

Dokumentation, sandsynliggørelse eller indikation? Om dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, i lyset af U 2015.2565 H og U 2015.3331 H

♦ I artiklen gennemgås Højesterets domme i U 2015.2565 H og U 2015.3331 H, der begge tog stilling til dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3. Det beskrives, at hvor Højesteret i U 2015.2565 H klart udtalte, at dokumentationskravet ikke kan opfyldes alene ved, at den erhvervsdrivende sandsynliggør, at hans produkt har de hævdede egenskaber, er U 2015.3331 H udtryk for, at det beror på en konkret vurdering, hvilke krav der i den enkelte sag stilles til dokumentation for et produkts hævdede egenskaber. Denne konkrete vurdering beror på en række momenter, som er fremhævet i U 2015.3331 H. Dommene viser, hvor svært det er at træffe principielle afgørelser på markedsføringslovens område.

Af advokat, Ph.D. Søren Stenderup Jensen, Plesner(1)

1. Dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3

Markedsføringslovens regler om vildledende reklamer er motiveret af at yde beskyttelse til forbrugerne, som bør kunne træffe beslutning om køb af et produkt på et sagligt og korrekt grundlag. Herudover er der også et hensyn til konkurrenterne, som kan opleve betydelige tab, fordi kunderne – på baggrund af en vildledende reklame – skifter præferencer.(2)

Efter markedsføringslovens § 3, stk. 1, må erhvervsdrivende således ikke anvende vildledende eller urigtige angivelser eller udelade væsentlige informationer, såfremt dette er egnet til mærkbart at forvride forbrugernes eller andre erhvervsdrivendes økonomiske adfærd på markedet.

Det følger af markedsføringslovens § 3, stk. 2, at markedsføring, som i sit indhold, sin form eller den anvendte fremgangsmåde er vildledende, aggressiv eller udsætter forbrugerne eller erhvervsdrivende for en utilbørlig påvirkning, og som er egnet til mærkbart at forvride disses økonomiske adfærd, ikke er tilladt. Endelig skal rigtigheden af angivelser om faktiske forhold kunne dokumenteres, jf. lovens § 3, stk. 3.(3)

Efter forbrugerombudsmandens opfattelse(4) skal dokumentationen være fyldestgørende, hvilket normalt indebærer, at påstandene skal kunne underbygges af udtalelser eller undersøgelser fra uafhængige instanser med anerkendt faglig kompetence. Hvis der er betydelig uenighed eller tvivl inden for sagkundskaben, må den erhvervsdrivende oplyse herom på en afbalanceret måde eller helt afstå fra at markedsføre budskabet.(5)

Hvor udgangspunktet om, at den erhvervsdrivende skal kunne dokumentere rigtigheden af sine angivelser om de markedsførte produkters faktiske egenskaber – de såkaldte »markedsføringsclaims« – i teorien er enkelt, volder det i praksis nogen vanskeligheder at afgøre,

- i. hvornår markedsføringsclaims udgør en angivelse om produktets faktiske egenskaber,
- ii. hvornår de er udtryk en anprisning af produktet, og
- iii. hvilke krav der stilles til den krævede dokumentation: Kræves der egentlig dokumentation for, sandsynliggørelse af eller blot indikation af produktets hævdede egenskaber?

Der foreligger en righoldig retspraksis om sondringen mellem markedsføringsclaims og anprisninger,(6) hvorimod retspraksis om kravet til dokumentation for markedsføringsclaims er mere sparsom.

Højesteret har imidlertid i foråret 2015 med kort mellemrum haft lejlighed til at tage stilling til udstrækningen af dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, i to domme.

Det skete først i U 2015.2565 H (”Papirulds-dommen”) den 30. april 2015 og igen i U 2015.3331 H (”Syreforsvars-dommen”) den 26. juni 2015. I begge sager stadfæstede Højesteret Sø- og Handelsrettens domme, men – navnlig i Papirulds-dommen – med en væsentligt ændret begrundelse.

