

# Markedsføring af lægemidler, sundhedsydelser og kosmetik

En juridisk analyse og sammenligning af reglerne for dokumentation og uforpligtende anprisninger



## The marketing of pharmaceuticals, health services and cosmetics

A legal analysis and comparison regarding documentation requirements and the legality of non-binding marketing claims

af ISABELLA SHADEH WESTH

*Dette speciale klarlægger udvalgte juridiske problemstillinger, som opstår ved brug af markedsføringsudsagn overfor forbrugerne. Særligt klarlægges retsstillingen for udsagn, som lover at fremme forbrugerens velvære, sundhed eller gode fysiske form (wellnessudsagn).*

*Når erhvervsdrivende benytter markedsføringsudsagn til at fremhæve produktets egenskaber er hovedspørgsmålet, hvorvidt udsagnet er egnet til at vildlede forbrugeren. Vildledningsvurderingen afhænger af, om forholdet kan subsummeres under *lex generalis* eller *lex specialis*, herunder hvilken speciallov der i givet fald finder anvendelse. Markedsføringsloven udgør, sammen med Handelspraksisdirektivet, *lex generalis*, ligesom love om lægemiddel-, sundhedsydelses- og kosmetiksektorerne udgør udvalgt *lex specialis*.*

*Specialet analyserer adgangen til brug af overdrevne og subjektive anprisninger og konkluderer, at anprisninger på området for *lex generalis* er uden målbar sandhedsværdi og dermed ikke egnet til at vildlede forbrugeren. I udvalgt *lex specialis* varierer marginen for vildledende anprisninger og analysen illustrerer en glidende skala.*

*Er der ikke tale om anprisninger, men faktiske angivelser om produktets egenskaber, kan behørig dokumentation medføre en afvæbning af vildledningsmomentet, idet udsagnet ikke længere anses egnet til at vildlede forbrugeren. Efter *lex generalis* stilles der ikke krav om videnskabeligt bevis, idet sandsynliggørelse dog heller ikke er nok. Dokumentationskravet analyseres og sammenlignes yderligere for udvalgt *lex specialis*.*

# Indholdsfortegnelse

<b>Abstract .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Indledning .....</b>	<b>4</b>
1.1. <i>Præsentation af emne .....</i>	4
1.2. <i>Problemformulering.....</i>	4
1.3. <i>Specialets opbygning .....</i>	4
1.4. <i>Afgrænsning: Wellnessudsagn om sundhed eller personlig pleje.....</i>	5
1.5. <i>Metodeanvendelse.....</i>	6
1.6. <i>Retskildemæssige bemærkninger.....</i>	6
<b>2. Generel markedsføringsret: Markedsføringsloven .....</b>	<b>7</b>
2.1. <i>Historiske bemærkninger og EU-rettens betydning.....</i>	7
2.2. <i>Formål og anvendelsesområde.....</i>	8
2.3. <i>Generalklausulernes betydning .....</i>	9
2.4. <i>Markedsføringsudsagn som vildledende handelspraksis .....</i>	10
2.4.1. <i>Udsagn som oplyser forbrugeren.....</i>	10
2.4.2. <i>"Halve sandheder" og udeladelse af væsentlige oplysninger.....</i>	11
2.5. <i>Væsentlighed, forbrugerbegrebet og sortlisten .....</i>	11
2.5.1. <i>Krav om væsentlig kommerciel effekt.....</i>	11
2.5.2. <i>Forbrugerbegrebet.....</i>	12
2.5.3. <i>Sortlisten.....</i>	12
2.6. <i>Dokumentationskravet.....</i>	13
2.6.1. <i>Hvad kan formelt udgøre et bevis, og hvornår kan beviset kræves?.....</i>	14
2.6.2. <i>Hvornår er bevisets materielle indhold tilstrækkelig dokumentation? .....</i>	14
2.6.3. <i>Hvilke faktorer kan påvirke dokumentationskravet?.....</i>	16
2.7. <i>Opsummerende .....</i>	18
<b>3. Markedsføringsudsagn: Faktisk angivelse eller anprisning? .....</b>	<b>19</b>
3.1. <i>Anprisningsbegrebet .....</i>	19
3.2. <i>Grænseområdet mellem anprisninger og faktiske angivelser.....</i>	20
3.3. <i>Angivelser om faktiske forhold.....</i>	20
3.4. <i>Opsummerende .....</i>	21
<b>4. Speciel markedsføringsret: Speciallovgivningen .....</b>	<b>21</b>
4.1. <i>Markedsføring af lægemiddelprodukter .....</i>	22
4.1.1. <i>Sektorens formål og administration.....</i>	22
4.1.2. <i>Anvendelsesområde.....</i>	23
4.1.3. <i>Markedsføring og vildledning .....</i>	23
4.1.4. <i>Dokumentationskravet i lyset af den generelle markedsføringsret.....</i>	25
4.1.5. <i>Rum for uforpligtende anprisninger? .....</i>	26
4.2. <i>Markedsføring af sundhedsydelse .....</i>	27
4.2.1. <i>Introduktion til sektoren .....</i>	27
4.2.2. <i>Anvendelsesområde.....</i>	27
4.2.3. <i>Markedsføring og vildledning .....</i>	29
4.2.4. <i>Dokumentationskravet.....</i>	29
4.2.5. <i>Uforpligtende anprisninger? .....</i>	30
4.3. <i>Markedsføring af kosmetiske produkter .....</i>	30
4.3.1. <i>Introduktion til sektoren .....</i>	30

4.3.2. Anvendelsesområde.....	31
4.3.3. Adgang til markedsføring af kosmetik.....	31
4.3.4. Vildledende markedsføring.....	32
4.3.5. Dokumentationskravet.....	32
4.3.6. Uforpligtende anprisninger? .....	33
4.4. Grænseområder og sammenligning indenfor den specielle markedsføringsret .....	34
4.4.1. Lægemiddel og sundhedsydelse: Middel eller behandling? .....	34
4.4.2. Lægemiddel og kosmetik: Aktivt serum eller rynkecreme?.....	34
4.4.3. Sundhedsydelse og kosmetik: Sundhedsfremmende brystforstørrelse?.....	35
<b>5. Konklusion.....</b>	<b>36</b>
<b>Forkortelsesliste .....</b>	<b>37</b>
<b>Litteraturliste .....</b>	<b>37</b>

## Abstract

This thesis will clarify selected legal concerns that arise through the use of marketing claims towards the consumer. In particular, the thesis seeks to clarify the legal status of marketing claiming to promote wellbeing, health, or good physical shape (wellness claims). *Part 1* will unfold these concerns.

The key matter of this thesis is whether the marketing claim is inclined to mislead the consumer. Assessment of misleading commercials differs from general marketing law to special marketing law. The Danish Marketing Act together with the Unfair Commercial Practices Directive constitutes *lex generalis*, while specific laws on pharmaceuticals, health services, and cosmetics compose *lex specialis*.

General marketing law prohibits misleading commercial practices and is approached in *part 2*. Wellness claims with sufficient documentation will not be misleading. In general marketing law, there is no requirement for scientific proof, although probabilistic evidence is still not enough. The analysis regarding documentation requirements concludes 7 factors of importance for the assessment of sufficient evidence.

*Part 3* will centre on marketing claims commending the characteristics of the product. In general marketing law the statement is either categorized as confining with legal consequences due to the ability of validating the authenticity of the claim, or as non-confining without legal consequences as a result of immeasurable excessive, or subjective content.

Three selected areas of special marketing law are analysed in *part 4*. In pharmaceutical law and health care law, there is little to no room for excessive, or subjective statements. Some sectors require scientific documentation either before registering and marketing the product, or on request from enforcement authorities. Others are similar with general marketing law and does not require scientific evidence.

Within this analysis is a study of product scoping. When cosmetics claim health benefits, they risk categorization as pharmaceuticals or subsumption to the health sector. A changed subsumption leads to an altered registration process, marketing conditions and sometimes stricter documentation requirements.

The final conclusion appears in *part 5*.

# 1. Indledning

## 1.1. Præsentation af emne

Ved siden af mit jurastudie er jeg uddannet yogalærer og massageterapeut. Som forhandler af wellness støder jeg ofte på varer og tjenesteydelser, der fremhæver produktets egenskaber til at fremme sundhed, velvære og god fysisk form. Nogle gange på så overdrevet vis, at jeg undrer mig over det legale grundlag for de udsagn der anvendes i markedsføringen, som kan virke vildledende og udokumenteret. Et yogastudie fremhævede i 2020, at deres produkt ”vitaliserer lunge- og luftvejssystem. Et naturligt valg til at hjælpe dig i disse tider med Corona virus”. Forbrugerombudsmanden<sup>1</sup> indskærpede overfor virksomhederne, idet de ikke havde dokumentation for produkternes påståede egenskaber. Sagen fangede min interesse for det markedsføringsretlige aspekt i udsagn, som lover at fremme wellness. Cambridge Dictionary definerer ”wellness” som:

| ”the state of being healthy, especially when it is something you actively try to achieve”<sup>2</sup>

For forbrugere af wellness, findes et virvar af håndgribelige produkter, som fremmer sundheden eller skønhedsfølelsen, hvoraf nogle er receptkrævende. På samme måde findes utallige behandlingsydelser som forebygger eller fremmer sundheden, tilbyder kosmetiske rettelser af det menneskelige legeme eller yder en skønhedsfølelse. En interesse for pleje af sundhed, skønhed og hygiejne har eksisteret siden oldtiden.<sup>3</sup> I slutningen af 1900-tallet begyndte wellnessbegrebet i Danmark at blive mere anvendt. I dag anses wellness at have gavnlige effekter på krop og sind, fx i relation til forebyggelse af stress.<sup>4</sup> Siden 1994 er danskernes indkøb af produkter til personlig pleje steget. I 2018 udgjorde personlig pleje 1,76% af husstandens samlede forbrug.<sup>5</sup> De efterspørgselsdeterminerende faktorer indeholder dermed øget fokus på produkter, som fremmer den personlige velvære, sundhed eller gode fysiske form. Dette medfører, at erhvervsdrivende i stigende grad promoverer produkternes sundhedsfremmende egenskaber. Men hvilke regler skal i givet fald iagttages, så forbrugeren ikke vildledes til at tro, at fx yoga kan kurere sygdomme? Såfremt produktet rent faktisk kan kurere sygdomme, gælder i så fald begrænsninger i retten til at fremme produktets egenskaber?

## 1.2. Problemformulering

Dette speciale vil klarlægge udvalgte juridiske problemstillinger, der opstår ved brug af markedsføringsudsagn overfor forbrugerne. Særligt søger specialet at klarlægge retsstillingen, når markedsføringsudsagn lover at fremme forbrugerens velvære, sundhed eller gode fysiske form (wellnessudsagn), jf. mere herom under afgrænsningen i afsnit 1.4.

## 1.3. Specialets opbygning

Ovenstående problemformulering vil blive besvaret gennem punkt 2-5. Med udgangspunkt i wellnessudsagn vil specialet i punkt 2 afdække, hvornår markedsføringsudsagn udgør vildledende reklame efter Markedsføringsloven<sup>6</sup> (herefter MFL) samt hvilke krav der stilles til dokumentation for disse udsagn. Gennemgangen synes mest hensigtsmæssigt struktureret i overensstemmelse med MFLs opbygning af reglerne om vildledende handelspraksis overfor forbrugerne, jf. MFL kapitel 2, efterfulgt af en analyse af MFL § 13. I punkt 3 afgrænses uforpligtende anprisninger overfor angivelser om

<sup>1</sup> Forbrugerombudsmandens sagsnr. 20/03802.

<sup>2</sup> Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/wellness> d. 25.02.2021, 10.44

<sup>3</sup> Lundstrøm, Johannes: wellness i Den Store Danske på lex.dk. Hentet 25. februar 2021 fra <https://denstoredanske.lex.dk/wellness> kl. 10.44

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Jf. Forbrugerundersøgelsen fra Danmarks Statistik, udarbejdet i 1994, hvorved der årligt sker pris- og mængdeomregning til prisniveauet i indeværende statistik år, for at sikre sammenligneligheden over tid.

<sup>6</sup> Lov nr. 426 af 2017-05-03 om markedsføring.

faktiske forhold efter MFL. Indholdet i punkt 2 og 3 vil blive refereret til som ”den generelle markedsføringsret”, eftersom MFL udgør hovedloven på området.

Specialet søger desuden at klarlægge gældende ret ved brug af markedsføringsudsagn for særlige produktkategorier. Punkt 4 indeholder en redegørelse af de respektive sektorspecifikke regler, en analyse af områdets krav til dokumentation samt analyse af, om der er rum for uforpligtende anprisninger. Punkt 4 indeholder under afsnit 4.1.-4.3. en sammenligning af generel og speciel markedsføringsret og under afsnit 4.4. en sammenligning speciallovene imellem. Denne gennemgang vil blive refereret til som ”den specielle markedsføringsret”, idet emnet gennemgår sektorspecifik regulering fra et markedsføringsretligt perspektiv, også selvom denne bl.a. indeholder sundhedsretlige momenter.

Slutteligt, fremgår specialets konklusion af punkt 5.

#### 1.4. Afgrænsning: wellnessudsagn om sundhed eller personlig pleje

Markedsføringsudsagn kategoriseres enten som uforpligtende anprisninger eller som retligt forpligtende angivelser om faktiske forhold, jf. nedenfor punkt 3. Specialets hovedfokus er *wellnessudsagn*, idet dette begreb vil dække over udsagn på tværs af produktkategorier, som fremhæver produktets egenskaber til at fremme velvære, sundhed eller god fysisk form. Begrebet ”wellness” omfatter i princippet såvel kropslig (somatisk) pleje som mental (psykisk) velvære.<sup>7</sup> Det mentale velvære vil af hensyn til specialets størrelse ikke blive behandlet.

De produktkategorier, der analyseres under punkt 4, er valgt på baggrund af den europæiske klassifikation af individuelt forbrug efter formål (ECOICOP) fra 2016, som er offentliggjort af Danmarks Statistik. Under kategorien ”Sundhed” placeres følgende ydelser:<sup>8</sup>

- 1) Medicinske produkter, apparater og medicinsk udstyr,<sup>9</sup>
- 2) Ambulant behandling,<sup>10</sup> og
- 3) Hospitalstjenester.<sup>11</sup>

Under kategorien ”Personlig pleje” placeres følgende ydelser:<sup>12</sup>

- 1) Frisørsaloner samt behandlinger indenfor personlig pleje,<sup>13</sup>
- 2) Elektriske apparater til personlig pleje,<sup>14</sup> og
- 3) Andre produkter til personlig pleje, herunder personlig hygiejne og wellness, esoteriske produkter og skønhedsprodukter.<sup>15</sup>

Ud fra disse to kategorier har jeg valgt at behandle lægemidler, sundhedsydelser og kosmetik under den specielle markedsføringsret. Jeg har desuden valgt, at wellnessudsagn ikke skal omfatte produkter med en sundhedsskadelig effekt. Specialet vil derfor ikke behandle alkoholholdige produkter, tobaks-

---

<sup>7</sup> Lundstrøm, Johannes: wellness i Den Store Danske på lex.dk. Hentet 25. februar 2021 fra <https://denstoredanske.lex.dk/wellness> kl. 10.44.

