

NOTAT

Dato: 3. april 2014

Sag: FO-14/02776-1

Dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3.

Problemstilling

En erhvervsdrivende skal kunne dokumentere, at faktiske forhold, der oplyses om i markedsføringen, er rigtige. Men det følger ikke eksplicit af bestemmelsen, hvornår dokumentationen skal foreligge.

Formålet med dette notat er at undersøge, hvad kravet til dokumentation indebærer, herunder eventuelle krav til tidspunktet for dokumentationens fremlæggelse.

Forbrugerombudsmandens hidtidige praksis

Det har hidtil været Forbrugerombudsmandens opfattelse, at en erhvervsdrivende skal sørge for, at dokumentationen foreligger, når påstandene markedsføres første gang. Det er blandt andet kommet til udtryk i punkt 6.3 i Forbrugerombudsmandens vejledning om brug af miljømæssige og etiske påstande mv. i markedsføringen.

Relevante retsregler mv.

Til belysning af problemstillingen er følgende retsregler mv. relevante:

Markedsføringslovens § 1 og § 3:

”§ 1. Erhvervsdrivende omfattet af denne lov skal udvise god markedsføringssskik under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.

Stk. 2. Markedsføring, der angår forbrugernes økonomiske interesser, må ikke være egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd.”

”§ 3. Erhvervsdrivende må 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.

Stk. 2. 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, er ikke tilladt.

Stk. 3. Rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres.

[...]”

Markedsføringsdirektivets artikel 2, litra h), artikel 5, stk. 1, og artikel 12 (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked mv.):

”Artikel 2

[...]

h) ”erhvervsmæssig diligenspligt”: ”standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som skal stå i et rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis og/eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt.

[...]”

”Artikel 5

Forbud mod urimelig handelspraksis

1. Urimeleg handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimeleg, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt og

b) væsentligt forvrider elle kan forventes væsentligt at forvrider 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.

[...]”

”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”.

ICC's kodeks for reklame om markeds kommunikation 2011 - artikel 8:

”I kommerciel kommunikation skal beskrivelser, påstande og illustrationer, der vedrører verificerbare fakta, kunne dokumenteres. Dokumentationen skal være tilgængelig, således at den uden forsinkelse kan fremlægges på opfordring for de selvreguleringsorganer, der er ansvarlige for efterlevelse af kodekset.”

Den **norske markedsføringslov** indeholder i § 3 en bestemmelse om, at påstande om faktiske forhold, herunder om ydelsers egenskaber og virkning, skal kunne dokumenteres, og at annoncøren skal være i besiddelse af dokumentationen på markedsføringstidspunktet. Ifølge forarbejderne til bestemmelsen tilsigter den ikke at gå uden for rammerne for markedsføringsdirektivet. Dansk ret indeholder ikke en sådan bestemmelse.

Vil det være i strid med lovgivningen at iværksætte en markedsføring uden at have vished for, at rigtigheden af angivelser om faktiske forhold kan dokumenteres – markedsføringslovens § 1, jf. § 3, stk. 3

God markedsføringsskik, jf. markedsføringslovens § 1, omfatter de pligter, der følger af markedsføringsloven. Det vil derfor være i strid med god markedsføringsskik, hvis en erhvervsdrivende ikke opfylder lovens § 3, stk. 3, og fx bevidst igangsætter en markedsføring, hvor der er risiko for, at et produkt markedsføres med påstande, som ikke er rigtige.

Markedsføringslovens § 1 skal fortolkes i lyset af markedsføringsdirektivets artikel 5 om forbud mod urimelig handelspraksis, der blandt andet omhandler erhvervsmæssig diligenspligt, jf. artikel 2, litra h). Denne pligt svarer i det store hele til begrebet god markedsføringsskik i markedsføringslovens § 1.

Erhvervslivets egne standarder for markeds kommunikation er også relevant for fastlæggelsen af god markedsføringsskik. I lovforslag nr. L 13, fremsat den 6. oktober 2005 blev der således henvist til tidligere forarbejder til lovens generalklausul, herunder til Forbrugerkommissionens betænkning II (betænkning nr. 681/1973), side 17 ff, hvor det om begrebet ”god markedsføringsskik” bl.a. er anført:

”I bedømmelsen vil også indgå de normer, som erhvervslivet selv har formuleret for god skik, således i den af det internationale handelskammer vedtagne internationale reklamekodeks.”

Kravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, er: ”skal kunne dokumenteres”. Ordlyden tager således ikke udtrykkelig stilling til, hvornår dokumentationen for rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal foreligge. Det fremgår heller ikke eksplicit af hverken forarbejder til markedsføringsloven eller af direktiver om vildledende og sammenlignende reklame samt markedsføringsdirektivet, som der var henvist til i forarbejderne til markedsføringsloven. Forbrugerombudsmanden er heller ikke bekendt med domspraksis, som tager stilling til, om dokumentationen skal foreligge på markedsføringstidspunktet. Ordlyden indebærer imidlertid efter Forbrugerombudsmandens opfattelse, at det er et krav, at de markedsførte påstande med sikkerhed kan dokumenteres.

Hertil kommer, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af artikel 12 i markedsføringsdirektivet. Formålet med dokumentationskravet må efter Forbrugerombudsmandens opfattelse være, at en erhvervsdrivende på markedsføringstidspunktet skal have vished om, at angivelser om faktiske forhold er rigtige, således at forbrugerne ikke vildledes. Det betyder, at den erhvervsdrivende enten må have dokumentationen, når markedsføringen finder sted, eller have vished for, at den kan fremlægges, hvis den efterspørges. I modsat fald er der en betydelig risiko for, at den erhvervsdrivende markedsfører sit produkt med påstande, som ikke er rigtige.

Denne fortolkning underbygges af *EU-Kommissionens angivelser i den uofficielle vejledning fra 2009 i gennemførelsen/anvendelsen af markedsføringsdirektivet*. Kommissionen har i punkt 2.5. set på vildledende miljøanprisninger, og angiver som det ene hovedprincip for direktivets anvendelse på disse, at de erhvervsdrivende skal have videnskabeligt belæg for deres påstande og være rede til at dokumentere dem på en forståelig måde, hvis deres påstand anfægtes. Vedrørende objektivt vildledende handelspraksis bemærker Kommissionen, at enhver miljøanprisning skal fremføres på grundlag af dokumentation, som de kompetente myndigheder kan verificere.

På denne baggrund, må det, som også udtrykt i artikel 8 i ICC's kodeks for reklame om markeds kommunikation 2011 anses for god markedsføringssskik, hvis en erhvervsdrivende på tidspunktet for markedsføringen er i besiddelse af dokumentationen eller har vished for, at den kan fremskaffes og fremlægges.

Dokumentationen kan ikke fremlægges eller anses for utilstrækkelig – markedsføringslovens § 3, jf. markedsføringsdirektivets artikel 12

Hvis den erhvervsdrivende ikke kan fremlægge dokumentation for rigtigheden af markedsførte angivelser om faktiske forhold, er der hjemmel til at anse udsagnene for urigtige i civile og administrative sager. Forbrugerombudsmanden vil ved fortsat markedsføring således være berettiget til fx at rejse en sag om forbud mod anvendelsen af de pågældende udsagn/påstande.

Konklusion

Efter Forbrugerombudsmandens opfattelse giver en formålsfortolkning af ordlyden i markedsføringslovens § 3, stk. 3, i lyset af artikel 12 i markedsføringsdirektivet, og en vurdering efter markedsføringslovens § 1 af god markedsføringssskik på området grundlag for at fastslå følgende med hensyn til civile og administrative sager:

Kravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, om, at rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres, indebærer, at en erhvervsdrivende på markedsføringstidspunktet skal have vished om, at angivelser om faktiske forhold er rigtige. Det betyder, at den erhvervsdrivende enten må have dokumentationen, når markedsføringen finder sted, eller have vished for, at den kan fremskaffes og fremlægges, hvis den efterspørges.

Som udgangspunkt må dokumentationen kunne fremlægges inden for de frister, der normalt fastsættes i forbindelse med Forbrugerombudsmandens tilsyn efter markedsføringsloven. Der vil i almindelighed blive tale om en 4 ugers frist. Ved sammenlignende reklame kan fristen dog være væsentlig kortere, jf. markedsføringslovens § 22, stk. 2. Fremlægges beviserne ikke, kan Forbrugerombudsmanden uden videre anse de markedsførte faktiske forhold for urigtige i civile sager.

Markedsføringen vil dog ikke kunne bedømmes som vildledende efter markedsføringslovens § 3, stk. 1 og 2, hvis en efterfølgende dokumentation viser, at de markedsførte påstande har været helt korrekte, fx under en sag, anlagt af Forbrugerombudsmanden.