Spørgsmålet om udstrækningen af dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, er et emne, som i praksis har stor betydning for erhvervsdrivende i markedsføringen af deres produkter. I denne artikel drøftes udstrækningen af dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, i lyset af Papirulds-dommen og Syreforsvars-dommen.

2. Dokumentationskravets tilblivelseshistorie

Markedsføringslovens § 3, stk. 3, har i den gældende markedsføringslov(7) følgende ordlyd:

»Rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne *dokumenteres*« (min kursivering).

Bestemmelsen blev oprindeligt indsat ved lov nr. 428 af 1. juni 1994(8) som markedsføringslovens § 2, stk. 4, med samme ordlyd som den nugældende § 3, stk. 3. Af lovforslaget til bestemmelsen(9) fremgik bl.a.: »Bestemmelsen i § 2, stk. 4, påbyder en erhvervsdrivende at dokumentere rigtigheden af angivelsen om faktiske forhold og lovfæster herved det naturlige princip om, at den, som ønsker at markedsføre sig ved hjælp af angivelser om faktiske forhold, også skal kunne *sandsynliggøre* rigtigheden heraf. Reglen har sit forbillede i EF-direktivet om vildledende reklame« (min kursivering).

Det nævnte »forbillede for bestemmelsen i EF-direktivet om vildledende reklame« var direktiv 1984/450/EF, artikel 6, der havde følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne tillægger domstolene eller de administrative myndigheder beføjelse til under civile eller administrative procedure som omhandlet i artikel 4:

a) At kræve, at annoncøren *fremlægger beviser for rigtigheden af de faktiske forhold*, der gøres gældende i reklamen, såfremt et sådant krav, under hensyn til de legitime interesser hos annoncøren og enhver anden part i sagen, *synes hensigtsmæssigt under hensyn til omstændighederne i det pågældende tilfælde*, og

b) At anse sådanne faktiske forhold for urigtige, såfremt de beviser, der kræves i henhold til litra a, ikke fremlægges eller af dom-

stolen eller af den administrative myndighed skønnes utilstrækkelige« (mine kursiveringer).

Ved lov nr. 1389 af 21. december 2005 om ændring af markedsføringsloven blev dokumentationsreglen flyttet til § 3, stk. 4. I bemærkningerne til bestemmelsen er det bl.a. anført:

»Ved indførelsen af den nye markedsføringslov i 1994 blev bestemmelsen overført til den nye lov, og der blev indført en ny bevisregel i stk. 4, hvorefter en virksomhed skal kunne *dokumentere* rigtigheden af angivelser om faktiske forhold. Om baggrunden for og formålet med denne regel henvises til Industriministeriets betænkning om Ny markedsføringslov (betænkning 1236/1992) og bemærkningerne til bestemmelsen i L 211 af 2. marts 1994, FT 1993-94, tillæg A, sp. 4249« (min kursivering).

I 2006 blev markedsføringsloven ændret(10) som følge af implementeringen af direktiv 2005/29/EF.(11)

Ved lovændringen blev den hidtidige bestemmelse i markedsføringslovens § 3, stk. 4, videreført uændret som den nye lovs § 3, stk. 3.

I forbindelse med lovændringen fremgik det af lovforslaget bl.a.(12):

»Denne bestemmelse medfører, at direktivets regler er udtryk for totalharmonisering.

...

Til den nye § 3, stk. 3

I lighed med den nugældende § 3, er den erhvervsdrivende forpligtet til at *dokumentere* rigtigheden af faktuelle oplysninger, svarende til kravet i direktivets art. 12, litra a. Som hidtil gælder kravet ikke udsagn, som har karakter af almindelige anprisninger, som fx udsagn om at den erhvervsdrivende er "den bedste", eller at en vare er "uopslidelig" eller "holder hele livet". (min kursivering).

I direktivets præambel (betragtning 21) og artikel 12 i direktiv 2005/29/EF er anført:

»(21) ...Selv om bevisbyrden afgøres efter national lovgivning, er det hensigtsmæssigt, at domstole og administrative organer skal kunne kræve af de erhvervsdrivende, at de fremlægger *belæg for, at deres faktuelle påstande er korrekte*.