<sup>8</sup> Punkt 6. Sundhed. Punkt 6.1.-6.3.

<https://www.dst.dk/da/Statistik/dokumentation/nomenklaturer/ecoicop---eurostat> d. 25.02.2021, kl. 12.46.

<sup>9</sup> Herunder farmaceutiske produkter, andre medicinske apparater, optisk udstyr, mv.

<sup>10</sup> Herunder læge- og tandlægebehandling, paramedicinsk ydelse, terapi, ambulancetjeneste, mv.

<sup>11</sup> Herunder hospitalsservice, farmaceutiske produkter og service, indgreb, analyser, mv.

<sup>12</sup> Punkt 12. Diverse varer og tjenesteydelser. Punkt 12.1. Personlig pleje. Punkt 12.1.1.-12.1.3. <https://www.dst.dk/da/Statistik/dokumentation/nomenklaturer/ecoicop---eurostat> d. 25.02.2021.

<sup>13</sup> Herunder ansigtsbehandlinger, solarium, neglebehandling, spa, diæter, tatoveringer, mv.

<sup>14</sup> Herunder elektroniske hårtrimmere, glattejern, vibratorer, elektrisk tandpleje, mv.

<sup>15</sup> Herunder neglefile, tandbørster, shampoo, tandpasta, mv.

varer (herunder elektroniske cigaretter) og euforiserende stoffer. Denne relativt snævre emneafgrænsning synes nødvendig for at sikre en tilbundsående analyse af problemformuleringen, henset til specialets størrelse.

Det ville være nærliggende at behandle sammenlignende reklame i forholdet mellem erhvervsdrivende, eftersom der er et større antal afgørelser, som sammen med vildledende markedsføringsudsagn også illustrerer retsstillingen på dette område. På baggrund af specialets begrænsede størrelse, har jeg dog valgt ikke at komme ind på dette, således at specialet alene fokuserer på B2C-forhold.<sup>16</sup> Af samme årsag behandler specialet udelukkende retsstillingen for danske forbrugere, idet forbrugerbeskyttelseshensyn fra andre landes retssystemer ikke har primært fokus.

### 1.5. Metodeanvendelse

Til besvarelse af ovennævnte problemformulering benyttes den retsdogmatiske metode til at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret.<sup>17</sup> Kendetegnet for den retsvidenskabelige model er, at den retlige argumentation er rationel og saglig.<sup>18</sup>

Under fremstillingen af gældende ret vil retskilderne udgøre det empiriske grundlag for analysen. Fortolkning vil ske under anvendelse af kohærensprincippet, hvorefter retskilderne vil blive belyst primært deskriptivt med enkelte normative elementer.<sup>19</sup> Systematisering af gældende ret vil ske gennem identificering af relevante ligheder og forskelle mellem den generelle og den specielle markedsføringsret samt indbyrdes mellem flere dele af den specielle markedsføringsret.

Specialet vil i afsnit 2.1. benytte den retshistoriske disciplin<sup>20</sup> til at beskrive fortidig ret og dens historiske udvikling for nærmere at belyse, hvilke hensyn MFL bygger på.

### 1.6. Retskildemæssige bemærkninger

Ved retskildebegrebet forstås love, bekendtgørelser, forarbejder, retssædvaner, retspraksis samt administrativ praksis.<sup>21</sup> Lovgivningen udgør en central kilde og har den højeste retskildeværdi. I Danmark tillægges forarbejder retskildeværdi, fordi disse er yderst gennemarbejdede og enten kan anses at udgøre bestanddele af den vedtagne lov, eller fritstående udtryk for de overvejelser, der har gyl-dighed ved lovens forståelse.<sup>22</sup> Retssædvaner udgør tillige en væsentlig retskilde, idet domstolens fortolkning af retsfor skrifterne er med til at fastlægge gældende ret. Dette gælder uanset, at domme i princippet alene er bindende for sagens parter, idet hensynet til retssikkerheden medfører, at domstolens praksis virker ledende for fremtidige afgørelser.<sup>23</sup>

Det retlige grundlag for den generelle markedsføringsret stammer tillige fra EU direktiver og disses implementering i dansk ret. Handelspraksisdirektivet<sup>24</sup> (herefter HPD) udgør et væsentligt grundlag for den gældende MFL af 2017. HPD er et totalharmoniseringsdirektiv, hvorfor bestemmelserne i såvel MFL som speciallovgivningen umiddelbart skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet

---

<sup>16</sup> B2C, dvs. Business-to-Consumer (forbrugerforhold), modsat B2B, dvs. Business-to-business (erhvervsdrivende imellem).

<sup>17</sup> Evald (2020), s. 15.

<sup>18</sup> Ibid., s. 211f.

<sup>19</sup> Ibid., s. 26ff.

<sup>20</sup> Ibid., s. 203f.

<sup>21</sup> Ibid., s. 207f.

<sup>22</sup> Bryde Andersen (2002), s. 141.

<sup>23</sup> Ibid., s. 154f.

<sup>24</sup> Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked.

og EU-Domstolens fortolkning heraf, jf. HPD præambel betragtning 18. Specialet inddrager EU-retlige forarbejder i form af præambler, selvom disse i EU-retten tillægges mere begrænset betydning.<sup>25</sup> Danmark er bundet af EU-retlige direktiver, for så vidt angår målet, jf. Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) art. 288. I tilfælde af uoverensstemmelser mellem implementering og direktiv, vil direktivet have forrang i forhold til national ret. Reglerne i den specielle markedsføringsret består i et stort omfang af EU-retlige forordninger. Forordninger er ifølge TEUF art. 249 almenlydige, idet de umiddelbart er bindende i medlemsstaten.

I visse tilfælde kan gældende ret udledes af administrativ praksis, der i det følgende vil blive anvendt til at illustrere praktiske problemstillinger. Herunder anvendes i den generelle markedsføringsret praksis fra Forbrugerombudsmanden (herefter FBO), som fører tilsyn med MFL, jf. lovens § 25, stk. 1. I den specielle markedsføringsret vil afgørelser fra Radio- og TV-nævnet (herefter RTN) blive anvendt for nærmere at belyse den produktspecifikke vildledningsvurdering.

Vejledninger, rapporter og faktaark fra FBO, Lægemiddelstyrelsen, Sundhedsstyrelsen og Miljø- og Fødevarestyrelsen vil blive inddraget som bidrag til klarlægning af gældende ret. På samme måde inddrages vejledninger og arbejdsdokumenter fra Europa-Kommissionen. Specialet vil desuden løbende henvise til juridisk litteratur. Disse kilder har alle til fælles, at de ikke i sig selv udgør retskilder, og vil derfor alene blive anvendt som analyseredskaber.

## 2. Generel markedsføringsret: Markedsføringsloven

I dette afsnit vil den generelle markedsføringsret blive behandlet, med henblik på at klarlægge gældende ret for markedsføringsudsagn efter MFL. Først beskrives hovedlovens historiske baggrund, formål og anvendelsesområde for at belyse sammenligningsgrundlaget. Dernæst redegøres for vildledningsforbuddet efter MFL §§ 5-6 samt væsentlighedskravet, forbrugerbegrebet og sortlisten efter MFL §§ 8-9. Slutteligt analyseres dokumentationskravet i MFL § 13, for at undersøge dets rækkevidde i forbindelse med markedsføringsudsagn.

### 2.1. Historiske bemærkninger og EU-rettens betydning

Den første moderne MFL blev introduceret i 1974 med lov nr. 297/1974 om markedsføring og var baseret på betænkning 416/1966 om en ny konkurrencelov, Forbrugerkommissionens Betænkning II nr. 681/1973 samt forslag nr. 120 af 8. marts 1974 til lov om markedsføring. Det kendte ”god skik” begreb var allerede reguleret i dagældende konkurrencelovgivning, som dog alene angik forholdet mellem erhvervsdrivende.<sup>26</sup> Med 1974-MFL kom større fokus på forbrugerbeskyttelse, jf. lovens § 1. Loven inddrog hensynet til fairness overfor forbrugerne på lige fod med loyal konkurrence erhvervsdrivende imellem. Hensynet til forbrugerbeskyttelse blev også varetaget gennem oprettelse af FBO, jf. lovens § 15. FBO har sidenhen ført tilsyn med overholdelse af lovens forbrugerbeskyttende bestemmelser, herunder vildledende udsagn i markedsføringen.

1974-MFL var baseret på den nationale retstradition med principper stammende fra konkurrenceloven. Sidenhen er reguleringen i al væsentlighed sket gennem udstedelse af direktiver, hvilket medfører, at dynamikken i MFL er blevet mere europæiseret. Dette fremgår bl.a. af Lov nr. 1547/2006 om ændring af markedsføringsloven, som implementerede Direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis. Direktivet indebar efter art. 1, jf. art. 4 en totalharmonisering af de europæiske regler om urimelig

<sup>25</sup> Blume (2016), s. 185.

<sup>26</sup> Borchert og Bøggild (2013), s. 21.

handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser. De implementerede forbuds- og definitionsbestemmelser medførte en væsentlig nyformulering i dansk markedsføringsret.

Ved fortolkning af EU-retsakter ligger EU-Domstolen vægt på teleologisk fortolkning. I tvivlstilfælde påpeger EU-Domstolen, at EU-retsakter skal fortolkes på den måde, som bedst opfylder lovens formål. EU-Domstolens praksis er bindende præjudikat i Danmark. Nationalt sikres kohærens i EU-retten gennem EU-konform fortolkning af medlemsstaternes retsregler. Definition af lovens formål og beskyttelsehensyn har derfor væsentlig interesse ved klarlægning af gældende ret i Danmark.

## 2.2. Formål og anvendelsesområde

Den seneste (og gældende) markedsføringsretlige hovedlov er vedtaget i 2017 med ikrafttrædelsesdato d. 1/7 2017. Til sandhed for den nationale retstradition fastholder markedsføringsretten sit formål; at regulere konkurrencen mellem erhvervsdrivende, beskytte forbrugere og tilgodese mere almene samfundsinteresser, jf. MFL §§ 3-4. Dette betyder, at forbrugerbeskyttelsehensyn ved fortolkning af gældende ret kan indgå på lige fod med erhvervsøkonomiske- og etisk-sociale hensyn.<sup>27</sup> Eftersom disse tre hensyn kan føres tilbage til MFL af 1974 kan retskilder, der er udstedt før MFL af 2017, i stort omfang videreføres som udtryk for fortolkning af gældende ret.<sup>28</sup>

MFL finder anvendelse på enhver handling foretaget i erhvervsøjemed, herunder både privat og offentlig virksomhed, i det omfang der udbydes produkter på markedet, jf. MFL § 1, stk. 1. Loven omhandler *markedsføring*, som må anses at dække over det samme som begrebet *handelspraksis*.<sup>29</sup> Begrebet handelspraksis er defineret i MFL § 2, nr. 4 og omfatter:

”enhver handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovning, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne før, under og efter en handelstransaktion.”<sup>30</sup>

Der er tale om en bred definition,<sup>31</sup> som utvivlsomt rummer markedsføringsudsagn. Der er krav om kommerciel hensigt, hvilket medfører, at markedsføringsudsagn rettet mod offentligheden uden forbindelse til promovning, salg eller udbud af et produkt ikke vil være omfattet.

Begrebet *erhvervsdrivende* er defineret i MFL § 2, nr. 2 og omfatter enhver form for virksomhed, der drives med det formål at opnå økonomisk gevinst. Privat erhvervsvirksomhed repræsenterer lovens klassiske kerneområde og udøves hovedsageligt af de enkelte erhvervsdrivende virksomheder, men også af foreninger eller sammenslutninger af erhvervsdrivende, såfremt disse varetager virksomhedernes erhvervsmæssige interesser på markedet.<sup>32</sup> Loven omfatter ikke almindelig oplysnings-, debat- og agitationsvirksomhed, som udfoldes af forbruger- eller interesseorganisationer som fx Forbrugerrådet eller FDM.<sup>33</sup> Loven omfatter heller ikke politisk, religiøs eller fagforeningsmæssig virksomhed i sin rene form, uanset om der foreligger et konkurrencemæssigt element.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> Madsen (2019), s. 27.

<sup>28</sup> Borchert og Bøggild (2013), s. 32f.

<sup>29</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 3 og Madsen (2019), s. 25.

<sup>30</sup> Ibid. til § 1, stk. 1 og § 2, nr. 4.

<sup>31</sup> I U 2013.2941 H tager Højesteret eksplicit udgangspunkt i forarbejdernes brede forståelse.

<sup>32</sup> U 1977.831 H (handelsstandsforening), U 1985.770 H (erhvervsgartnerforening), U 1988.269 SH (sammenslutning af optikere) og U 1997.4 H (forening af kunstnere) også nævnt i Madsen (2019), s. 20.

<sup>33</sup> Madsen (2019), s. 21.

<sup>34</sup> U 2014.867 H, som stadfæster U 2012.743 SH samt Madsen (2019), s. 21.



Det offentlige har ansvaret for at udbyde sundhedsydelser i form af sygdomsbehandling og tilbud til forebyggelse af sygdom, jf. Sundhedslovens<sup>35</sup> (herefter SL) § 3, stk. 1 og § 74, stk. 1. Sundhedsydelser vil være omfattet af MFL, i det omfang ydelserne udbydes på markedslignende vilkår.<sup>36</sup> Hvorvidt sundhedsfremmende virksomhed omfattes af MFL afhænger af, om udbuddet sker i konkurrence mellem offentlige institutioner og private virksomheder, samt om der indgår betaling.<sup>37</sup> Både offentlige og private aktører er derfor underlagt samme grundvilkår efter MFL. Loven finder også anvendelse på udbud af sundhed, hvor der kun findes offentlige udbydere, såfremt udbuddet i øvrigt sker på markedsvilkår, eftersom det er uden betydning for modtageren af ydelsen, om leverandøren er privat eller offentlig.<sup>38</sup> Offentlige udbydere er endvidere omfattet af de forvaltningsretlige regler, herunder forvaltningsloven og forvaltningsretlige retsgrundsætninger, herunder overholdelse af god forvaltningsskik.

For så vidt angår det territoriale anvendelsesområde, gælder MFL som udgangspunkt for de tilfælde, hvor erhvervsdrivende markedsfører sig på det danske marked. Afgørende for det folkeretlige virkningsprincip er, om den erhvervsdrivendes markedsføring retter sig mod det danske marked. Det er uden betydning, om den erhvervsdrivende er etableret i Danmark eller i udlandet.<sup>39</sup> Etablering af det indre marked indebærer dog, at afsenderlandsprincippet, jf. e-handelslovens<sup>40</sup> §§ 3-4 kan finde anvendelse. Det vil sige, at virksomheder, som er etableret i en medlemsstat og som retter deres markedsføring mod et andet EU/EØS-land, i mange tilfælde alene skal overholde lovgivningen i det land, hvor virksomheden er etableret.<sup>41</sup> Internationale lovvalgsproblematikker vil ikke blive behandlet, jf. specialets afgrænsning under afsnit 1.4.

