

Forbrugerombudsmanden

Carl Jacobsens Vej 35

2500 Valby

Sendt elektronisk til forbrugerombudsmanden@forbrugerombudsmanden.dk og kas@forbrugerombudsmanden.dk



21. april 2021

Brug af konkurrencer og lignende ved indhentelse af forbrugernes samtykke til markedsføring

Danske Medier har med tak modtaget Forbrugerombudsmandens reviderede vejledning om ”Brug af konkurrencer og lignende ved indhentelse af forbrugernes samtykke til markedsføring” i høring.

Danske Medier finder, at det er vigtigt, at der er klarhed over, hvilke regler og retningslinjer, der gælder, når en virksomhed ønsker at indhente samtykke til markedsføring via konkurrencer og andre markedsføringsaktiviteter. Det er derfor positivt, at vejledningen fra 2016 revideres og ikke mindst opdateres, således at indholdet og beskrivelserne af gældende regler og begreber er i overensstemmelse med praksis og de seneste ændringer i markedsføringsloven.

Revisionen giver dog samtidig anledning til en række spørgsmål samt konkrete bemærkninger til indholdet, som fremgår nedenfor.

Samtykke til markedsføring kan indhentes ved brug af konkurrencer

Danske Medier er enig med Forbrugerombudsmanden i, at det skal være muligt for virksomheder at præmiere en forbruger for at give samtykke til at modtage markedsføring med deltagelse i en konkurrence m.v. Foreningen kan ligeledes tilslutte sig, at denne mulighed ikke blot omfatter lod i en konkurrence, men også kan omfatte andre former for incitamenter, der giver forbrugeren en fordel, som han ellers ikke ville have haft. Dette kunne fx være adgang til digitalt indhold, som der normalt vil skulle betales (penge) for.

En specifik handling eller aktivitet, der er omfattet af markedsføringslovens bestemmelser, vil ofte tillige være reguleret af anden lovgivning fx bestemmelser i databeskyttelsesforordningen og/eller bestemmelser i forbrugeraftaleloven, aftaleloven eller købeloven. For at sikre, at vejledningen giver en retvisende beskrivelse af den erhvervsdrivendes forpligtelser og forbrugers rettigheder, er det vigtigt, at de relevante regler inddrages i beskrivelsen af et konkret scenarie. Foreningen har i sin gennemgang af vejledningen lagt mærke til, at bestemmelser i databeskyttelsesforordningen af og til inddrages til at understøtte vejledningens anvisninger, hvilket bl.a. bidrager til forståelsen, overblikket samt ikke mindst begrundelsen for den konkrete anbefaling eller anvisning. Foreningen skal dog

opfordre til, at dette samspil med andre relevante regler illustreres mere konsekvent, således at der ikke kan være tvivl om retsvirkningerne af en given aktivitet. I forhold til samspillet mellem markedsføringsloven og databeskyttelsesforordningen skal Danske Medier konkret opfordre til, at Datatilsynets anbefalinger om efterlevelse af databeskyttelsesreglerne også inddrages i vejledningen i de situationer, hvor markedsføringsaktiviteten indebærer behandling af personoplysninger, herunder fortolkning af samtykkekravene.

Foreningen skal endvidere – lidt på forkant - henvise til den kommende ændring af købeloven (som følge af implementering af Direktivet om levering af digitalt indhold og digitale tjenester¹), der medfører, at adgang til digitalt indhold ”mod betaling med personoplysninger” fremover anses for forbruger køb, hvorved de respektive parter i aftalen omfattes af købelovens rettigheder og forpligtelser. Tilfældet hvor en erhvervsdrivende betinger adgangen til sit digitale indhold af, at forbrugeren betaler med personoplysninger fx ved at afgive sin e-mail adresse og et samtykke til at modtage reklame-mails, er et eksempel herpå. Dette rejser spørgsmålet om, hvilken retsstilling den erhvervsdrivende har, såfremt forbrugeren trækker sit samtykke til behandlingen af sine personoplysninger tilbage. Ud fra en betragtning om gensidighedsforholdet mellem en sælger og køber bør en tilbagetrækning af samtykket (betaling med personoplysninger) i princippet medføre, at aftalen ophæves, hvorved parterne ikke længere er forpligtet til at levere de aftalte ydelser. Da ovenstående påvirker retsforholdet mellem en forbruger og en erhvervsdrivende i den situation, hvor ”betalingen” består af samtykke til markedsføring, bør dette aspekt tillige inddrages i vejledningen samt i fremtidige sager, hvor Forbrugerombudsmanden bliver bedt om en vurdering.