...

Artikel 12

Domstole og administrative myndigheder: Dokumentation for påstande

Medlemsstaterne tillægger domstolene eller de administrative myndigheder beføjelse til under civile eller administrative procedurer som omhandlet i artikel 11:

a) at kræve, at den erhvervsdrivende fremlægger *beviser for rigtigheden af de faktiske forhold*, der gøres gældende i forbindelse med en handelspraksis, hvis et sådant krav, under hensyn til de legitime interesser hos den erhvervsdrivende og enhver anden part i sagen, *forekommer relevant under hensyn til omstændighederne i det pågældende tilfælde* og

b) at anse sådanne faktiske forhold for urigtige, hvis de beviser, der kræves i henhold til litra a), ikke fremlægges eller af domstolen eller den administrative myndighed skønnes utilstrækkelige« (mine kursiveringer).

Da der er tale om et totalharmoniseret direktiv, skal bestemmelsen i markedsføringslovens § 3, stk. 3, således fortolkes i overensstemmelse med artikel 12 i direktiv 2005/29/EF. Denne bestemmelse svarer til artikel 6 i direktiv 1984/450/EF.

Som det ses af de citerede bestemmelser og bemærkningerne til dokumentationsreglen i forbindelse med ændringerne af markedsføringsloven, er det med en enkelt undtagelse stedse fastslået, at bestemmelsen kræver dokumentation og ikke blot sandsynliggørelse af de af virksomhederne påberåbte faktiske forhold.(13)

Undtagelsen hertil er – på trods af bestemmelsens klare ordlyd om dokumentation – udtalelsen i bemærkningerne til § 2, stk. 4, i markedsføringsloven af 1994, hvor det er anført, at »den, som ønsker at markedsføre sig ved hjælp af angivelser om faktiske forhold, også skal kunne sandsynliggøre rigtigheden heraf« (min kursivering).

Udtalelsen i bemærkningerne til bestemmelsen i markedsføringsloven af 1994 kan ikke udledes af det underliggende direktiv, hvilket bl.a. ses af, at udtalelsen ikke er gentaget i bemærkningerne til efterfølgende ændringer/flytninger af bestemmelsen. I den juridiske litteratur er der overvejende enighed om, rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres – og således ikke blot sandsynliggøres.(14)

Det forekommer i øvrigt oplagt, at med den klare ordlyd af bestemmelsen i markedsføringslovens § 3, stk. 3, bør denne ordlyd ikke kunne indskrænkes af en enkelt udtalelse i bemærkningerne til bestemmelsen. Navnlig ikke i en situation, hvor bestemmelsen implementerer et EU-direktiv, der ikke indeholder den samme begrænsning.

3. Papirulds-dommen

Sagens hovedspørgsmål var, om det er i strid med markedsføringsloven, at Papiruld Danmark A/S i forbindelse med markedsføringen af sine produkter havde anvendt en række udsagn om bl.a. isoleringsevne, brandmodstand, miljøpåvirkning, arbejdsmiljø og pris, herunder ved sammenligning med Rockwool A/S' produkter.

Højesteret slog indledningsvis fast, at Rockwool A/S og Papiruld Danmark A/S konkurrerer på markedet for isoleringsmateriale, idet de to virksomheder fremstiller og sælger isoleringsmateriale baseret på henholdsvis stenuld og papiruld.

Om den generelle fortolkning af dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3 udtalte Højesteret:

»Rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres, jf. § 3, stk. 3.

...

Et af de centrale spørgsmål i sagen er, hvilke krav der skal stilles til den dokumentation, som er omhandlet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, og § 5, stk. 2, herunder om det er tilstrækkeligt at *sandsynliggøre*, at en faktisk oplysning er rigtig.