### 2.3. Generalklausulernes betydning

I sager hvor markedsføringsudsagn er vildledende, henvises ikke sjældent til generalklausulerne i MFL §§ 3-4.<sup>42</sup> MFL § 3 er traditionelt blevet betragtet som markedsføringsrettens hovedbestemmelse og hjemler, at alle erhvervsdrivende bør udvise ”god markedsføringsskik”.<sup>43</sup> På forbrugerområdet hjemler MFL § 4 et tilsvarende krav til erhvervsdrivende om at udvise ”god erhvervsskik”, hvilket svarer til forbuddet mod urimelig handelspraksis i HPD art. 5. I modsætning til MFL §§ 3-4, er MFL §§ 5-6 strafsanktioneret, hvorfor det har betydning, om forholdet subsummeres under vildledningsbestemmelserne eller alene under en af generalklausulerne. I en Sø- og Handelsretsafgørelse fra 2020<sup>44</sup> blev Skorstensgaard Danmark A/S dømt for overtrædelse af samtlige af bestemmelserne i MFL (§§ 3, 4, 5, 20 og 21), idet samtlige udsagn om bl.a. produktets kvalitet ikke kunne dokumenteres, jf. MFL § 13. Sagen illustrerer, hvorledes vildledende udsagn fra den erhvervsdrivendes side *både* kan subsummeres under MFL § 5, jf. § 13 og *tillige* henføres under generalklausulerne.

På wellnessområdet indeholder speciallovene ikke altid en ”god skik” bestemmelse som i MFL. I så fald vil MFL være udfyldende på området.<sup>45</sup> I en sag fra 2014<sup>46</sup> (BFO-sagen) havde FBO modtaget en række klager over et privathospital, der markedsførte brystoperationer på busser under udsagnet

<sup>35</sup> Lovbekendtgørelse nr. 903 af 2019-08-26 om sundhed.

<sup>36</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 1, stk. 1.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel.

<sup>41</sup> Møgelvang-Hansen, m.fl. (2017), s. 50 og L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>42</sup> Mortensen og Steincke (2018), s. 327f.

<sup>43</sup> Madsen (2019), s. 57.

<sup>44</sup> SH2020.BS-31263-2019-SHR.

<sup>45</sup> Forholdet mellem generel og speciel markedsføringsret vil blive behandlet nedenfor i afsnit 4.

<sup>46</sup> FBO sagsnr. 14/07236.

”nye bryster” ledsaget af et billede af en kvindes bryster. Lov om markedsføring af sundhedsydelser<sup>47</sup> (herefter MSL) indeholder ikke en god skik bestemmelse, hvorfor MFL bliver udfyldende. I vurderingen af, om reklamen er i overensstemmelse med god markedsføringsskik, kan bl.a. indgå, om den erhvervsdrivende har overtrådt speciallovgivningen. Virksomheder, der handler i overensstemmelse med speciallovgivningen, vil som udgangspunkt også handle i overensstemmelse med god markedsføringsskik efter MFL.<sup>48</sup> I sagen udtalte Sundhedsstyrelsen, at der ikke var handlet i strid med MSL, og FBO udtalte, at der ikke var grundlag for at statuere en overtrædelse af 2005-MFL § 1, stk. 1 (2017-MFL § 3).

## 2.4. Markedsføringsudsagn som vildledende handelspraksis

MFL §§ 5-6 omhandler erhvervsdrivendes handelspraksis overfor forbrugerne, herunder vildledende oplysninger og udeladelser. Lovligheden af markedsføringsudsagn beror altid på en konkret vurdering efter MFL §§ 5-6.<sup>49</sup> Begge bestemmelser hører under HPDs anvendelsesområde.

### 2.4.1. Udsagn som oplyser forbrugeren

MFL § 5, stk. 1 forbyder erhvervsdrivendes brug af urigtige samt vildledende oplysninger og fastlægger de generelle principper, der statuerer vildledningsvurderingen.<sup>50</sup> Bestemmelsen gennemfører HPD art. 5, stk. 1, 3 og 4 samt art. 6 og er en delvis videreførelse af den tidligere 2012-MFL § 3, om oplysninger, der er til skade for forbrugernes økonomiske interesser.

Under den konkrete vildledningsvurdering vejes forbrugerbeskyttelseshensyn overfor hensynet til markeds konkurrencen. På den ene side bør forbrugerne kunne træffe købsbeslutningen på et sagligt og informeret grundlag og på den anden side står de konkurrerende erhvervsdrivende overfor et muligt tab, eftersom kunderne – på baggrund af udsagnet – muligvis skifter præferencer. For at værne om forbrugerhensynet forpligtes erhvervsdrivende til at kunne dokumentere rigtigheden af oplysninger om faktiske forhold, jf. MFL § 13.

I MFL § 5, stk. 2 specificeres ti elementer, som kan være vildledende efter MFL § 5, stk. 1. Der er tale om en ikke-udtømmende liste med elementer, der kan relatere sig til markedsføringen.<sup>51</sup> Eftersom specialets hovedfokus er udsagn, der lover at fremme wellness (wellnessudsagn), er det nærliggende at redegøre for de punkter på listen, som omtaler produktets indhold, eksistens eller egenskaber.

Ifølge MFL § 5, stk. 2, nr. 1 vil det være vildledende, hvis markedsføringen fejlagtigt oplyser om produktets tilgængelighed. Denne bestemmelse relaterer sig til produktets eksistens eller art. Efter MFL § 5, stk. 2, nr. 2 kan det være vildledende, hvis markedsføringen fejlagtigt oplyser om produktets egenskaber. Der er tale om en bred forståelse af produktets egenskaber, hvilket bl.a. kan dække over oplysninger om formål, anvendelse, mængde, specifikationer, geografiske eller handelsmæssig oprindelse, fremstillingsmåden, levering, mv. Erhvervsdrivendes markedsføring kan umiddelbart omfattes af både nr. 1 og nr. 2, da der eksisterer et overlap mellem de omfattede elementer.<sup>52</sup>

Overtrædelse af MFL § 5, stk. 1 kan sanktioneres med forbud eller påbud om berigtigelse, jf. MFL § 24, stk. 1, samt bødestraf, jf. MFL § 37, stk. 3. Det kan også medføre erstatningspligt, jf. MFL § 24 eller få andre civilretlige følger som fx efter KBL § 76, stk. 1, nr. 1 og 2. Overtrædelse af MFL § 5 kan samtidig være overtrædelse af bestemmelsen om vildledende udeladelser i MFL § 6.

<sup>47</sup> Lov nr. 326 af 2003-05-06 om markedsføring af sundhedsydelser.

<sup>48</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 3.

<sup>49</sup> Madsen (2019), s. 61.

<sup>50</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 5.

<sup>51</sup> Jf. ordlyden af MFL § 5, stk. 2 ”vildledning efter stk. 1 kan relatere sig til...” (min kursivering) samt L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 5.

<sup>52</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 5, stk. 2.

## 2.4.2. ”Halve sandheder” og udeladelse af væsentlige oplysninger

MFL § 6 forbyder erhvervsdrivende på en vildledende måde at udelade eller skjule væsentlige oplysninger for forbrugeren. Bestemmelsens stk. 1 og 5 er en delvis videreførelse af 2012-MFL, for så vidt angår den del, der vedrører vildledende udeladelser til skade for forbrugers økonomiske interesser. MFL § 6, stk. 1 rammer også de ”halve sandheder”, som ikke i sig selv er urigtige, men som kan virke vildledende, fordi de ikke giver forbrugeren det fulde billede.<sup>53</sup> Ligesom MFL § 5 er overtrædelse af MFL § 6, stk. 1 strafbelagt, jf. MFL § 37, stk. 3, og kan i øvrigt imødekommes med de samme sanktioner.

Det må afgøres konkret, hvilke oplysninger der kan anses for væsentlige.<sup>54</sup> I U 1975.927 SH (herefter Skrædder-sagen) havde en virksomhed i sin reklame anvendt udsagnene ”håndsyet tøj” og ”skræddersyet tøj”, selvom tøjet var fremstillet i Hong Kong af folk, som ikke havde en faguddannelse, men som bar skræddertitlen. Sø- og Handelsretten udtalte, at udsagnene formelt set var sande, men at de måtte anses for urigtige og vildledende efter danske forhold, hvor skræddere er faguddannede personer. Dommen er ikke omfattet af specialets afgrænsede problemstilling, men kan alligevel benyttes til at illustrere, at oplysninger om fremstillingsmåden (herunder fremstillingslandet) kan udgøre væsentlige oplysninger, idet det taler til produktets kvalitet og egenskaber.

Ifølge MFL § 6, stk. 5 kan det anvendte medie indgå i vurderingen af, hvilke oplysninger der anses for væsentlige og hvilke der kan udelades. Såfremt der ikke reklameres i det frie rum, men via medier såsom sociale medier eller fjernsyn kommer oplysningskravet an på, om den kommercielle hensigt er tilstrækkeligt oplyst. Indeholder mediet begrænsninger i tid eller rum, kan erhvervsdrivende i et vist omfang tilgængeliggøre oplysningerne for forbrugeren på en anden måde.<sup>55</sup>

## 2.5. Væsentlighed, forbrugerbegrebet og sortlisten

### 2.5.1. Krav om væsentlig kommerciel effekt

Der er alene tale om overtrædelse af vildledningsforbuddene i §§ 5-6, hvis den pågældende handelspraksis er egnet til væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren, jf. MFL § 8, stk. 1. MFL indeholder ikke en definition af, hvad der forstås ved *væsentlige oplysninger*. I lyset af HPD art. 7 må væsentlighedskravet forstås således, at den pågældende handelspraksis alene skal være *egnet* til at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. HPD definerer i art. 7, stk. 1 væsentlige oplysninger som:

”[de oplysninger] som gennemsnitsforbrugeren har behov for i den pågældende situation for at træffe en informeret transaktionsbeslutning”

EU-Domstolen fortolker omfanget af transaktionsbeslutningen bredt, således at det i stadiet før købet foretages, anses at omfatte beslutningen om at købe eller undlade at købe såvel som beslutninger med direkte tilknytning hertil, som at gå ind i forretningen.<sup>56</sup> Man kunne forestille sig, at et fængende udsagn på en flaske rynkecreme kunne forføre forbrugeren til at tage produktet i hånden eller at prøve det, hvilket kunne resultere i et (evt. vildledt) køb. Alle udsagn som sværmer om produktet kan derfor anses væsentlige.

<sup>53</sup> Madsen (2019), s. 60.

<sup>54</sup> Møgelvang-Hansen (2017), s. 110.

<sup>55</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 6, stk. 5.

<sup>56</sup> Jf. fx C-281/12, Trento Sviluppo (ECLI:EU:C:2013:859).

## 2.5.2. Forbrugerbegrebet

Markedsføringsudsagn er alene genstand for vildledning, hvis de mærkbart er egnet til at påvirke *gennemsnitsforbrugerens* beslutning om at foretage køb, jf. MFL § 8, stk. 1. Det er underordnet, om udsagnet faktisk får eller har haft aktuel betydning for en eller flere forbrugeres transaktionsbeslutning(er). Udsagnet skal alene objektivt være egnet til, direkte eller indirekte, at forvride forbrugerens økonomiske adfærd. Forbrugerbegrebet i MFL skal fortolkes i lyset af HPD, således som det er fortolket gennem EU-Domstolens praksis, jf. HPD præambel betragtning 18.

I EU-Domstolens sag C-210/96<sup>57</sup> (Gut Springenheide) fremgår, at EU-Domstolen ved afgørelsen af, om en reklame kunne vildlede køberen, tog den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger i betragtning, uden at have anordnet en sagkyndig undersøgelse eller bestilt en opinionsundersøgelse. Af dommens præmis 31-32 fremgår, at de nationale retter normalt bør være i stand til på samme betingelser at vurdere, om en oplysning i en reklame er vildledende. Sagen illustrerer den vildledningsvurderingen de danske domstole forventes at foretage. EU-Domstolen udelukker dog ikke, at nationale domstole under visse omstændigheder kan beslutte at anordne en sagkyndig undersøgelse, som skal afklare, om en konkret oplysning i en reklame er vildledende, jf. dommens præmis 35-36.

I en tidligere sag C-373/90<sup>58</sup> (Tribunal) udtalte EU-Domstolen, at udsagn om priser i en bilreklame alene kunne betegnes som vildledende, såfremt et betydeligt antal købere ikke var vidende om, at den lavere pris skyldtes, at bilerne havde mindre udstyr end normalt, jf. dommens præmis 15-16. Dommen illustrerer, at vildledningsvurderingen undtagelsesvist kan foretages i lyset af forbrugernes faktiske opfattelse. Dette vil fx være i tilfælde, hvor de nationale domstole ej på forhånd kan udelukke, at reklameudsagnet ikke opfattes vildledende af forbrugerne.

Sammen med de to nævnte afgørelser kan desuden nævnes EU-Domstolens afgørelser C-220/98 (EU:C:2000:8, præmis 27), C-99/01 (EU:C:2002:618, præmis 31) og C-44/01 (EU:C:2003:205, præmis 55) som ligeledes er retsskabende på forbrugerområdet. De nævnte afgørelser er alle sammen fra før HPDs implementering og baseres på det tidligere vildledningsdirektiv (nr. 84/450/EF). Dog illustrerer de til stadighed gældende ret, idet principperne videreføres i HPD, jf. HPDs præambel betragtning 18.

## 2.5.3. Sortlisten

I HPDs bilag 1 listes former for handelspraksis, som altid anses for at være urimelige i forbrugerforhold. HPDs bilag 1 er gengivet som bilag 1 til MFL, jf. MFL § 9. Det følger af MFL § 37, stk. 3 at overtrædelse af sortlistet handelspraksis straffes med bøde, medmindre højere straf følger af anden lovgivning.

Relevant for nærværende speciale er den erhvervsdrivendes brug af wellnessudsagn overfor forbrugeren. Fremhævelse af produktets egenskaber kan ske gennem brug af kvalitetsstempler fra officielle eller private mærker, brancheforeninger, branchemæssige garantiordninger eller lignende. Omfattet af sortlistens punkt 2 er tilfælde, hvor den erhvervsdrivende angiver visse kvalitetsstempler uden faktisk at have opnået den nødvendige tilladelse til at bære dette stempel. Herunder omfattes kvalitetscertificeringer, kvalitetsmærker eller tilsvarende. Sortlistens punkt 4 omfatter tilfælde, hvor den erhvervsdrivende hævder, at denne selv, dennes handelspraksis eller dennes produkter er blevet godkendt eller tilladt af en offentlig eller privat instans, selvom dette ikke er tilfældet. Uhjemlet brug af officielle eller semi-officielle mærker såsom fx Nordisk Ministerråds miljømærke ”Svanen”, kan efter omstændighederne både være omfattet af sortlisten nr. 2 og nr. 4.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> C-210/96 Gut Springenheide (EU:C:1998:369).

<sup>58</sup> C-373/90 Tribunal (EU:C:1992:17).