Virksomheder må ikke kræve betaling for tilbagetrækning

I afsnit 5.2. i vejledningen, gør Forbrugerombudsmanden – som hidtil - gældende, at et lod i en konkurrence ikke kan bortfalde, hvis forbrugeren tilbagekalder sit samtykke inden konkurrencens udløb. Dette begrundes med, at bortfaldet af loddet må sidestilles med, at forbrugeren skal ”betale” for at tilbagekalde sit samtykke.

Foreningen har noteret, at det ifølge vejledningen – og under særlige betingelser - er muligt at betinge et lod i en konkurrence af, at forbrugeren ikke tilbagekalder et samtykke givet i forbindelse med deltagelsen i konkurrencen, inden forbrugeren modtager markedsføringen. Foreningen er enig i, at dette er en rimelig betingelse, der tager højde for gensidighedsforholdet mellem forbrugeren og virksomheden. Det er dog et meget konkret eksempel og vil formentlig ikke kunne anvendes i alle situationer, herunder i de tilfælde hvor ”betaling med personoplysninger” fremover vil blive anset for et forbruger køb. I lyset heraf samt af de nye regler om forbruger køb skal Danske Medier derfor anbefale, at afsnittet ”genbesøges” og uddybes.

¹ Europa-Parlamentets og Rådes direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019.

Forbrugeren skal foretage et aktivt tilvalg

Det er et ubestridt lovkrav, at et lovligt indhentet samtykke skal være udtryk for et aktivt tilvalg, og at et samtykkefelt fx ikke må være afkrydset på forhånd.

Foreningen er desuden enig i, at samtykke ikke kan gives ved at indtaste sine oplysninger og klikke sig videre til konkurrencen, hvis forbrugeren ikke i den forbindelse utvetydigt har accepteret at give samtykke til modtagelse af markedsføring fx ved at indtaste et kryds i et samtykkefelt. Foreningen finder dog, at det – af ordlyden i afsnittet – kan fremstå, som om det skulle være et yderligere krav, at forbrugeren, inden han klikker sig videre til næste side i konkurrencen, også har trykket på en ”deltag” eller ”afslut” knap, jf. afsnit 3.3.

Foreningen er ikke uenig i, at dette kan være et fint greb for at øge sidernes (og derved konkurrencens) brugervenlighed, men har svært ved at se, at dette i sig selv udgør en gyldighedsbetingelse i forhold til, hvorvidt et afgivet samtykke er lovligt indhentet eller ej. Det forudsættes naturligvis, at det er tydeligt for forbrugeren, at han/hun giver et samtykke til markedsføring som betingelse for at deltage i fx konkurrencen, og lovgivningens krav til indhentelse af samtykke er overholdt.

Afsnittet bør præciseres for at tydeliggøre lovkrav og deraf følgende gyldighedsbetingelser, og hvad der ”blot” er forslag til opstilling og/eller grafisk udformning af konkurrencesiden, hvor samtykket indhentes.

Oplysning om, hvilke virksomheder forbrugeren vil få markedsføring fra

Det er lovligt at indhente forbrugernes samtykke til at blive kontaktet af flere virksomheder med markedsføring i ét samtykke under forudsætning af, at forbrugerne oplyses om, hvem de vil modtage markedsføring fra.

Da samtykketeksten hurtigt kan blive svært læseligt, hvis samtlige virksomheder skal nævnes heri, har det indtil videre været tilladt at nævne antallet af samt karakteren af virksomhederne i teksten (fx konkurrencens 15 sponsorer) for derefter at bruge et link eller en mouse-over med henblik på en konkretisering af, hvilke specifikke virksomheder der er tale om.

I den reviderede vejledning skærpes kravene, idet det – ifølge Forbrugerombudsmanden – ikke vil være tilstrækkeligt tydeligt, hvis ovennævnte fremgangsmåde anvendes. Eneste undtagelse er, såfremt samtykket indhentes til flere virksomheder i en koncern, hvor det vil være lovligt at anvende link eller mouse-over for at specificere, hvilke virksomheder der konkret er tale om.

Danske Medier er enig i, at det vil udgøre et tilstrækkeligt informeret og specifikt samtykke, hvis antallet af og karakteren af virksomhederne fremgår sammen med oplysningen om, at forbrugeren giver et samtykke, og virksomhederne nævnes særskilt ved navn i et link eller mouse-over. Foreningen er dog ikke enig i, at denne fremgangsmåde ikke kan anvendes i forhold til virksomheder, der ikke er

en del af en koncern. Hjemlen for denne tolkning synes tvivlsom, og det er i øvrigt svært at se, hvorfor oplysningen om, at samtykke indhentes til "konkurrencens 15 sponsorer" skulle være mindre specifik og informeret end "x-koncernens 15 virksomheder".