Markedsføringslovens § 3, der blev indført i den nugældende udformning ved lov nr. 1547 af 20. december 2006, gennemfører dele af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om bl.a. virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked. Ved direktivet blev der indført totalharmonisering på området. Ifølge den indledende betragtning 21 i direktivet er det hensigtsmæssigt, at bl.a. domstole skal kunne kræve af de erhvervsdrivende, at de fremlægger belæg for, at deres faktuelle påstande er korrekte. Efter direktivets artikel 12 kan domstolene kræve, at den erhvervsdrivende fremlægger beviser for rigtigheden af de faktiske forhold, der gøres gældende i forbindelse med en handelspraksis, hvis et sådant krav under hensyn til de legitime interesser hos den erhvervsdrivende og enhver anden part i sagen forekommer relevant under hensyn til omstændighederne i det pågældende tilfælde. Domstolene kan anse sådanne faktiske forhold for urigtige, hvis de beviser, der kræves, ikke fremlægges eller af domstolen skønnes utilstrækkelige.

...

Højesteret finder, at både ordlyden af markedsføringslovens § 3, stk. 3, og § 5, stk. 2, forarbejderne til de to bestemmelser samt de bagvedliggende direktiver må forstås således, at dokumentationskravet *ikke kan opfyldes ved blot at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning*. Som anført i artikel 12 i direktivet om urimelig handelspraksis varierer de konkrete krav, der stilles med hensyn til

dokumentationen for en oplysnings rigtighed, under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde» (min kursivering).

Herefter fandt Højesteret, at en række af Papiruld Danmark A/S' markedsføringsmæssige udsagn ikke var dokumenterede og derfor et udtryk for vildledende markedsføring og stadfæstede dermed Sø- og Handelsrettens dom, der var nået til samme resultat.

Med dommen skulle man tro, at Højesteret nu én gang for alle havde slået fast, at dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, ikke kan opfyldes med blot at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning.(15) Der skal altså mere håndfaste beviser til end den blotte sandsynliggørelse. Men samtidig fandt Højesteret anledning til at fremhæve, at – som anført i artikel 12 i direktivet om urimelig handelspraksis – varierer de konkrete krav, der stilles med hensyn til dokumentationen for en oplysnings rigtighed, under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde.

Denne tilføjelse blev i høj grad aktuel nogle uger senere, da Højesteret afsagde dom i Syreforsvars-sagen.

I Papiruld-dommen stillede Højesteret efter min bedømmelse ret strenge krav til Papiruld Danmark A/S' dokumentation for selskabets markedsføringsclaims, og da selskabet ikke var i besiddelse af denne dokumentation, blev selskabet dømt for vildledende markedsføring og overtrædelse af reglerne om sammenlignende reklame.

4. Syreforsvars-dommen

Syreforsvarssagen angik Unilevers markedsføring af tandpastaproduktet »Zendium Syreforsvar« og efterfølgende »Zendium Emalje Protect« til forebyggelse af syreskader på tænderne. Sagens hovedspørgsmål var, om Unilever havde anvendt vildledende eller urigtige angivelser om »Zendium Syreforsvar« og »Zendium Emalje Protect« og derfor bl.a. skulle forbydes at anvende navnet »Zendium Syreforsvar«. Spørgsmålet var navnlig, om Unilever havde overtrådt markedsføringslovens § 3, stk. 3, om, at rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres. Unilevers dokumentation bestod i en række laboratorieforsøg, som indikerede, at »Zendium Syreforsvar« og »Zendium Emalje Protect« havde en særligt beskyttende effekt imod syreskader på tænderne.

Højesteret fastslog, at Unilevers markedsføringsudsagn var tilstrækkeligt dokumenterede, jf. markedsføringslovens § 3, stk. 3. Begrundelsen var følgende:

»Som det fremgår af Højesterets dom af 30. april 2015 (sag nr. 267/2013), kan dokumentationskravet ikke opfyldes ved blot at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning, der anvendes i markedsføringen.