<sup>59</sup> Madsen (2019), s. 80, note 73 samt SWD (2016) 163, s. 121-122.

I U 2008.2289 V (Garanti-sagen) havde et tømrer- og snedkerfirma i en periode uretmæssigt anvendt BYG GARANTIORDNINGs logo på firmaets biler og i en avisannonce, selvom firmaet var ekskluderet som medlem af Dansk Byggeri og dermed af garantiordningen. Ordningen var et kvalitetsstempel, som gav forbrugerne tillid til produktets egenskaber. I sagen fandtes selskabet at have givet forbrugerne urigtige og vildledende oplysninger om at selskabet deltog i garantiordningen og firmaet blev dømt for vildledende handelspraksis efter 2005-MFL § 3 (2017-MFL § 5). Var sagen kommet for retten i dag, ville det være nærliggende at overveje, om forholdet kunne omfattes af sortlistens nr. 4.

Ifølge sortlistens punkt 9 må det ikke angives, at produktet lovligt kan sælges, hvis ikke dette er tilfældet. Benytter den erhvervsdrivende markedsføring, der angiver, at produktet kan sælges lovligt, selvom det indeholder forbudte fx kræftfremkaldende stoffer, vil forholdet kunne henføres under sortlistens punkt 9.

Ifølge sortlistens punkt 10, forbydes erhvervsdrivende at markedsføre lovmæssige forbrugerrettigheder. Fremhæves anvendelse af mærkningsordninger som en særlig fordel ved produktet, selvom dette reelt ikke giver forbrugeren en bedre retsstilling, vil dette være vildledende efter punkt 10.

Såfremt erhvervsdrivende i markedsføringen anvender udsagn, der i modstrid med sandheden hævder, at produktet kan helbrede sygdomme, funktionsforstyrrelser eller misdannelser, vil dette være vildledende efter sortlistens nr. 17. I denne sammenhæng skal det bemærkes, at HPD ikke berører fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser om et produkts sundheds- og sikkerhedsmæssige foranstaltninger, jf. HPD art. 3, stk. 3 og præambel betragtning 9. I Danmark er der vedtaget omfangsrig lovgivning på flere dele af sundhedsområdet, hvorfor dette punkt på sortlisten kun i begrænset omfang vil kunne anvendes i praksis.

Såfremt forholdet ikke kan henføres under sortlisten, skal der foretages en vildledningsvurdering efter MFL §§ 5-6, jf. MFL § 8. Indeholder markedsføringen udsagn om produktets egenskaber, og er der tvivl om rigtigheden af disse, vil MFL § 13 blive relevant.

## 2.6. Dokumentationskravet

Dokumentationskravet i MFL § 13 medfører, at rigtigheden af udsagn om produktets faktiske forhold skal kunne dokumenteres. Benyttes udsagn som fx ”største” på trods af, at der dokumenterbart findes større, vil oplysningen objektivt set være urigtig og dermed falsk.<sup>60</sup> Bestemmelsen er en videreførelse af 2005-MFL § 3, stk. 3 og har siden 2005 implementeret HPD art. 12, som hjemler domstoles og administrative myndigheders beføjelse til (a) at kræve beviser for rigtigheden af faktiske forhold, og (b) at anse sådanne faktiske forhold for urigtige, såfremt de beviser, som kræves, ikke fremlægges eller anses for utilstrækkelige.

For at belyse dokumentationskravets rækkevidde, vil det følgende tage udgangspunkt i disse spørgsmål:

- 1) Hvad kan formelt udgøre et bevis, og hvornår kan beviset kræves?
- 2) Hvornår er bevisets materielle indhold tilstrækkelig dokumentation?
- 3) Hvilke faktorer kan påvirke dokumentationskravet?

---

<sup>60</sup> U 2015.2618 SH I sagen var anvendt udsagn om Københavns ”største” objektivt set urigtigt og dermed falsk, da der dokumenterbart fandtes større.

### 2.6.1. Hvad kan formelt udgøre et bevis, og hvornår kan beviset kræves?

Erhvervsdrivende skal fremlægge bevis for rigtigheden af faktiske forhold såfremt domstolene, FBO eller anden håndhævelsesmyndighed anmoder herom, jf. MFL § 24, stk. 1 og § 25, stk. 2, jf. § 13.<sup>61</sup> Beviset skal være relevant i det pågældende tilfælde under hensyn til de legitime interesser hos sagens parter.<sup>62</sup> I civile sager har den, der anvender angivelser om faktiske forhold, bevisbyrden for udsagnets rigtighed.<sup>63</sup>

For så vidt angår spørgsmålet om *hvad* der kan udgøre et bevis i sager om faktuelle markedsføringsudsagn, afhænger dette af omstændighederne i den konkrete sag. MFL § 13 har karakter af en bevisbyrderregel, og retten vil i disse sager umiddelbart følge parternes ønske om bevisførelse. Sagens faktiske omstændigheder er som udgangspunkt genstand for bevis, men udtalelser og rapporter fra sagkyndige mv. kan også være relevante i det konkrete tilfælde. I U 1999.449 SH (Bilka-sagen) var udsagnet ”Bilka er bare billigere” underlagt dokumentationskrav. I sagen, som sluttede ved forlig, fik Bilka tilladelse til at rette henvendelse til et analyseinstitut med henblik på at foretage en forbrugerundersøgelse som led i sagens bevisførelse. Sø- og Handelsretten fandt ikke grundlag for på forhånd at fastslå, at forbrugernes konkrete indtryk var uden betydning for sagen, hvorfor denne analyse måtte indgå i sagen som bevis. Sagen illustrerer, hvorledes beviset afhænger af de konkrete omstændigheder, hvilket stemmer overens med tidligere EU-domme på området, jf. også ovenfor afsnit 2.5.2.<sup>64</sup>

For så vidt angår spørgsmålet om *hvornår* beviset kan kræves hos de erhvervsdrivende, fremgår af forarbejderne:

”Der stilles ikke krav om, at den erhvervsdrivende ligger inde med behørig dokumentation for rigtigheden af oplysninger om faktiske forhold for at kunne anvende en given oplysning i markedsføringen. Oplysningen skal dog efterfølgende kunne dokumenteres inden for rimelig tid, såfremt en håndhævelsesmyndighed anmoder om det.”<sup>65</sup>

Af bestemmelsens ordlyd fremgår, at erhvervsdrivende ”skal kunne” dokumentere rigtigheden af deres udsagn. Ordet ”skal” er fremsat i bydeform, efterfulgt af ”kunne” i infinitiv, hvilket indikerer en fremtidig pligt. Ordlyden og forarbejderne må – sammen med princippet om god markedsføringsskik – indebære, at de erhvervsdrivende bør have vished om, at de anvendte faktuelle udsagn er sandfærdige. Dog kan fra forarbejderne og bestemmelsens ordlyd ikke drages den konklusion, at de erhvervsdrivende på forhånd skal ligge inde med behørig dokumentation.<sup>66</sup>

### 2.6.2. Hvornår er bevisets materielle indhold tilstrækkelig dokumentation?

I dette afsnit søges at afdække I) om det er tilstrækkeligt, at beviset alene sandsynliggør rigtigheden af udsagnet, II) om der kan stilles krav om egentlige videnskabelige beviser, og III) hvorvidt kravene til beviset kan variere i de konkrete tilfælde. I 2015 afgjorde Højesteret ikke én, men to domme om dokumentationskravets rækkevidde: U 2015.2565 H (Papiruld-sagen) og U 2015.3331/2 H (Zendium-sagen). Dommene vil i dette afsnit blive analyseret med henblik på besvarelse af spørgsmål I)-III).

<sup>61</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 13.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Borchert og Bøggild (2013), s. 297.

<sup>64</sup> C-373/90 ”Tribunal”, præmis 15-16 (ECLI:EU:C:1992:17) samt C-210/96 ”Gut Springenheide GmbH”, præmis 31-32 og 35-36 (ECLI:EU:C:1998:369).

<sup>65</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 13.

<sup>66</sup> Hvilket FBO ellers udtalte i et notat fra 2014 (sagsnr. 14/02776-1).

Dommene er afsagt før gældende MFL af 2017. MFL § 13 er en videreførelse af den tidligere 2005-MFL § 3, stk. 3, hvorfor retsstillingen er uændret og dommene fortsat kan anvendes til klarlægning af gældende ret. Det faktum, at dommene ikke omhandler wellnessudsagn, har ikke betydning for dommenes relevans i nærliggende speciale. Der er tale om markedsføringsudsagn om produktets egenskaber, som kan illustrere gældende ret ved dokumentation efter den generelle markedsføringsret, jf. MFL § 13.

*Ad I) Tilstrækkeligt at sandsynliggøre?* I Papiruld-sagen tog Højesteret netop stilling til spørgsmålet om tilstrækkelighed. I sagen havde Papiruld Danmark A/S (herefter ”P”) anvendt markedsføringsudsagn om papirulds isoleringsevne, pris, brandmodstand, miljø mv., der ikke var tilstrækkeligt dokumenterede. Dokumentationen for Ps udsagn om isoleringsevne og brandmodstand, hvilede primært på rapporter om varmeisoleringssevne og brandsikring fra hhv. 2004 og 2001. Resultatet af målingerne var afhængig af kvaliteten af isoleringsarbejdets udførelse og anbringelse af produkterne. Samtlige rapporter var forbundet med sådanne usikkerheder, at de ikke kunne udgøre tilstrækkelig dokumentation for de anvendte udsagn. Med henvisning til ordlyden af 2006-MFL § 3, stk. 3, forarbejderne og de bagvedliggende direktiver udtalte Højesteret, at udsagnene ikke var behørigt dokumenterede og derfor vildledende efter MFL. I sagen fortolker Højesteret gældende ret således, at dokumentationskravet ikke kan opfyldes ved alene at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning. Dommen var nyskabende, idet gældende ret tidligere var fortolket således, at sandsynliggørelse var tilstrækkeligt.<sup>67</sup>

Ganske få uger efter Papiruld-sagen, afsagde Højesteret dom i Zendium-sagen, der omhandlede udsagn om tandpastaproduktets evne til at modvirke syreskader i tænderne. I Zendium-sagen gjorde Zendium (herefter ”Z”) gældende, at dokumentationskravet bør forstås som et krav om sandsynliggørelse og ikke et krav om fuldstændigt bevis. Dette med henvisning til lovbemærkningerne bag 2005-MFL § 3, stk. 3 og den tidligere enslydende MFL § 2, stk. 4. Z gjorde endvidere gældende, at der ved vurderingen af hvorvidt kravet om sandsynliggørelse er opfyldt, skal tages hensyn til en samlet vurdering af de konkret gældende omstændigheder i sagen, jf. EU-sag C-356/04 (Lidl Belgium), præmis 77. Højesteret udtaler, med henvisning til Papiruld-sagen, at dokumentationskravet ikke kan opfyldes ved blot at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning.

Konkluderende kan spørgsmål I) besvares benægtende: det er ikke tilstrækkeligt at sandsynliggøre rigtigheden af en oplysning.

*Ad II) Krav om videnskabelighed?* I Papiruld-sagen fastlagde Højesteret den nedre grænse for dokumentationskravet, idet sandsynliggørelse var utilstrækkeligt. Spørgsmålet er herefter om der fra retspraksis kan udledes en øvre grænse.

I Zendium-sagen lagde Højesteret til grund, at udsagnene ikke var vildledende, idet der var ført tilstrækkelig dokumentation for den beskyttende effekt ved syreskader på tænder. En række in vitro<sup>68</sup> laboratorieforsøg (som allerede forelå) blev påberåbt og accepteret som dokumentation i sagen. Højesteret statuerede, at egentlige (nye) videnskabelige beviser ikke var påkrævede, eftersom der var særlige problemer af praktisk og etisk art forbundet med sådanne forsøg.<sup>69</sup> Højesteret udtaler generelt om retsstillingen, at beviser, som understøtter udsagnets rigtighed, skal være relevante i det konkrete tilfælde, men at der ikke altid er krav om egentlige videnskabelige beviser.

Spørgsmål II) kan besvares benægtende: der er ikke krav om videnskabeligt bevis. Der findes således både en nedre og øvre grænse for dokumentationskravet i MFL § 13.

<sup>67</sup> L 211 af 2. marts 1994, FT 1993-1994, Tillæg A, sp. 7266.

<sup>68</sup> In vitro studier er laboratorieforsøg på ikkelevende organismer.

<sup>69</sup> Også kommenteret i Madsen (2019), s. 60, note 53.

*Ad III) Konkret variation?* I Zendium-sagen udtaler Højesteret, at kravene til dokumentation bl.a. afhænger af det konkrete udsagn og det konkrete produkt. Højesteret henviste i Papiruld-sagen til HPD art. 12 og udtalte:

”Som anført i artikel 12 (...) varierer de konkrete krav, der stilles med hensyn til dokumentation for en oplysnings rigtighed, under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde.”

Selvom ordlyden af MFL § 13 ikke umiddelbart lægger op til en konkret afvejning, fremgår det af forarbejderne, at beviset skal være relevant i det pågældende tilfælde.<sup>70</sup> Forarbejderne er dog tavse omkring hvilke beviser, der i så fald er relevante. Med Papiruld-sagen fjernes en eventuel tvivl, idet Højesteret udtaler sig generelt om omfanget af MFL § 13 og fastslår, at der skal foretages en afvejning under hensyn til omstændighederne i det konkrete tilfælde.

Konkluderende skal spørgsmål III) besvares bekræftende: kravene vil variere i det konkrete tilfælde.

### 2.6.3. Hvilke faktorer kan påvirke dokumentationskravet?

Da det nu er fastlagt, at dokumentationskravet kan variere under hensyn til sagens konkrete omstændigheder, er det nærliggende at undersøge, hvilke faktorer der kan påvirke kravet. Dette afsnit tager udgangspunkt i en analyse af Papiruld- og Zendium-sagerne, som kan illustrere nogle af de faktorer, der kan påvirke kravet.

I Papiruld-sagen inddrager Højesteret i vurderingen følgende faktorer:

- a) typen af markedsføringsudsagn,
- b) hvorvidt udsagnet lover et bestemt resultat,
- c) om udsagnene er fremsagt som led i sammenlignende reklame, og
- d) om der er usikkerheder forbundet med det førte bevis.

*I forhold til faktor a)-b)* var der i sagen var tale om frivillige<sup>71</sup> markedsføringsudsagn, der lovede et bestemt resultat som følge af produktets egenskaber. Faktor a) hjælper retten med at vurdere sammenligningsgrundlaget for lignende produkter og markedsføring. Faktor a) fastlægger desuden, om udsagnet afviger fra sædvanlige produktanprisninger, dvs. om udsagnets ordlyd ligger tæt på området for retligt uforpligtende anprisninger. Faktor b) er sigende i forholdet til forbrugeren. Udsagn der lover et bestemt resultat, har en klar sandhedsværdi, som i højere grad må dokumenteres for at undgå vildledning.

