfattelse, at forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, formentligt ligger inden for rammerne af de krav, som medlemsstaterne kan stille efter artikel 3, stk. 9, selv om der er tale om et generelt forbud, der rammer alle forbrugslån og alle forbrugslånsvirksomheder uanset de specifikke vilkår for lånet, og uanset at virksomhederne også tilbyder andre ydelser end forbrugslån.

Ud fra en bredere betragtning støtter dommen derudover, at der i forbindelse med et forbud mod markedsføring af forbrugslån også kan fastsættes forbud mod markedsføring af forbrugslånsvirksomheder, hvis det er nødvendigt for at undgå omgåelse af forbuddet mod markedsføring af forbrugslån ved indirekte at reklamere for forbrugslån via en forbrugslånsvirksomheds logo mv., jf. også bemærkningerne ovenfor i afsnit 4.3 om tobaksvarer.

4.6 Praksis fra medlemsstaterne

Som det fremgår af afsnit 3.1.5 ovenfor har Kommissionen lavet en undersøgelse af, hvordan Direktivet finder anvendelse på finansielle tjenesteydelser. Ved en gennemgang heraf har det ikke være muligt at finde eksempler på national lovgivning, der forbyder markedsføring af udbydere af finansielle tjenesteydelser. Meget tyder på, at der er tale om en særregel i dansk ret.

Det lettiske Økonomiministerium har i en e-mail til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 27. januar 2021 oplyst, at der siden juli 2020 har været et generelt forbud mod markedsføring af forbrugerlån i Letland. Der gælder visse konkrete undtagelser til forbuddet. ligesom forbuddet som udgangspunkt ikke gælder for reklamer med forbrugslånsvirksomhedens navn, herunder sponsering, medmindre der er tale

om projekter i radio og TV inden for den offentlige orden, der er finansieret af staten eller lokale myndigheder.²⁰

Ministeriet har i den forbindelse oplyst, at udbydere af forbrugslån forsøger at omgå forbuddet ved at sige, at deres reklamer vedrører mindre lån til erhverv (og ikke forbrugslån), eller ved alene at anvende virksomhedens navn og slogans i markedsføringen uden at nævne forbrugerlån. Ministeriet oplyser derfor, at de ikke er tilfredse med reguleringen.

4.7 Sammenfattende vurdering

Sammenfattende bemærker vi, at de foreliggende fortolkningsbidrag ikke entydigt peger på, hvorvidt markedsføringslovens § 11 b er i overensstemmelse med artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

En ren ordlydsfortolkning af artikel 3, stk. 9, peger umiddelbart på, at nationale regler, som skal kunne gå videre end harmoniseringen i direktivet, jf. artikel 3, stk. 9, kun må regulere finansielle tjenesteydelser som sådan. Ordlyden af bestemmelsen udelukker dog ikke direkte, at der på området for finansielle tjenesteydelser i mere bred forstand kan fastsættes strengere regler end Direktivet.

Formålet med Direktivet, og særligt formålet med undtagelsesbestemmelsen i artikel 3, stk. 9, (beskyttelse af forbrugernes økonomiske interesser vedrørende finansielle tjenesteydelser), peger modsat på, at medlemsstaterne i et vist omfang må kunne fastsætte krav, der ikke er snævert knyttet til markedsføringen af selve produktet (den finansielle tjenesteydelse), hvis kravet forfølger det samme formål om og er nødvendigt for at beskytte forbrugernes økonomiske interesser i relation til den finansielle tjenesteydelse, der indeholder en kompleksitet og iboende risiko for forbrugeren.

For enhver forbruger – og for forbrugere der lider af spilafhængighed i særdeleshed – vil det være naturligt at associere markedsføring af forbrugerlånsvirksomheden med markedsføring af produktet og dermed udløse en risiko for, at produktet anvendes til spil, når markedsføringen sker i forbindelse med markedsføring af spil. Den indirekte markedsføring af et forbrugerlån via markedsføringen af en forbrugslånsvirksomhed i kombination med markedsføring af spil indebærer således forudsætningsvis den samme iboende risiko for forbrugeren som markedsføringen af et forbruger kreditlån.

²⁰ Én af undtagelserne er sålydende i den uofficielle, engelske oversættelse: "Paragraph one of this Section shall not apply to the brand name advertising of the credit service provider. Advertising of the brand name, including sponsorship, of credit service providers is prohibited in projects implemented in television or radio within the scope of public order which are funded from the resources of State or local government budget."