Som anført i dommen varierer de konkrete krav, der stilles med hensyn til dokumentationen for en oplysnings rigtighed, under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde. Bedømmelsen af dette retlige krav til dokumentation afhænger bl.a. af de udsagn og det produkt, der er tale om.

I det foreliggende tilfælde er der tale om anvendelse af betegnelsen »Zendium Syreforsvar« om en tandpasta samt markedsføringsudsagn om, at den pågældende tandpasta modvirker syreskader på tænderne. Såvel varebetegnelsen som de pågældende markedsføringsudsagn giver gennemsnitsforbrugeren det indtryk, at der er tale om tandpasta, som er særligt udviklet med henblik på at modvirke syreskader på tænderne, og at det også har en bedre effekt med hensyn til at forebygge sådanne syreskader end almindelig, gennemsnitlig tandpasta. Lovligheden af markedsføringen afhænger derfor af, om Unilever kan dokumentere, at det forholder sig på denne måde.

Markedsføringsudsagnene lover ikke et bestemt resultat af brugen af tandpastaproduktet. Udsagnene afviger ikke væsentligt fra sæd-

vanlige produktanprisninger og er ikke fremsat som led i sammenlignende reklame, jf. markedsføringslovens § 5.

Ifølge skønsmændene foreligger der ikke et egentligt videnskabeligt bevis for, at det i sagen omhandlede tandpastaprodukt har en særligt beskyttende virkning imod syreskader. Det fremgår af skønsmændenes forklaring, at de heller ikke har kendskab til, at der er ført et sådant bevis for andre tandpastaprodukter. Ifølge skønsmændene forudsætter et egentligt videnskabeligt bevis, at der gennemføres forsøg på levende mennesker – såkaldte in vivo studier. Gennemførelse af sådanne forsøg vedrørende syreskader vil være forbundet med særlige problemer af praktisk og etisk art.

I denne sag foreligger der en række laboratorieforsøg. Ifølge skønsmændenes vurdering *indikerer* resultaterne af disse forsøg, at »Zendium Syreforsvar« og »Zendium Emalje Protect« har en særligt beskyttende effekt imod syreskader på tænderne.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at rigtigheden af de omhandlede markedsføringsudsagn er *tilstrækkeligt dokumenteret*, jf. markedsføringslovens § 3, stk. 3, uanset at der ikke foreligger et egentligt videnskabeligt bevis for rigtigheden af disse« (min kursivering).

Hvor Højesteret i Papirulds-dommen – hvilket blev gentaget i indledningspræmissen i Syreforsvars-dommen – tog klart afstand fra, at sandsynliggørelse kan udgøre tilstrækkelig dokumentation for markedsføringsclaims, synes Højesteret i denne dom at have stillet sig tilfreds med, at Unilever alene fremlagde dokumentation, der indikerede, at de omstridte produkter havde den påståede virkning.

Der er fristende at spørge: »Hvordan kunne det gå til, at Højesteret i Syreforsvars-sagen accepterede, at indikation kunne udgøre dokumentation for markedsføringsclaims, når man i Papiruld-sagen havde afvist, at sandsynliggørelse kunne udgøre en sådan dokumentation?« Indikation forekommer trods alt at være et svagere bevis end sandsynliggørelse, som igen forekommer at være et svagere bevis en dokumentation.

Svaret ligger formentlig i, at Højesteret i dommen – under hensyn til de helt konkrete omstændigheder i sagen om tandpastaproduktet »Zendium Syreforsvar« – fastsatte de krav, der efter Højesterets opfattelse bør stilles til dokumentationen for en oplysnings rigtighed.

Højesteret fastslog således i indledningspræmissen, at som anført i Papirulds-dommen varierer de konkrete krav, der stilles med hensyn til dokumentationen for en oplysnings rigtighed, under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde. Højesteret gik dog et skridt videre og præciserede, at bedømmelsen af dette »retlige krav« til dokumentation bl.a. afhænger af de udsagn og det produkt, der er tale om.