*I forhold til faktor c)* havde P anvendt udsagn som sammenlignede omkostningerne ved brug af papiruld i kontrast til stenuld. Eftersom modparten Rockwool var markedsledende vurderede retten, at udsagnet efter sin ordlyd naturligt var sammenlignende. Udsagn som er sammenlignende, rammes af hensynet til markeds konkurrencen.

*I forhold til faktor d)* var de af P fremlagte rapporter forbundet med sådan usikkerhed, at Højesteret vurderede dem utilstrækkelige. Såfremt det førte bevis er forbundet med usikkerheder, der kan modvægttes af andre væsentlige hensyn, vil Højesteret medtage disse i vurderingen. I sagen var der dog ingen momenter, der talte for at tillade Papiruld lempeligere krav til udsagnenes dokumentation.

I Zendium-sagen inddrog Højesteret *både* faktor a)-d) og yderligere to faktorer i vurderingen. Højesteret behandlede endvidere

<sup>70</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 13.

<sup>71</sup> Modsat lovbestemte oplysninger, der skal indgå.



- e) om der er særlige problemer forbundet med at fremskaffe beviset, og
- f) om udsagnet bør underlægges andre forstærkende eller formildende faktorer.

*I forhold til faktor a)-b)* lovede Zs udsagn ikke et bestemt resultat, idet der var tale om mere generelle ytringer, herunder ”hjælper mod at modvirke syreskader”. På baggrund af udsagnenes ordlyd vurderede Højesteret, at udsagnene ikke i væsentlig grad afvej fra sædvanlige produktanprisninger, idet de ikke lovede et bestemt udfald og var formuleret på en ikkekonkret måde, jf. ordet ”hjælper”. Dette taler for et lempeligere dokumentationskrav.

*I forhold til faktor c)* var Zs udsagn ikke fremsagt som led i sammenlignende reklame.

*I forhold til faktor d)* udtalte skønsmændene, at der var usikkerheder ved det førte bevis, idet der ikke var ført egentlig videnskabelige beviser for udsagnets rigtighed.

*I forhold til faktor e)* om problemer ved at fremskaffe beviset, udtalte skønsmændene, at de ikke havde kendskab til, at der var ført videnskabeligt bevis for andre tandpastaprodukter. Endvidere udtalte de, at egentlige videnskabelige beviser ville forudsætte forsøg på levende mennesker (in vivo studier). Gennemførelse af disse in vivo-studier ville være forbundet med særlige problemer af etisk og praktisk art.<sup>72</sup> I sagen var dog en række laboratorieforsøg, som ifølge skønsmændene indikerede, at Zs produkter havde en særlig beskyttende effekt mod syreskader på tænderne. Selvom Z ikke var i stand til at fremskaffe egentlige videnskabelige beviser, var de kommet så tæt på, som praktikken tillod, hvilket talte for at tillade dem de anvendte udsagn.

*I forhold til faktor f)* argumenterede Zs modpart, med støtte i en norsk dom,<sup>73</sup> at Zs markedsføringsudsagn var lægemiddelnære, idet de påstod at have sundhedsfremmende egenskaber, hvorfor dokumentationskravet efter MFL burde skærpes. Østre Landsret afviste dette anbringende for kæresagen. Højesteret tog ikke direkte stilling til dette synspunkt, men må antages også at have afvist dette under henvisning til udtalelsen om at Zs markedsføringsudsagn ”ikke afveg fra sædvanlige produktanprisninger”. Såfremt udsagnet blev vurderet lægemiddelnært, ville dette skærpe kravene til dokumentation.<sup>74</sup>

Ved at sammenstille de af Højesteret behandlede momenter i sagerne fremgår i nogen grad en afklaring af de forhold, der kan få betydning for retstilstanden, idet der dog altid skal foretages en konkret vurdering. Følgende momenter kan udtrages fra de to domme:

- a) typen af markedsføringsudsagn, herunder om udsagnet i væsentlig grad afviger fra uforpligtende anprisninger,
- b) om udsagnet lover et bestemt resultat,
- c) om udsagnene er fremsagt som led i sammenlignende reklame,
- d) om der er usikkerheder forbundet med beviset,
- e) om der er særlige problemer forbundet med at skaffe tilstrækkeligt bevis, og
- f) om der er andre skærpende eller formildende faktorer, der påvirker dokumentationskravet.

En anden analyse af Højesterets praksis er udformet af Advokat og Ph.d. Søren Stenderup Jensen. Han udtrykker i sin artikel<sup>75</sup> skepsis om, hvorvidt Højesteret i vurderingen burde inddrage hensynet til eventuelle vanskeligheder ved fremskaffelse af det videnskabelige bevis (faktor e). Han mener

<sup>72</sup> Det sidste in vivo forsøg med kariesangreb omfattede 4.000 børn. I det tilfælde, at der skulle foretages et in vivo forsøg indenfor syreangreb, ville det være nødvendigt at fastlægge forsøgspersonernes tandbørstningsvaner og spisevaner, hvilket ifølge skønsmændene ville gå ud over det mulige.

<sup>73</sup> Oslo Tingsretts dom af 29. marts 2007 (06-061083TVI-OTIR/01), efterfølgende anket til Bogarting Lagmannsrett, men hvor anken blev hævet.

<sup>74</sup> Idet kravene til markedsføring af lægemidler er særdeles strengere og kræver tilladelse, jf. Lovbekendtgørelse nr. 99 af 16/1 2019 om lægemidler kap. 2 og nedenfor afsnit 4.1.

<sup>75</sup> ET 2016.89 af Advokat (H) Søren Stenderup Jensen.

ikke, at udfordringer, som gør det vanskeligt eller problematisk bør begrunde, at kravene til dokumentation svækkes.<sup>76</sup> Denne analyse bæres primært af, at Højesteret ifølge Stenderup Jensen i Papiruld-sagen havde lagt grundlag for en streng bedømmelse af dokumentationskravet, idet han udtaler:

”den afklaring af retstilstanden, som Papirulds-dommen stillede i udsigt, blev ikke fulgt til dørs i Syreforsvars-dommen [Zendium-sagen].”

Dette speciale er ikke enig i denne forfatters betragtning, idet Højesterets praksis ikke synes at tage en ny retning eller at afvige fra den praksis, de lagde til udsigt i Papiruld-sagen. Højesterets praksis i Zendium-sagen stemmer overens med forarbejderne til MFL § 13 og HPD art. 12, litra a, som de blev fortolket i Papiruld-sagen, dog således at de konkrete hensyn bag kravene til dokumentation varierer i forhold til sagernes forskelligartede faktum. Nedenfor vil de nævnte faktorer a)-f) stilles op for de to sager, for nærmere at belyse baggrunden for sagernes forskelligartede udfald.

	Papiruld-sagen	Zendium-sagen
a) typen af udsagn?	Produktets egenskaber.	Produktets egenskaber.
a) afviger fra anprisning?	Ja.	Nej.
b) bestemt resultat?	Ja.	Nej.
c) sammenlignende?	Ja.	Nej.
d) usikkerheder?	Ja.	Ja, in vivo studier foretrækkes.
e) problemer?	Nej.	Ja, af praktisk og etisk art.
f) øvrige faktorer?	Nej.	Nej.
Konklusion	Ikke tilstrækkelig dokumentation.	Tilstrækkelig dokumentation.

Som det fremgår af ovenstående tabel, begrundes graden af udokumenterbarhed Højesteret indrømmer hhv. P og Z i sagens faktum. Baggrunden for sagernes forskelligartede udfald skal således læses i sagernes faktum og omstændighederne i øvrigt.

## 2.7. Opsummerende

Efter MFL §§ 5-6, jf. § 8, må erhvervsdrivende ikke anvende urigtige og vildledende angivelser eller udelade essentielle informationer, såfremt dette er egnet til væsentligt at forvride forbrugernes økonomiske adfærd. Selv reklameoplysninger, der isoleret set må karakteriseres som sande, kan i en bestemt kontekst være vildledende efter MFL § 5. Kravet i MFL § 6, stk. 1, hvorefter en erhvervsdrivende ikke må udelade eller skjule væsentlige oplysninger, rammer også de ”halve sandheder”, som ikke i sig selv er urigtige, men som kan virke vildledende, da de ikke fremlægger det fulde billede overfor forbrugeren.

Af MFL § 13 fremgår, at rigtigheden af oplysninger om faktiske forhold skal kunne dokumenteres. Graden af bevisførelse for udsagnets rigtighed illustreres gennem de to domme nævnt ovenfor under afsnit 2.6. Såfremt der opstår tvivl, kræves konkret dokumentation for udsagnets rigtighed. I Papiruld-sagen markerer Højesteret, at dokumentation i form af sandsynliggørelse ikke er nok. I Zendium-sagen kunne der ikke fremlægges konkret videnskabeligt bevis og Højesteret markerer, at videnskabelige forsøg på mennesker ikke kræves. Den margin af udokumenterbarhed, der gives hhv. P og Z, illustrerer hvorledes udsagn altid bør undergå konkret afvejning af modsatrettede hensyn, hvilket også harmonerer med markedsføringslovens tredelte formål.

<sup>76</sup> Stenderup Jensens udsagn bør læses i lyset af, at han var advokat for den tabende part i Zendium-sagen.

Kravet i MFL § 13 gælder ikke udsagn, som har karakter af *rene og uforpligtende* anprisninger. Spørgsmålet om, hvornår markedsføringsudsagn udgør faktiske forhold og omfattes af dokumentationskravet i MFL § 13, vil blive behandlet straks nedenfor under punkt 3.

### 3. Markedsføringsudsagn: faktisk angivelse eller anprisning?

Dokumentationskravet i MFL § 13 gælder alene oplysninger om *faktiske forhold*. Den generelle markedsføringsret sonderer derfor mellem angivelser om faktiske forhold og *anprisninger*.<sup>77</sup> Alene angivelser om faktiske forhold er genstand for vildledning, hvorfor gennemgangen kun kort behandler anprisningsbegrebet i afsnit 3.1. Herefter beskrives grænseområdet mellem retligt bindende angivelser og retligt uforpligtende anprisninger under afsnit 3.2. Slutteligt redegøres for, hvad der anses for angivelser om faktiske forhold under afsnit 3.3., idet der dog ikke er tale om en udtømmende opremsning. Gennemgangen har til formål at skabe overblik over de sammenhænge, hvori vildledende udsagn kan optræde i den generelle markedsføringsret samt danne grundlag for sammenligning med den specielle markedsføringsret under punkt 4.

#### 3.1. Anprisningsbegrebet

Anprisningsbegrebet er ikke defineret i MFL, men følgende fremgår af forarbejderne:

”Anprisninger er f.eks. (...) overdrevne udtalelser eller udtalelser, som ikke er beregnet til at blive opfattet bogstaveligt. F.eks. når erhvervsdrivende reklamerer med, at de har byens venligste betjening.”<sup>78</sup>

Anprisninger vil som udgangspunkt ikke have sandhedsværdi, idet oplysningen ikke kan måles som sandt eller falsk. Af den årsag vil den umiddelbart ikke være vildledende.<sup>79</sup>

Anprisningsbegrebet kan desuden omfatte anvendelse af subjektive udsagn, som af natur ikke kan verificeres. Det kan fx være, når erhvervsdrivende refererer til smag eller følelser.<sup>80</sup> Såfremt disse ytringer ikke formidler nogen faktisk information om den udbudte ydelse, men afhænger af forbrugers subjektive sanselige oplevelse, vil udsagnet som udgangspunkt heller ikke være retligt forpligtende.<sup>81</sup>

I en FBO-sag<sup>82</sup> fra 2013 ønskede en erhvervsdrivende en vurdering af, om det var lovligt at kalde en salve for ”Tryllesalve”. FBO udtalte, at en påstand, der udtrykker noget om en vares kvalitet eller virkning som udgangspunkt skal være korrekt. Dog mente FBO ikke, at det ville være muligt at dokumentere rigtigheden af angivelsen ”tryllesalve” samt at en forbruger næppe ville tage angivelsen for pålydende. Købsbeslutningen ville dermed ikke blive påvirket af udsagnet. Sagen er et eksempel på udsagn, som ikke har sandhedsværdi, fordi ordet ”trylle” ikke kan måles.

I (indeværende) punkt 3 vil anprisningsbegrebet blive anvendt i overensstemmelse med forarbejderne til MFL. Ordet ”anprisning” har en anderledes betydning i dele af den specielle markedsføringsret, hvorfor terminologien vil blive genbesøgt, hvor det er relevant under punkt 4.

<sup>77</sup> Tidligere sondrede man mellem ”anprisninger” og ”overdrevne informationer”, hvilket i dag er forladt. Se Borcher og Bøggild (2013), s. 298, note 93.

<sup>78</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 13.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Mortensen og Steincke (2018), s. 343f.

<sup>81</sup> Møgelvang-Hansen, m.fl. (2017), s. 101ff. samt Mortensen og Steincke (2018), s. 343f.

<sup>82</sup> FBO sagsnr. 13/05699.

### 3.2. Grænseområdet mellem anprisninger og faktiske angivelser

MFL §§ 5-6 omfatter ikke anprisninger, idet disse ikke umiddelbart vil være genstand for vildledning.<sup>83</sup> Der kan dog være tilfælde, som ligger på grænsen mellem uforpligtende oplysninger og retligt forpligtende udsagn om faktiske forhold.

I U 2007.2851 H (Staldren-sagen) havde sagsøgte anvendt markedsføringsudsagnene ”100% bakteriedræbende” og ”effektivt bakteriedræbende” om hygiejneproduktet Staldrens evne til bekæmpelse af bakterievækst. Højesteret udtalte, at begge udsagn lå på grænsen mellem faktiske angivelser og anprisninger. Afgørende for retsstillingen var, om udsagnene havde en målbar sandhedsværdi, hvilket Højesteret bekræftede. Udsagnene kunne derfor omfattes af dokumentationskravet i MFL § 13. Højesteret fandt, at de tests der var fremlagt, ikke udgjorde tilstrækkelig dokumentation for oplysningernes rigtighed. Som det fremgår af afsnit 2.6., vil det være en formildende omstændighed, såfremt udsagnet ikke væsentligt afviger fra anprisninger. Ordlyden ”100% bakteriedræbende” efterlader ikke rum for usandhed. I Zendium-sagen var ordlyden ”hjælper mod”, hvilket har en anden grad af ydmyghed over sig, som ikke lover forbrugeren total effektivitet. Udsagnets ordlyd (navnlig hvad der loves, og hvor sikkert dette udfald fremstår) kan have betydning for, om domstolene vurderer, at der er tale om anprisningslignende udsagn.

Retspraksis viser desuden enkelte eksempler på, at anprisninger, som egentlig indeholder oplysninger med målbar sandhedsværdi, kan være indarbejdet i samfundet på en sådan måde, at de undtagelsesvist ikke længere undergives det sædvanlige dokumentationskrav.<sup>84</sup> Her kan nævnes Bilka-sagen,<sup>85</sup> som omhandlede flere af Bilkas prisudsagn, herunder ”Bilka er bare billigere”. I sagen blev samtlige udsagn godkendt som uforpligtende anprisninger på baggrund af 30 års brug, en forbrugeranalyse samt Bilkas tilsagn om generelt at overholde FBOs vejledning om prisreklame.<sup>86</sup> Selvom sagen omhandler prisudsagn og ikke wellnessudsagn, illustrerer dommen, at umiddelbart faktuelle oplysninger konkret kan kategoriseres som uvildledende under hensyn til forbrugernes faktiske opfattelse. Dette harmonerer med forbrugerbegrebet og MFL § 8, stk. 1, eftersom disse udsagn ikke længere er *egnet* til at vildlede forbrugeren.