Anvendelsen af link eller mouse-over i tilfælde, hvor der er flere virksomheder, der indhentes samtykke til, overholder samtidig kravet om, at det skal være overskueligt for forbrugeren til hvem og hvad personoplysningerne og samtykket indhentes til. Dertil kommer, at anvendelsen af link i forbindelse med indhentelse af samtykke i en digital kontekst er en anerkendt og accepteret praksis, der anses for at opfylde kravene til et lovligt indhentet samtykke. Der henvises i den forbindelse til cookie-samtykket, hvor vurderingen er, at der er tale om et informeret samtykke, hvis informationen om de dataansvarlige gives i form af en liste, som kan tilgås via et direkte link eller lignende².

Foreningen kan ikke udelukke, at der kan være situationer, hvor antallet af virksomheder overstiger en rimelighedsbetragtning, men mener, at det må komme an på en konkret vurdering i den pågældende situation, og at det derfor ikke er nødvendigt (og ej heller påkrævet ifølge lovgivning) på forhånd at opstille en fast antalsbegrænsning. Foreningen anerkender, at det kan være nyttigt med eksempler på indhentelse af samtykke, hvor der er tale om flere virksomheder. De "lovlige" eksempler som Forbrugerombudsmanden refererer til i vejledningen har dog alle højst fem virksomheder, hvilket er meget lavt sat, og det bør derfor præciseres, at det er muligt at indhente samtykke til flere virksomheder med ét samtykke, såfremt lovgivningens krav til indhentelse af samtykke er overholdt.

Danske Medier lægger i øvrigt til grund, at et dealsites indhentelse af samtykke til at sende tilbud indenfor de produktkategorier, som dealsitet udbyder, ikke omfattes af kravene om specificering af virksomheder eller antallet heraf. Dette følger bl.a. af, at det ikke i praksis er muligt for dealsites på forhånd at specificere de virksomheder, som omfattes af samtykket. Der henvises i øvrigt til Forbrugerombudsmandens spamvejledning, der netop i forbindelse med den seneste revision har taget udtrykkeligt hensyn til de særlige omstændigheder ved dealsites, fordelsprogrammer og lignende.

Tilbagekaldelse og ophør af samtykke

Foreningen bifalder, at vejledningen tager højde for, at der kan være velbegrundede arbejdsrutiner eller tekniske foranstaltninger, der nødvendiggør en længere ekspeditionstid i forhold til virksomhedens muligheder for at foretage en framelding, fx hvis frameldingen sendes efter kontortid fredag.

Nyt krav om, at forbrugeren skal have fremsendt efterfølgende kvittering

I såvel kvikguiden som i afsnit 5.3. stilles der krav om, at den erhvervsdrivende (leadvirksomheden) skal sende en kvittering til forbrugeren på et varigt medium om samtykket, når dette indhentes på andre virksomheders vegne. Kvitteringen skal fremsendes umiddelbart efter, at forbrugeren har deltaget i konkurrencen og samtykket i at modtage markedsføringen, og skal indeholde oplysninger om afgivelsen af samtykket, hvem der er afgivet til, at det kan trækkes tilbage og hvordan dette kan ske.

² Der henvises bl.a. til Datatilsynets vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende.

Uanset at dette kan være et fint frivilligt tiltag – ligesom anvendelsen af et dobbelt-opt-in – er det umiddelbart svært at finde en særskilt hjemmel hertil i markedsføringslovens bestemmelser. Dertil kommer, at samtykket netop ikke er gyldigt, såfremt forbrugeren i forbindelse med samtykkeindhentelsen ikke har fået oplyst disse lovpligtige oplysninger. Kravet forekommer således at gå videre end påkrævet af den bagvedliggende lovgivning.

Foreningen har afslutningsvis lagt mærke til, at Forbrugerombudsmanden kræver, at leadvirksomheden indfører tiltag, der vil øge sandsynligheden for, at kvitteringen ikke ender i forbrugernes spamfilter. Det er dog uklart, hvilke tiltag, der konkret tænkes på, ligesom det må overvejes, hvorvidt dette reelt kan sikres, da det i sidste ende vil afhænge af modtagernes opsætning af og valg af digitale sikkerhedsforanstaltninger.

Danske Medier står naturligvis til rådighed, såfremt ovenstående ønskes uddybet. Henvendelse kan ske til undertegnede på cm@danskemedier.dk.

Venlig hilsen

Danske Medier

A handwritten signature in black ink that reads "Christina Mary Moshøj". The signature is written in a cursive style with a long, sweeping tail on the final letter.

Christina Mary Moshøj
Seniorjurist, cand. jur.