Man fandt således anledning til at understrege, at dokumentationskravet er et retligt krav, der følger af lovgivningen. Henvisningen til, at dokumentationskravet bl.a. afhænger af, hvilket produkt der er tale om, ses ikke at være et moment, der tidligere har været fremme i sager om anvendelsen af markedsføringslovens § 3, stk. 3. Momentet forekommer for så vidt at være relevant, men det er med dommen generelt set svært at se, hvordan et produkt selv bør spille ind på kravet til dokumentationen for markedsføringsclaims om produktets egenskaber – skærper eller svækker typen af produktkravene til dokumentation? I Syreforsvars-dommen synes momentet på trods af den generelle bemærkning ikke at have indgået i den konkrete subsumption.(16)

I den konkrete subsumption lagde Højesteret på den ene side vægt på, at der ifølge skønsmændene ikke forelå et egentligt videnskabeligt bevis for, at »Zendium Syreforsvar« har en særligt beskyttende virkning mod syreskader, omend der forelå en række laboratorieforsøg, der indikerede, at produktet havde den claimede effekt.(17)

- På den anden side lagde Højesteret vægt på,
- (i) at de anførte markedsføringsclaims ikke lovede et bestemt resultat af brugen af tandpastaproduktet,
 - (ii) at de anførte markedsføringsclaims ikke afveg væsentligt fra sædvanlige produktpålysninger,
 - (iii) at de anførte markedsføringsudsclaims ikke var fremsat som led i sammenlignende reklame, jf. markedsføringslovens § 5,
 - (iv) at det fremgik af skønsmændenes forklaring, at de ikke havde kendskab til, at der var ført et sådant bevis for andre tandpastaprodukter,
 - (v) at det ifølge skønsmændene forudsætter et egentligt videnskabeligt bevis, at der gennemføres forsøg på levende mennesker – såkaldte “in vivo studier” – og
 - (vi) at gennemførelse af sådanne forsøg vedrørende syreskader vil være forbundet med særlige problemer af praktisk og etisk art.(18)

Samlet set førte en afvejning af disse momenter som nævnt til, at Højesterets konklusion blev, at de konkrete krav, der stilles med hensyn til dokumentationen for de anvendte markedsføringsclaims, i forhold til “Zendium Syreforsvar” var opfyldt med den fremlagte indikation på, at produktet havde de claimede egenskaber.

5. Perspektiver

Det er sjældent, at Højesteret inden for få måneder har mulighed for at tage stilling til fortolkningen af den samme bestemmelse i to forskellige sager. Når det sker, giver det et fingerpeg om, hvorledes Højesteret agter at drage grænserne for fortolkningen af den pågældende bestemmelse.

I Papirulds-dommen kom Højesteret med en klar tilkendegivelse af, hvorledes dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, skal forstås med en tilkendegivelse af, at dette dokumentationskrav ikke er opfyldt ved blot en sandsynliggørelse af de anvendte markedsføringsclaims, men at kravet skal ses i lyset af en sags konkrete omstændigheder. I den følgende Syreforsvars-dom fastholdt Højesteret denne principielle udtalelse, men præciserede, at bedømmelsen af kravet til dokumentation bl.a. afhænger af de udsagn og det produkt, der er tale om, og inddrog derudover fire yderligere momenter i den konkrete subsumption i sagen i forhold til de generelle udsagn.

Bedømt efter Højesterets udtalelser i Syreforsvars-dommen vil dokumentationskravet således skulle bedømmes i lyset af følgende momenter:

- (i) Lover de omstridte markedsføringsclaims et bestemt resultat?
- (ii) Afviger de omstridte markedsføringsclaims fra sædvanlige produktpålysninger?
- (iii) Er de omstridte markedsføringsclaims fremsat som led i sammenlignende reklame, jf. markedsføringslovens § 5?

- (iv) Hvad er branchenormen for fremlæggelse af dokumentation for markedsføringsclaims?
- (v) Kan dokumentationen for de omstridte markedsføringclaims fremskaffes?
- (vi) Er der særlige problemer af praktisk og etisk art forbundet med at fremskaffe den fornødne dokumentation for de omstridte markedsføringsclaims?