### 3.3. Angivelser om faktiske forhold

Når erhvervsdrivende benytter faktiske oplysninger i deres markedsføring, vil angivelsen i princippet enten være sand eller falsk.<sup>87</sup> Karakteristisk for faktuelle oplysninger er, at de har sandhedsværdi, som fortæller, om oplysningen kan verificeres eller falsificeres.<sup>88</sup> Såfremt den erhvervsdrivendes ytringer objektivt kan efterprøves medfører MFL § 13, at sandhedsværdien skal kunne dokumenteres.

For at illustrere praktiske eksempler på vildledning indenfor den generelle markedsføringsret vil tre afgørelser fra FBO blive gennemgået.

I 2020 indskærpede FBO<sup>89</sup> overfor to erhvervsdrivende, at rigtigheden af udsagn om sundhedsegenskaber skal kunne dokumenteres. To yogavirksomheder havde på Facebook anvendt udsagnene ”hot yoga strengthen your immune system by over 60%, that is a fact” og ”Corona virus can not stand temperatures above 25 degrees with high humidity”. Disse udsagn var i strid med MFL § 5, stk. 1 sammenholdt med MFL § 8, eftersom de fremhævede sundhedsegenskaber ikke kunne dokumenteres, jf. MFL § 13, og derfor udgjorde urigtige oplysninger om produktet.

<sup>83</sup> Møgelvang-Hansen, m.fl. (2017), s. 101ff.

<sup>84</sup> Ibid., s. 102f.

<sup>85</sup> Også nævnt ovenfor under afsnit 2.1.6.

<sup>86</sup> Sø- og Handelsrettens afgørelse i sagen skete desuden med henvisning til EU-Domstolens afgørelser C-373/90 og C-210/06, som også er nævnt ovenfor.

<sup>87</sup> Madsen (2019), s. 60, note 53.

<sup>88</sup> Møgelvang-Hansen, m.fl. (2017), s. 103ff.

<sup>89</sup> FBO sagsnr. 20/03802.

I 2018 indskærpede FBO<sup>90</sup> overfor to solariekæder, at markedsføring af solarielys på deres hjemmesider var vildledende. Den ene virksomhed (sagsnr. 18/04686) havde på sin hjemmeside skrevet at ”solarielys er livsnødvendigt” og at det kan have ”gavnige effekter” ved fornuftig brug, samt at det ”nedsætter risikoen for visse typer af kræft”. Den anden virksomhed (sagsnr. 18/05377) havde lagt en tekst og en film på sin hjemmeside, hvor virksomheden fremhævede de sundhedsmæssige effekter ved solarielys. FBO vurderede på den baggrund, at virksomhederne havde handlet i strid med MFL § 5, stk. 1, og § 6, stk. 1, sammenholdt med § 8, stk. 1, idet virksomhederne havde markedsført solarielys som sundhedsgavnligt uden samtidig tydeligt at fremhæve de negative følger, der er forbundet med anvendelsen af solarier.

I 2008 kom FBO<sup>91</sup> til det modsatte resultat, idet markedsføringen af en rynkecreme ikke var vildledende for forbrugeren. Dette på trods af, at en test i en fjernsynsudsendelse var kommet til den konklusion, at cremerne ikke havde de påståede rynkereducerende virkninger. FBO indhentede en udtalelse fra Miljø- og Fødevarestyrelsen, som vurderede, at virksomhedens dokumentation for cremernes rynkereduktive virkning var baseret på testmetoder, der alle var acceptable ved vurdering af kosmetiske effekter i huden. Styrelsen vurderede endvidere, at der forelå tilstrækkelig dokumentation for, at cremerne havde en rynkereducerende effekt. Sagen er et illustrativt eksempel på, at verificeringen ikke kan foretages af andre end domstolene eller anden håndhævelsesmyndighed.

Samlet set illustrerer sagerne vigtigheden af, at erhvervsdrivende inden markedsføring gør sig overvejelser omkring udsagnets rigtighed, idet de ”skal kunne dokumentere” dette, jf. MFL § 13.

Objektivt sande oplysninger, dvs. fremhævelse af forhold eller krav til produktet, der er lovbehalet, må ikke selvstændigt benyttes som markedsføring. Det vil være vildledende, eftersom egenskaberne ikke på nogen måde er særlige for det pågældende produkt.<sup>92</sup>

I 2009 indskærpede FBO<sup>93</sup> overfor et investeringsfirma, at markedsføring af prospektmateriale som særligt myndighedsgodkendt var vildledende, idet godkendelse var et lovmæssigt krav. Modsat viser Garanti-sagen, hvordan en oplysning om myndighedsgodkendelse *kan* være relevant, hvis en sådan godkendelse ikke er udtryk for et generelt lovkrav til alle lignende produkter forudsat, at oplysningen følgelig er korrekt.

### 3.4. Opsummerende

I den generelle markedsføringsret udgør anprisninger overdrevne, subjektive og umålbare udsagn. Angivelser om faktiske forhold har sandhedsværdi og kan enten kategoriseres som sandt eller falsk, jf. MFL § 13. Er den faktiske angivelse falsk, kan det vildlede forbrugeren, medmindre udsagnet er indarbejdet efter mange års brug, jf. Bilka-dommen.

## 4. Speciel markedsføringsret: Speciallovgivningen

I dette afsnit vil udvalgt sektorspecifik markedsføringsret blive behandlet, idet vildledningsforbuddet er gentaget i en række speciallove om særlige erhverv eller produkter. Det er ikke en udtømmende gennemgang af speciallovgivningen på området, idet gennemgangens størrelse er afgrænset til alene at have fokus på wellnessudsagn, jf. afgrænsningen i afsnit 1.3.

I visse dele af den specielle markedsføringsret er adgangen til reklame yderligere begrænset end, hvad der følger af den generelle markedsføringsret. Dette gælder bl.a. de særlige regler for læ-

---

<sup>90</sup> FBO sagsnr. 18/04490.

<sup>91</sup> FBO sagsnr. 08/08992.

<sup>92</sup> Madsen (2019), s. 73.

<sup>93</sup> FBO sagsnr. 08/07028.

gemidler, sundhedsydelser og kosmetik. Reglerne i HPD og MFL udgør lex generalis og gælder imidlertid ved siden af sådanne særlige (lex specialis) regler, jf. HPD art. 3, stk. 4 og HPD præambel betragtning 10.<sup>94</sup> Et konkret tilfælde vil skulle afgøres efter princippet om den strengeste lovs fortrin, medmindre der er holdepunkter for det modsatte.<sup>95</sup> Generelt for de udvalgte dele af den specielle markedsføringsret gælder, at lovene ikke indeholder en ”god skik” klausul, hvorfor MFL anvendes som udfyldning på disse områder. Her fører FBO tilsyn med generalklausulernes overholdelse og indhenter i sagerne udtalelse fra de relevante styrelser.

Afsnit 4.1.-4.3. redegør og analyserer dele af den specielle markedsføringsret. Disse afsnit vil løbende sammenstille retsstillingen med, hvad der gælder efter den generelle markedsføringsret. Afsnit 4.4. analyserer, hvorvidt der er overlap mellem flere dele af den specielle markedsføringsret, samt hvorledes dette overlap kan afgrænses.

## 4.1. Markedsføring af lægemiddelprodukter

I dette afsnit behandles wellnessudsagn om lægemidler, dvs. udsagn om produktets egenskab til at forebygge eller behandle sygdom.

### 4.1.1. Sektorens formål og administration

Markedsføring af lægemidler er primært reguleret i Lægemiddellovens<sup>96</sup> (herefter LML) kapitel 7. Reglerne er yderligere uddybet i en bekendtgørelse<sup>97</sup> (herefter LMB), som endvidere er suppleret af en vejledning<sup>98</sup> (herefter LMV). Den EU-retlige regulering af lægemidler findes i Direktiv om humanmedicinske lægemidler (herefter LMD),<sup>99</sup> som er implementeret i LML. I det omfang der er konflikt mellem LMD og HPD, har LMD forrang for så vidt angår disse særlige aspekter af den urimelige handelspraksis, jf. de forenede sager C-544/13 og C-545/13,<sup>100</sup> præmis 80-81, med henvisning til sag C-374/05<sup>101</sup>, præmis 31. Hvis der ikke er konflikt mellem reglerne, er den pågældende handelspraksis omfattet af såvel LMD og HPD, såfremt aktiviteten falder inden for de respektive anvendelsesområder, jf. de forenede sager C-544/13 og C-545/13, præmis 82.

Lovens formål fremgår af LML § 1, nr. 1-3 og udgør

- 1) at sikre befolkningens sundhed gennem borgeradgang til sikre og virksomme lægemidler af høj kvalitet,
- 2) at sikre en objektiv og fyldestgørende lægemiddelinformation, og
- 3) at beskytte borgerne mod vildledende og anden ulovlig markedsføring.

Lægemiddelstyrelsen er tilsynsmyndighed og koncentrerer sig om overholdelse af reglerne for markedsføring, jf. LML § 44. Styrelsen tager sager op af egen drift, men modtager og handler også efter klager.

Styrelsens reaktionsmuligheder indebærer påbud om berigtigelse eller dokumentation for udsagnets rigtighed, jf. LML § 25, stk. 2, § 68, stk. 2 og 4, § 69, stk. 2, samt forbud mod forhandling af lægemidlet, jf. LML § 46 in fine. Overtrædelse af et påbud eller forbud fra Lægemiddelstyrelsen anses desuden for strafbart, jf. LML § 104, stk. 1, nr. 4, idet §§ 25, 46, 68 og 69 indgår i ordlyden.

<sup>94</sup> Mere om dette i Borch og Bøggild (2014), s. 221.

<sup>95</sup> Forbrugerkommissionens betænkning 1973 nr. 681, s. 18f.

<sup>96</sup> Lovbekendtgørelse nr. 99 af 2018-01-16 om lægemidler.

<sup>97</sup> Bekendtgørelse nr. 1153 af 22. oktober 2014 om reklame mv. for lægemidler.

<sup>98</sup> Vejledning nr. 10356 af 29. december 2014 om reklame mv. for lægemidler.

<sup>99</sup> Direktiv 2001/83/EF af 6. november 2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler med senere ændringer.

<sup>100</sup> (ECLI:EU:C:2015:481)

<sup>101</sup> (ECLI:EU:C:2007:654)

Styrelsens sager offentliggøres ikke umiddelbart, dog fremgår deres udtalelser i enkelte rets- og nævnssager, herunder i sager om fjernsynsreklame for lægemidler. RTN er tilsynsmyndighed for fjernsynsreklamer og indhenter i lægemiddelsager en udtalelse fra Lægemiddelstyrelsen.<sup>102</sup>

#### 4.1.2. Anvendelsesområde

Lægemidler er et af lovens hovedområder, jf. LML § 3. Begrebet *lægemiddel* defineres i LML § 2, nr. 1 og omfatter enhver vare, som

- a) præsenteres som et egnet middel til behandling eller forebyggelse af sygdomme hos mennesker (hvordan produktet betegnes), eller
- b) kan anvendes i eller gives til mennesker enten for at genoprette, ændre eller påvirke fysiologiske funktioner ved at udøve en farmakologisk, immunologisk eller metabolisk virkning eller for at stille en medicinsk diagnose (hvordan produktet virker).

Lægemiddelbegrebet indeholder, udover almindelige medicinske lægemidler, også naturlægemidler, vitamin- og mineralpræparater samt homøopatiske lægemidler.

Præsentation af et lægemiddel kan bl.a. ske gennem angivelser i markedsføringen, som giver forbrugere det indtryk, at den pågældende vare er egnet til behandling eller forebyggelse af sygdom.<sup>103</sup> Det er antaget i praksis, at en vare, der først er markedsført som et lægemiddel, ikke uden videre kan omklassificeres til andet, alene fordi markedsføringsmaterialet ændres.<sup>104</sup> Ønskes Lægemiddelstyrelsens stillingtagen til klassificering som lægemiddel, kan man forelægge sagen for Styrelsen. Såfremt Styrelsen vurderer, at produktet skal omfattes af LML § 2, vil produktet indgå i listen over varer, som er klassificeret som lægemidler.<sup>105</sup> Listen er en indirekte oversigt over Styrelsens afgørelser og indeholder oplysninger om, hvorvidt lægemidlet er klassificeret på baggrund af dets præsentation, jf. LML § 2, nr. 1, litra a, eller dets virkning, jf. LML § 2, nr. 1, litra b.

Ifølge LML § 4, stk. 1 finder loven ikke anvendelse på fødevarer, kosttilskud og kosmetik, idet praksis dog viser, at disse produktkategorier kan skabe tvivl. Bestemmelsen har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde ift. disse produkter, som kan være omfattet af lægemiddeldefinitionen i LML § 2, men som hver især er reguleret efter anden lovgivning. Afgrænsning mellem flere dele af den specielle markedsføringsret vil blive videre behandlet under afsnit 4.4.

#### 4.1.3. Markedsføring og vildledning

Der er forbud imod at reklamere for visse typer af lægemidler, jf. LMB § 3. For disse, er muligheden for at markedsføre sig fuldstændigt afskåret af hensyn til beskyttelse af forbrugeren.

Udover det generelle forbud, må lægemidler som udgangspunkt alene markedsføres, når der udstedt en markedsføringstilladelse af enten Lægemiddelstyrelsen i medfør af lov eller af Europa-Kommissionen i medfør af EU-retlige regler, jf. LML § 7, stk. 1.<sup>106</sup> Er markedsføringstilladelse opnået, skal reklamen være fyldestgørende, saglig, og må ikke vildlede eller overdrive lægemidlets

---

<sup>102</sup> I henhold til § 38, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 338 af 2011-04-16 om reklamer og sponsorering m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on-demand audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber, skal RTN i sager om overholdelse af lov om lægemidler indhente en udtalelse hos Lægemiddelstyrelsen, forinden afgørelse træffes.

<sup>103</sup> Lovforslag L 7 af 5. oktober 2005 til Lov om lægemidler, specielle bemærkninger til § 2.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Lægemiddelstyrelsens "Liste over varer, der er blevet klassificeret som lægemidler" <https://laegemiddelstyrelsen.dk/da/godkendelse/laegemidler-eller-ej/liste-over-produkter-vurderet-som-laegemidler/> besøgt d. 24. april 2021, kl. 15.24.