Da forbuddet mod markedsføring af forbrugslåsvirksomheder har samme formål som og kan siges at understøtte formålet med forbuddet mod markedsføring af et forbrugerkreditlån ved at sikre, at sidstnævnte forbud ikke omgås, synes en formålsfortolkning af artikel 3, stk. 9, således at åbne for nationale regler, der er formuleret som forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1.

Direktivets øvrige bestemmelser og den kontekst som artikel 3, stk. 9, indgår i, taler også for en bredere fortolkning end ordlyden af bestemmelsen lægger op til. Der er tale om et direktiv, der harmoniserer et rets område, hvor det ikke er muligt at fastsætte detaljeret regulering, og navnlig på området for finansielle tjenesteydelser er der mange forskelle på kompleksitet og iboende risici på tværs af medlemsstaterne. Direktivet fastsætter således nogle generelle bestemmelser, der i vidt omfang skal anvendes i lyset af en nærmere vurdering af de konkrete omstændigheder i medlemsstaterne. Direktivet er derfor på visse områder heller ikke tilstrækkeligt til at sikre formålet om forbrugerbeskyttelse, og bestemmelsen i artikel 3, stk. 9, må følgelig fortolkes i lyset heraf.

Direktivets harmoniseringsbestemmelser karakter af generelt formulerede bestemmelser samt bestemmelser om særligt sårbar af forbrugere taler således med nogen styrke for, at det konkrete forbud i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, ikke kan anses for at være i strid med artikel 3, stk. 9

Endelig støtter EU-Domstolens dom i Citroën-Belux efter vores opfattelse samlet set, at forbuddet i markedsføringslovens § 11 b, formentligt ligger inden for rammerne af de krav, som medlemsstaterne kan stille efter artikel 3, stk. 9, selv om der er tale om et generelt forbud, der rammer alle forbrugslån og alle forbrugslåsvirksomheder uanset de specifikke vilkår for lånet, og uanset at virksomhederne også måtte tilbyde andre ydelser end forbrugerlån.

På den baggrund er det sammenfattende vores vurdering, at bestemmelsen i markedsføringslovens § 11 b, stk. 1, ikke går videre end tilladt i forhold til artikel 3, stk. 9, selv om der er tale om et generelt forbud, der rammer markedsføring af alle forbrugslån og alle forbrugslåsvirksomheder i forbindelse med markedsføring af spil og spiludbydere.

Vi tillægger det i den forbindelse vægt, at et forbud, der alene rettede sig mod markedsføring af selve forbrugslånet, ville indebære en åbenbar risiko for, at forbrugslåsvirksomhederne ville intensivere markedsføringen af selve virksomheden i kombination med markedsføring af spil, og at en tilnærmelse af de markedsførte navne for henholdsvis produkter og virksomheder ville opstå.

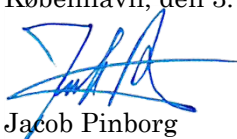
Vi bemærker dog, at der er tale om et ikke utvivlsomt fortolkningsspørgsmål, der i sidste ende henhører under EU-Domstolen, og at EU-Domstolen navnlig i relation til, om det generelle forbud i markedsføringslovens § 11 b mod markedsføring af forbrugslåsvirksomheder er nødvendigt for at opnå formålet, må forventes at foretage en ganske intensiv prøvelse.

Endvidere bemærker vi, at håndhævelsen af forbuddet i bestemmelsen i § 11 b beror på et vist skøn, der skal udøves i henhold til bestemmelsens forarbejder. En meget vidtgående håndhævelse, der sanktionerer markedsføring af forbrugerlånsvirksomheder, og hvor den konkrete markedsføring af forbrugerlånsvirksomheden kun har en meget begrænset sammenhæng med samtidig markedsføring af spil eller spiludbydere, vil efter omstændighederne kunne være i strid med Direktivet og dermed potentielt bringe bestemmelsen uden for rammerne af artikel 3, stk. 9's undtagelsesområde.

Dette kan håndteres på forskellig vis, herunder ved at indsætte en bemyndigelsesbestemmelse i markedsføringslovens § 11 b, der giver erhvervsministeren mulighed for at fastsætte nærmere regler om den markedsføring, der er omfattet af forbuddet i § 11 b, stk. 1.

En udnyttelse af sådan bemyndigelse kan på sigt afværge risikoen for, at praksis på området måtte udvikle sig i en retning, der afviger fra det tiltænkte formål med bestemmelsen, hvilket kunne bringe bestemmelse på kant med artikel 3, stk. 9, i Direktivet.

København, den 3. februar 2021



Jacob Pinborg

Partner, Advokat (H)



Peter Hedegaard Madsen

Partner, Advokat (H)