Hvor de fire første momenter giver mening, er det efter min opfattelse mere tvivlsomt, om de to sidste momenter bør indgå i en vurdering af, hvilke krav der bør stilles til den i markedsføringslovens § 3, stk. 3, krævede dokumentation. Det forhold, at det kan være vanskeligt eller forbundet med problemer at fremskaffe den fornødne dokumentation for markedsføringsclaims, kan efter min opfattelse ikke begrunde, at kravene til dokumentationen svækkes. De erhvervsdrivende forhindres jo ikke i at markedsføre deres produkter i den situation; de forhindres alene i at fremkomme med markedsføringsclaims om produkterne, der ikke kan dokumenteres.

Dommene har således nok bragt klarhed over det principielle udgangspunkt – nemlig at dokumentationskravet ikke kan opfyldes ved alene at sandsynliggøre, at et produkt har de hævdede, faktiske egenskaber – men samtidig slået fast, at det beror på en konkret vurdering, hvilke krav der i den enkelte sag stilles til dokumentation for markedsføringsclaims ved et produkt. De af Højesteret opstillede momenter for fastsættelsen af dokumentationskravet i den konkrete situation bidrager et stykke hen ad vejen til at få afklaret, hvornår den fornødne dokumentation for markedsføringsclaims foreligger, men den afklaring af retstilstanden, som Papirulds-dommen stillede i udsigt, blev ikke fulgt til dørs i Syreforsvars-dommen.

Det kan man beklage. Men sagen er nok nærmere, at anvendelsen af markedsføringsloven i den enkelte sag altid er udtryk for en meget konkret bedømmelse, hvor det på grund af sagernes mangfoldighed og forskellighed er svært at fremkomme med principielle udtalelser, der kommer til at dække bredt.

Dette har lovgiver som bekendt også taget konsekvensen af, idet man med ændringen af retsplejelovens § 368, stk. 4, i 2014(19) har begrænset den fri anke fra Sø- og Handelsretten til Højesteret til sager af principiel karakter, og som har generel betydning for rets-anvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig, samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans.(20)

Der kan derfor gå lang tid, før vi ser en ny sag om markedsføringslovens dokumentationskrav forelagt Højesteret. Papirulds-dommen og Syreforsvars-dommen vil derfor komme til at stå som markante præjudikater for anvendelsen af markedsføringslovens dokumentationskrav i mange år fremover med hver deres tilhængere: De forurettede parter vil påberåbe sig Papiruld-dommen, og de påståede krænkere vil påberåbe sig Syreforsvars-dommen.