<sup>106</sup> Og desuden hele LML kap. 2.

egenskaber, jf. LML § 63. Ved *markedsføring* sondres mellem markedsføring overfor sundhedspersoner<sup>107</sup> og overfor offentligheden<sup>108</sup>. På baggrund af specialets problemformulering, vil reklame overfor sundhedspersoner ikke blive behandlet yderligere.<sup>109</sup> Ifølge LML § 66, stk. 1, må markedsføring overfor offentligheden ikke indeholde reklame for:

- 1) receptpligtige lægemidler,
- 2) lægemidler, der er uegnet til anvendelse uden forudgående lægehjælp, og
- 3) lægemidler, der er omfattet af lov<sup>110</sup> om euforiserende stoffer.

Tilbage står derfor muligheden for markedsføring af lovlig håndkøbsmedicin, der er egnet til anvendelse uden lægehjælp og som ikke udgør særlige forbudslægemidler, jf. LMB § 3 eller et euforiserende middel.

Kravet om *fyldestgørelse* i LML § 63 indebærer, at reklamen ikke må indeholde forkerte eller vildledende oplysninger. Kravet indebærer desuden en pligt til at tilføje relevant og nødvendig information med henblik på, at modtagerne af reklamen kan forstå og vurdere, hvornår, og i hvilke situationer, lægemidlet bør anvendes samt hvornår det ikke bør anvendes.<sup>111</sup>

*Saglighedskravet* indebærer, at lægemidler ikke må markedsføres lige så pågående og potentielt forbrugsskabende som almindelige forbrugsvarer.<sup>112</sup>

*Vildledningsforbuddet* indebærer, at angivelser i markedsføringen ikke må give forbrugeren en fejlagtig opfattelse af lægemidlets anvendelsesområde, virkning, bivirkninger, pris, indhold, mv. Forbuddet betyder endvidere, at wellnessudsagn ikke må stille lægemidlet i gunstigere lys end andre tilsvarende eller måske (objektivt set) mere velegnede lægemidler.

I lægemiddelsektoren udgør *forbrugeren* en særlig porøs gruppe af befolkningen, som – pga. deres behov for sygdomsforebyggelse eller behandling – ikke anses i stand til at træffe beslutning om køb efter samme rationale som den almindelige forbruger efter MFL § 8, stk. 1.<sup>113</sup> Lægemiddelforbrugeren jonglerer følelser, risici og forventninger på en anderledes måde end når den almindelige forbruger skal købe en ny læbestift. Handelspraksis på lægemiddelområdet kan derfor i højere grad sammenlignes med den i MFL § 8, stk. 2 omtalte gruppe af forbrugere, som på baggrund af godtroenhed kan være mere sårbar overfor en given reklame end gennemsnitsforbrugeren i almindelighed.<sup>114</sup>

Ifølge LMB § 5, stk. 1 skal reklamen indeholde særlige oplysninger (pligtoplysninger), herunder om virkning, bivirkninger, dosering, mv.,<sup>115</sup> for bl.a. at imødekomme vildledningsforbuddet efter LML § 63. Ifølge LMB § 10, stk. 1 er der også særlige regler for, hvad reklame overfor forbrugere ikke må indeholde, jf. mere herom nedenfor afsnit 4.1.5.

---

<sup>107</sup> Herved forstås læger, tandlæger, farmaceuter, sygeplejersker, jordmødre, mv., jf. modsætningsvist LML § 66, stk. 2 og LMB § 1, stk. 3.

<sup>108</sup> Herved forstås enhver, der ikke er en sundhedsperson i LMLs forstand, jf. LML § 66, stk. 2.

<sup>109</sup> Idet sundhedspersoner har en anden forståelse for det sundhedsfaglige område og derfor ikke kan anses ”forbrugere” i samme omfang som offentligheden.

<sup>110</sup> Bekendtgørelse nr. 950 af 2020-06-23 om euforiserende stoffer.

<sup>111</sup> Lovforslag L 7 af 5. oktober 2005 til Lov om lægemidler, specielle bemærkninger til § 63.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> L40-2016-17, specielle bemærkninger til § 8.

<sup>115</sup> Jf. dog de særlige krav i LMB § 6.



#### 4.1.4. Dokumentationskravet i lyset af den generelle markedsføringsret

I den generelle markedsføringsret skal faktiske oplysninger efterfølgende kunne dokumenteres, såfremt en håndhævelsesmyndighed anmoder herom, jf. afsnit 2.6. I lægemiddelsektoren skal den erhvervsdrivende i kraft af LMLs kapitel 2 først have godkendt sit produkt af Lægemedelstyrelsen, førend markedsføring lovligt kan ske. Ansøgningen skal indeholde dokumentation med hensyn til kvalitet, sikkerhed og effektivitet, jf. LML § 8, stk. 1 og 2 samt § 12. De faktuelle oplysninger, der anvendes i markedsføringen, skal desuden stemme overens med det produktresumé Lægemedelstyrelsen har godkendt for lægemidlet, jf. LML § 10.<sup>116</sup> Der er dog mulighed for (indenfor saglighedskravets rammer) at anvende andre formuleringer end i produktresuméet. Fx kan reklamen indeholde udsagn, der på bekræftende eller præciserende vis supplerer de oplysninger, der fremgår af resuméet.

Markedsføringstilladelse kan bl.a. afslås såfremt den terapeutiske virkning mangler eller er utilstrækkeligt godtgjort af ansøgeren, jf. LML § 12, stk. 1, nr. 2, som implementerer LMD art. 1, nr. 28, litra a og art. 26. Efter officialmaksimen er den myndighed, som skal træffe afgørelse i sagen forpligtet til at tilvejebringe tilstrækkelige og korrekte oplysninger, med henblik på at træffe en materielt rigtig afgørelse. Sager om markedsføringstilladelse rejses af ansøgeren, hvorfor der vil kunne stilles større krav til ansøgerens deltagelse i og ansvar for sagens oplysning, end hvis sagen blev rejst af Lægemedelstyrelsen. Ansøgeren har incitament til aktivt at deltage i sagens oplysning, ligesom Lægemedelstyrelsen har ret til at kræve ansøgerens aktive medvirken. Ansøgeren vil derfor som udgangspunkt være forpligtet til – på begæring – at fremkomme med de oplysninger, som er nødvendige for afgørelsen (og som Styrelsen ikke selv ligger inde med).<sup>117</sup> Denne regel forpligter således den erhvervsdrivende at fremskaffe tilstrækkelig dokumentation på en mere omfangsrig måde og langt tidligere i processen end, hvad der følger af den generelle markedsføringsret, jf. ovenfor afsnit 2.6.

Den dokumentation der anses *tilstrækkelig* i lægemiddelsektoren, er videnskabelige undersøgelser. Dette følger dels af formålet med loven (at sikre lægemidler af høj kvalitet, jf. LML § 1, nr. 1), dels af kravene til sikring af lægemidlers kvalitet efter LML kapitel 4, og dels af LMD, jf. præambel betragtning 7 og domstolenes fortolkning heraf.<sup>118</sup> Hvor domstolene i Zendum-sagen understregede, at der ikke kunne stilles krav om videnskabelige undersøgelser i den generelle markedsføringsret, gælder (af hensyn til sektorens formål) et strengere krav for lægemidler.

En afgørelse fra RTN viser desuden, at der stilles høje krav til det ordvalg, som indgår i markedsføringen overfor forbrugerne. I en sag fra 2011<sup>119</sup> (Treo-sagen) var der klaget over en TV-reklame som indeholdt følgende udsagn ”Vidste du, at Treo virker mod migræne?” og ”Treo opløser hovedpine og migræne – hurtigt”. Lægemedelstyrelsen vurderede i sagen, at det sidstnævnte well-nessudsagn var i strid med LML, eftersom forbrugerne kunne foranlediges til at tro, at Treo rent faktisk ”opløser” migræne. Reklamen overdrev således lægemidlets egenskaber i strid med LML § 63, idet denne egenskab ikke var videnskabeligt bevist.

Ligesom der efter den generelle markedsføringsret er adgang til at begrænse oplysningsgraden under hensyn til det anvendte medie, jf. MFL § 6, stk. 5, gælder på lægemiddelområdet også lempelser under hensyn til det anvendte medie, herunder til reklame i det fri, på film og i radio, jf. LMB § 6, samt reklame i fjernsynet, jf. LMB § 7, jf. LMB § 5, stk. 1 og § 8. For reklame på internettet gælder de samme regler som anden reklame for lægemidler rettet mod offentligheden, jf. LMB § 9, stk. 1 og stk. 2.

<sup>116</sup> Kravet fremgår desuden mere uddybet i LMD art. 87, stk. 2.

<sup>117</sup> Lovforslag L 7 af 5. oktober 2005 til Lov om lægemidler, specielle bemærkninger til § 12.

<sup>118</sup> Bl.a. i C-140/07, Hercht-Pharma GmbH (ECLI:EU:C:2009:5), betragtning 25 og 32.

<sup>119</sup> RTN sagsnr. 2010-023632.

#### 4.1.5. Rum for uforpligtende anprisninger?

Eftersom adgangen til markedsføring er snæver i lægemiddelsektoren, vil dette afsnit undersøge, hvorvidt der er rum for uforpligtende udsagn (anprisninger), kendetegnet ved overdrevne eller subjektive fremhævelser.

Såfremt markedsføringstilladelse er opnået, indeholder LMB § 10, jf. LML § 70 en række generelle forhold om håndkøbsmedicin og deres virkning, som markedsføringen ikke må indeholde.

Ifølge LMB § 10, stk. 1, nr. 11 er det forbudt at anvende markedsføring, der indeholder *overdrevne* udsagn om helbredelse. Bestemmelsens ordlyd ("overdrevne") ligner, hvad der efter den generelle markedsføringsret kunne føjes til kategorien af uforpligtende anprisninger. Ifølge bestemmelsens ordlyd, er alene overdrevne udtalelser om *helbredelse* forbudt, dvs. udsagn som positivt fremhæver produktets egenskaber til at forebygge, behandle eller kurere sygdomme.<sup>120</sup> Dette tyder umiddelbart på, at der modsætningsvist er adgang til at anvende overdrevne udsagn om undgåelse af sygdomsforværring, hvilket vil sige udsagn som fremhæver de negative følger, hvis ikke midlet indtages. Dog vil § 10, nr. 1-10 og 12 indskrænke adgangen til at udtale sig uforpligtende omkring undgåelse af sygdomsforværring, hvorfor adgangen alligevel er ikketilstedeværende.

Ifølge § 10, nr. 3, må wellnessudsagn ikke give forbrugeren det indtryk, at virkningen er sikker (garanteret) eller at virkningen er bedre end eller lige så god som virkningen af en anden behandling, herunder et andet lægemiddel. Dette punkt forhindrer overdrevne udsagn som "bedste", "eneste", mv.

I en RTN-sag fra 2012<sup>121</sup> (Imodium Plus-sagen) blev en reklame med udsagn om "Dobbeltvirkende Imodium Plus er det eneste produkt, der behandler både mod diarré og følgesymptomer som oppustethed og mavekneb" behandlet. Udsagnet fremhævede lægemidlets helbredende egenskaber. Desuden fremhævedes at lægemiddel var "det eneste produkt", hvilket potentielt kunne vildlede forbrugeren til at tro, at der ikke findes andre produkter, der opfylder disse egenskaber. Lægemiddelstyrelsen udtalte derfor i sagen, at det i reklamen anvendte udsagn, var i strid med LMB § 10.

På baggrund af lovens forbrugerbeskyttende formål og eftersom hverken loven, forarbejder eller praksis behandler anprisningsbegrebet mere tilbunds gående, synes der næppe at være rum for uforpligtende anprisninger i lægemiddelsektoren. Det er en lang og kompliceret proces, den erhvervsdrivende skal igennem for at kunne reklamere for sit produkt og en endnu længere proces, såfremt reklamen skal indeholde overdrevne angivelser. Først skal der være tale om håndkøbsmedicin. Dertil skal produktresuméet godkendes af Lægemiddelstyrelsen og en markedsføringstilladelse skal udstedes. Slutteligt skal den erhvervsdrivende undersøge om reklamen nævner pligtoplysningerne efter LMB § 5, stk. 1 og tjekke for de særlige krav i LMB § 10. Såfremt den erhvervsdrivendes wellnessudsagn fortsat kan anses overdrevent, forhindrer kravene om fyldestgørelse og saglighed, at udsagnet egner sig til at vildlede forbrugeren. Et eventuelt rum for anprisninger skal den erhvervsdrivende i givet fald lede længe (og kreativt) efter.

<sup>120</sup> Lovforslag L 7 af 5. oktober 2005 til Lov om lægemidler, specielle bemærkninger til § 2.

<sup>121</sup> RTN sagsnr. 2012-015524.

## 4.2. Markedsføring af sundhedsydelser

I dette afsnit behandles wellnessudsagn om sundhedsydelser, dvs. udsagn, der hævder at forebygge, lindre eller helbrede sygdom.

### 4.2.1. Introduktion til sektoren

Reglerne om markedsføring af sundhedsydelser fastlægges i MSL, som umiddelbart følger MFLs regler om vildledende markedsføring. Reglerne er uddybet i bekendtgørelse om sundhedsydelser<sup>122</sup> (herefter MSB) og i vejledning om markedsføring af sundhedsydelser<sup>123</sup> (herefter MSV). Idet offentliggjort praksis på området er meget sparsom, vil nedenstående analyse tage udgangspunkt i MSL, MSB og de bagvedliggende forarbejder.

MSL har til formål at styrke patienternes frie valg af sundhedsydelser samt at skabe øget konkurrence mellem udbydere i sundhedssektoren.<sup>124</sup> MSL har tidligere givet sundhedspersoner, klinikker, hospitaler, mv. mulighed for at markedsføre deres ydelser efter principperne i MFL, men der har med tiden været behov for at tilpasse reglerne, således at de i højere grad ligner reglerne om reklame for lægemidler.<sup>125</sup> Formålet bag større reklamebegrænsning er at styrke forbrugerbeskyttelsen gennem øget saglighed i markedsføringen. Dette medfører, at sundhedsydelser ikke kan markedsføres så pågående og forbrugsstimulerende som almindelige tjenesteydelser.<sup>126</sup>

Ifølge lovens ordlyd fører Sundhedsstyrelsen<sup>127</sup> tilsyn med overholdelse af MSL, jf. MSL § 4, stk. 1. På trods af ordlyden har Styrelsen for Patientsikkerhed siden 2015 varetaget tilsynsrollen, hvorfor bestemmelsen ikke er opdateret i forhold ift. til det faktiske tilsyn. Styrelsen for Patientsikkerhed kan enten på eget initiativ eller på baggrund af en klage optage sagen til behandling, jf. MSL § 4, stk. 3. Reaktionsmulighederne indebærer vejledende udtalelser, jf. MSL § 4, stk. 4 og påbud, jf. MSL § 4, stk. 5. Undladelse af at efterkomme et påbud kan straffes med bøde, jf. MSL § 5, stk. 1.