- (1) Artiklens forfatter førte sagen for den tabende part i U 2015.3331 H.
- (2) Jf. Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret, 2. udgave, s. 277.
- (3) En tilsvarende regel findes i ICC Kodeks for reklame og markedskommunikation (2011), hvor det af artikel 8 (dokumentation) fremgår: »I kommerciel kommunikation skal beskrivelser, påstande og illustrationer, der vedrører verificerbare fakta, kunne dokumenteres. Dokumentation skal være tilgængelig, således at den uden forsinkelse kan fremlægges på opfordring for de selvreguleringsorganer, der er ansvarlige for efterlevelse af kodekset.« ICC's kodeks for reklame og markedskommunikation (2011) er den danske oversættelse af »Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice (2011)«, som er udfærdiget af ICC Commission on Advertising and Marketing.
- (4) Erling Borchert og Frank Bøggild anfører om forbrugerombudsmandens vejledninger: »FO's vejledning formulerer ofte særdeles skrappe krav til dokumentationen, ikke blot til indholdet og omfanget heraf, men også til den form eller måde, dokumentationen skal ske på. Dette kan være udmærket som en generel vejledning til erhvervslivet, men i konkrete sager må kravene til dokumentation afpasses efter de foreliggende omstændigheder, herunder navnlig de forventninger udsagnene skaber hos målgruppen, målgruppens forudsætninger, udsagnets karakter, markedsføringens omfang, og mulighederne for og omkostningerne ved tilvejebringelse af dokumentationen etc.«, jf. Borchert, Erling og Frank Bøggild: Markedsføringsloven, 3. udgave 2013, s. 303.
- (5) Jf. f.eks. »Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af miljømæssige og etiske påstande mv. i markedsføringen«, august 2014, pkt. 6.3.
- (6) Jf. Borchert, Erling og Frank Bøggild: Markedsføringsloven, 3. udgave 2013, s. 297 ff., som udførligt gennemgår praksis på området.
- (7) Lovbekendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013 om markedsføring som ændret ved L 2013-12-17 nr. 1460.
- (8) Forud for lovændringen havde Industriministeriets udvalg vedrørende markedsføringsloven afgivet betænkning nr. 1236/1992 om ny markedsføringslov. I betænkningen havde udvalget som dokumentationsregel foreslået: »I stedet foreslås indsat den efter EF-direktivet om vildledende reklame foreskrevne bevisregel.«, jf. betænkning nr. 1236/1992, s. 23.
- (9) Jf. Folketingstidende 1993-94, tillæg A, lovforslag nr. L 211, sp. 7266.
- (10) Lov nr. 1547 af 20. december 2006 om ændring af markedsføringsloven (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser m.v.)
- (11) Direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked
- (12) Jf. Folketingstidende 2006-07, tillæg A, s. 2 og 13.
- (13) Samme opfattelse deles af Caroline Heide-Jørgensen, jf. Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret, 2. udgave, s. 280.
- (14) Borchert, Erling og Frank Bøggild: Markedsføringsloven, 3. udgave 2013, s. 296, anfører, at erhvervsdrivende skal kunne dokumentere rigtigheden af deres angivelser, hvorimod de på s. [303] argumenter for, at sandsynlighedsregning er tilstrækkelig.
- (15) I Den Danske Ordbog forklares "dokumentation" som at "fremlægge (eller udgøre) bevismateriale for en påstand", jf. <http://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=dokumentere>.
- (16) Colgate-Palmolive A/S' advokat i sagen argumenterede med støtte i en norsk dom (Oslo Tingsretts dom af 29. marts 2007 (06-061083TVI-OTIR/01), efterfølgende anket til Borgarting Lagmannsrett, men hvor anken blev hævet) for, at fordi de pågældende markedsføringsclaims om beskyttelse mod syreskader var lægemiddelnære, dvs. de claimede en lægemiddel- eller lægemiddellignende effekt, så burde dokumentationskravet efter markedsføringslovens § 3, stk. 3, være skærpet. Højesteret tog ikke direkte stilling til synspunktet, men må antages at have afvist dette med udtalelsen om, at de pågældende markedsføringsclaims "ikke afveg væsentligt fra sædvanlige produktanprisninger".
- (17) Den svenske Marknadsdomstol har i en dom af 1. december 2010 (Dnr B 11/09) afvist, at man kan slutte fra effekten i laboratorieforsøg til en rynekremes virkning på begrænsning af rynker hos mennesker.
- (18) Der var i sagen uenighed parterne imellem om, hvorvidt det er sædvanligt i branchen at have klinisk dokumentation for en tandpastas effekt, og om det er muligt at gennemføre in vivo forsøg på mennesker vedrørende syreskader, uden at dette vil være forbundet med særlige problemer af praktisk og etisk art.
- (19) Lov nr. 84 af 28. januar 2014.
- (20) I bemærkningerne til lovforslaget er det bl.a. anført: »Det er Højesterets umiddelbare vurdering af ankesagerne fra Sø- og Handelsretten, at mere end hver anden sag må siges at være uegnet til behandling i Højesteret, og at udfaldet af adskillige af disse sager navnlig beror på en konkret bevismæssig vurdering«, jf. Lovforslag nr. L 96. Lov om ændring af retsplejeloven, lov om retsafgifter og konkursloven, s. 6 (punkt 2.1.3.1).