I markedsføringsretlige sager, kan Styrelsen for Patientsikkerhed forhøre sig med FBO, jf. MSL § 1, stk. 4 og 5 samt § 4, stk. 7 og 8. I en rapport om sundhedsområdet udstedt af FBO fra 2006<sup>128</sup> fremgår dog, at FBO har fundet det problematisk at tage stilling i sundhedssager, eftersom dette kræver en sundhedsfaglig indsigt, som FBO ikke besidder.<sup>129</sup>

### 4.2.2. Anvendelsesområde

MSL gælder for sundhedspersoners markedsføring som led i hhv. privat og offentlig virksomhed.<sup>130</sup> Ved *markedsføring* forstås alle foranstaltninger foretaget i erhvervsøjemed, hvor der udbydes sundhedsydelser, jf. MSB § 3. Markedsføringsbegrebet skal forstås bredt og omfatter skriftlig, mundtlig, billedlig eller på anden vis udbud af sundhedsydelser.<sup>131</sup> Markedsføringen kan lovligt ske gennem annoncer i aviser og blade, radio eller via internettet, hvorimod reklame for sundhedsydelser dog er forbudt i fjernsyn, på film, video eller lignende levende billeder på internettet,<sup>132</sup> bortset fra på sundhedsudbyderens egen hjemmeside.

<sup>122</sup> Bekendtgørelse nr. 828 af 2013-26-03 om markedsføring af sundhedsydelser.

<sup>123</sup> Vejledning nr. 9319 af 2013-26-03 om markedsføring af sundhedsydelser.

<sup>124</sup> L 106-2002-03, punkt 1 samt LFF 2012-11-28 nr. 93, punkt. 2.2.

<sup>125</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, punkt. 2.2.

<sup>126</sup> Jf. også Heide-Jørgensen (2017), s. 283.

<sup>127</sup> Idet dog Psykolognævnet dog fører tilsyn med psykologers markedsføring, jf. MSL § 4, stk. 8.

<sup>128</sup> Rapporten er ikke siden blevet fornyet, hvilket tyder på, at den fortsat illustrerer FBOs holdning til sundhedsområdet.

<sup>129</sup> FBOs "Rapport om sundhedsområdet" afsnit C.

<sup>130</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>131</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, punkt. 3.1.1.

<sup>132</sup> Jf. MSL § 2, stk. 5 og U 2009.2064 Ø.

*Sundhedsydelse* defineres i MSL § 1, stk. 2 og omfatter følgende:

”sundhedsfaglig virksomhed, som autoriserede<sup>133</sup> sundhedspersoner udfører i medfør af deres autorisation eller i øvrigt medfører, og som ikkeautoriserede<sup>134</sup> sundhedspersoner har adgang til at udføre.”

Sundhedsydelser omfatter individorienteret sundhedsfaglig behandling, herunder undersøgelse, diagnosticering, sygdomsbehandling, fødselshjælp, genoptræning, sundhedsfaglig pleje samt forebyggelse og sundhedsfremme, jf. MSB § 1, stk. 3, som stammer fra SL § 5. Det er et krav, at den sundhedsfaglige virksomhed tager sigte på at forbedre eller vedligeholde patientens sundhedstilstand, dvs. at den udbudte ydelse skal have karakter af en sundhedsydelse, jf. MSV, afsnit 2. MSL har således et bredt anvendelsesområde, herunder fx optikerens markedsføring af synsprøve, uanset om det sker i forbindelse med salg af synshjælpemidler eller ej. Omfattet er også en række ikke-autoriserede sundhedspersoner, herunder akupunktører, homøopater, kinesiologer, massører samt forskellige terapeuter, herunder zoneterapeuter, jf. MSV, afsnit 3.2.

Loven omfatter ikke ydelser, som kan udføres af ikkeautoriserede sundhedspersoner og som ikke har til hensigt at forbedre individets sundhedstilstand, herunder fx piercing eller tatovering, som alene har kosmetiske formål.<sup>135</sup> Dog finder loven anvendelse, hvis der er tale om operative indgreb, der medfører gennembrud af huden, idet disse indgreb af forbrugeren vil opfattes som ydelser, der er forbeholdt læger, jf. Autorisationslovens<sup>136</sup> (herefter AL) § 74, stk. 2. Tillige omfattes operative indgreb på trods af, at der alene er tale om kosmetiske indgreb, da disse af forbrugeren opfattes som forbeholdt læger. Det vil fx dreje sig om kosmetiske pandeløft samt øjen-, læbe-, øre- og næsekorrektioner, brystkorrektioner, fedtsugning, hudkorrektioner samt fjernelse af tatoveringer og vorter. Hårfjernelse kan være en sundhedsydelse i lovens forstand, hvis denne markedsføres som ”foretaget af en læge” eller lignende, idet reklamen herved indikerer, at der anvendes metoder, som er forbeholdt læger.

For så vidt angår lovens rækkevidde, betyder ordlyden ”sundhedsfaglig virksomhed, som autoriserede sundhedspersoner udfører” endvidere, at der ikke nødvendigvis skal handles i kraft af autorisationen, idet en læges massageydelser fx kan omfattes.<sup>137</sup> Lovens brede anvendelsesområde skyldes, at forbrugeren skal have tillid til, at alt, hvad autoriserede sundhedspersoner udfører på det sundhedsfaglige område, er omfattet af de skærpede markedsføringsregler.<sup>138</sup> Loven forudsætter ikke, at forbrugeren har kendskab til, hvad de enkelte autorisationer nærmere tager sigte på af sundhedsfaglig virksomhed.<sup>139</sup>

For så vidt angår vurdering af, hvornår ikkeautoriseredes virksomhed er omfattet af loven, vil det ifølge forarbejderne være afgørende, om virksomheden tager sigte på at forbedre patientens sundhedstilstand, dvs. de facto har karakter af en sundhedsydelse.<sup>140</sup> En behandlingsform kan derfor i én relation være omfattet af loven og i en anden falde udenfor. En clairvoyance vil fx ikke i sig selv kunne anses som en sundhedsydelse, medmindre behandlingsformen er markedsført som et middel til at forbedre forbrugers sundhedstilstand.

---

<sup>133</sup> *Autoriserede sundhedspersoner* er personer, som har erhvervet autorisation i henhold til særlig lovgivning, jf. SL § 6, stk. 1.

<sup>134</sup> Dvs. personer, som ikke har en autorisation, jf. modsætningsvist SL § 6, stk. 1.

<sup>135</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>136</sup> Lovbekendtgørelse 2019-07-08 nr. 731 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed.

<sup>137</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

### 4.2.3. Markedsføring og vildledning

MSL § 2, stk. 1 medfører, at reklame for sundhedsydelse skal være sagligt begrundede og at der ikke må anvendes urigtige, vildledende eller mangelfulde angivelser.

Den seneste ændring af MSL i 2013 medførte to centrale stramninger af adgangen til at reklamere:

*For det første* blev ordet ”urimeligt” slettet, således at der nu gælder et forbud mod at anvende mangelfulde (og ikke som før ”urimeligt mangelfulde”) angivelser ved markedsføring af sundhedsydelse. Dette medførte at oplysninger om sundhedsydelse, herunder fx deres fordele og risici, skal være korrekte uden margin for ikke dokumenteret fakta.

*For det andet* indførtes et krav om saglighed, hvilket medførte, at wellnessudsagn nu skal baseres på faglig og relevant fakta om sundhedsydelse. Saglighedskravet er med til at beskytte forbrugere og patienter, der fx på grund af deres sygdom kan foranlediges til at efterspørge sundhedsydelse, der går videre end hvad der er fagligt begrundet i det konkrete tilfælde.<sup>141</sup> Efter ændringen i 2013 ligner reglerne i MSL mindre, hvad der gælder efter den generelle markedsføringsret og mere, hvad der gælder på lægemiddelområdet.

### 4.2.4. Dokumentationskravet

Rigtigheden af faktiske oplysninger i markedsføringen af sundhedsydelse skal kunne dokumenteres, jf. MSL § 2, stk. 4. Ifølge forarbejderne svarer indholdet af bestemmelsen til, hvad der gælder efter MFL § 13.<sup>142</sup> På samme måde som efter den generelle markedsføringsret benyttes ordlyden ”skal kunne dokumentere”, hvilket indikerer, at dokumentation først skal foreligge, såfremt Styrelsen for Patientsikkerhed anmoder herom.

I forarbejderne angives, at bestemmelsen navnlig finder anvendelse, hvor markedsføringen indeholder før- og efterbilleder, fx ved kosmetiske operationer. I 2014 modtog FBO<sup>143</sup> en række klager over et privathospital, som markedsførte brystoperationer på busser med teksten ”nye bryster”, ledsaget af et billede af en kvindes bryster. I sagen indhentede FBO en udtalelse fra Sundhedsstyrelsen, som udtalte, at reklamen ikke var i strid med saglighedskravet, idet der var tale om et tværsnitbillede af et par bryster og da reklamen ikke indeholdte usaglige udsagn om sundhedsydelse. Da der ifølge Sundhedsstyrelsen ikke forelå overtrædelse af MSL, vurderede FBO, at der ej heller var handlet i strid med god markedsføringsskik, jf. også ovenfor afsnit 2.3.

Hverken lovens ordlyd eller forarbejder tager stilling til, om dokumentationen skal være *videnskabelig* for at anses tilstrækkelig. I en utrykt Vestre Landsretsdom fra 2010<sup>144</sup> (Akupunktur-sagen) påstod Sundhedsstyrelsen, at generelle udsagn i markedsføringen kræver videnskabelig dokumentation. Sagen omhandlede udsagn om akupunktur såsom ”unik til smertebehandling” og ”som hverken kunne hjælpes med (...) lægebehandling eller alternativ behandling”, der fandtes i strid med MSL § 2, stk. 1. Vedrørende kravet til dokumentation udtalte landsretten, at lov om markedsføring af sundhedsydelse ikke stiller krav om, at dokumentationen er videnskabelig. Dokumentation i form af resultater i dagligdagen, kan således være tilstrækkelige.

Selvom kravet til dokumentation ligner, hvad der følger af den generelle markedsføringsret, må markedsføring af sundhedsydelse ikke finde sted i fjernsyn, i film, på video, CD-rom, DVD, eller lignende, jf. MSL § 2, stk. 5, 1. pkt., modsat hvad der følger efter MFL § 6, stk. 5. Markedsføringen må ske ved anvendelse af tegninger og billeder, jf. MSB § 3, stk. 1, mens levende billeder alene må benyttes på sundhedsydelsesudbyderens egen hjemmeside, jf. MSL § 2, stk. 5, 2. pkt.

<sup>141</sup> Ibid., punkt. 3.1.2.

<sup>142</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 2, stk. 4.

<sup>143</sup> FBO sagsnr. 14/07236.

<sup>144</sup> Udskift af Domsbogen for Vestre Landsret, dom afsagt d. 10. december 2010.

#### 4.2.5. Uforpligtende anprisninger?

Ifølge forarbejderne kan det være i strid med saglighedskravet, såfremt markedsføringen indeholder *overdrevne* eller skræmmende udsagn om sygdomme eller helbredelse.<sup>145</sup> Det vil sige, at markedsføringen ikke

- a) på overdreven eller skræmmende måde må gøre brug af billeder af ændringer i den menneskelige krop, der skyldes sygdomme, eller behandlingens (sundhedsydelsens) indvirkning på den menneskelige krop,
- b) må give indtryk af, at behandlingen er sikker eller uden risici, uden at det er tilfældet, og
- c) må give det indtryk, at det almindelige velbefindende kan forringes, hvis ikke man bliver behandlet.<sup>146</sup>

Er der tale om wellnessudsagn, der afviger fra de punkt a)-c) nævnte scenarier, foreligger der ikke et ubetinget forbud. Ifølge forarbejderne er det bl.a. lovligt at anvende subjektive tilkendegivelser omkring den enkelte sundhedsperson, behandlingsstedet eller de enkelte ydelser i markedsføringen.<sup>147</sup>

Ifølge forarbejderne er det lovligt at anvende beskrivende og *anprisende* tekst, fx at man har gode erfaringer med behandling af en given sygdom.<sup>148</sup> Der uddybes ikke yderligere, hvad der menes med "anprisende", idet der dog anvendes ordene "subjektive tilkendegivelser". Wellnessudsagn skal dog under alle omstændigheder overholde vildledningsforbuddet, jf. MSL § 2, stk. 1, hvilket medfører, at isoleret set korrekte oplysninger kan være vildledende på grund af manglende relevans. Wellnessudsagn om konkrete resultater ved en behandling kan således være vildledende, idet samme resultat ikke kan garanteres ved efterfølgende lignende behandlinger.<sup>149</sup>

Selvom der efter 2013-ændringen er sket en skærpelse af reklameadgangen på området, synes der ikke at foreligge et komplet forbud mod anprisninger i markedsføringen.

### 4.3. Markedsføring af kosmetik

I dette afsnit behandles wellnessudsagn om kosmetik, dvs. udsagn som hævder at fremme individets velvære gennem produktets eller behandlingens indhold eller egenskaber.

#### 4.3.1. Introduktion til sektoren

Kosmetiske *produkter* er reguleret EU-retligt gennem Kosmetikforordningen<sup>150</sup> (herefter KFO), som i Danmark suppleres af Bekendtgørelse om kosmetiske produkter<sup>151</sup> (herefter BKP), udstedt med hjemmel i Kemikalieloven<sup>152</sup>. Regulering af kosmetiske *behandlinger* findes i AL, som er yderligere uddybet i Bekendtgørelse om kosmetisk behandling<sup>153</sup> (herefter BKB). Hverken AL eller BKB indeholder markedsføringsretlige bestemmelser og vil derfor ikke blive behandlet yderligere i dette afsnit, men vil blive inddraget under afsnit 4.4.

---

<sup>145</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 2, stk. 1.

<sup>146</sup> LFF 2012-11-28 nr. 93, specielle bemærkninger til § 2, stk. 1.

<sup>147</sup> L 106-2002-03, specielle bemærkninger til § 2, stk. 1.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid. til § 2, stk. 1 samt § 2, stk. 4.

<sup>150</sup> Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1223/2009 af 30. november 2009 om kosmetiske produkter.

<sup>151</sup> Bekendtgørelse 2013-06-21 nr. 803 om kosmetiske produkter.

<sup>152</sup> Lovbekendtgørelse 2017-01-26 nr. 115 om kemikalier.

<sup>153</sup> Bekendtgørelse 2014-06-27 nr. 8834 om kosmetisk behandling.

Sektorens formål er at sikre et højt beskyttelsesniveau af menneskers sundhed samt at skabe et indre marked, hvori kosmetiske produkter sikkert kan handles, jf. KFO art. 1 og præambel betragtning 3, 4 og 23. Dette søges bl.a. opnået gennem forenklede procedurer og ensrettet terminologi, for derigennem at lette den administrative byrde og fjerne tvetydige formuleringer.

Miljø- og Fødevarestyrelsen er tilsynsmyndighed med overholdelse af reglerne indenfor denne sektor, jf. KFO art. 25-27 og BKP §§ 4-5. Styrelsen kan udstede påbud om tilbagetrækning af produktet fra markedet, jf. KFO art. 26, stk. 1. I tilfælde af alvorlige risici for menneskers sundhed på det indre marked, skal Styrelsen underrette Kommissionen, jf. KFO art. 25, stk. 4. Styrelsen har i øvrigt kompetence til at forbyde det kosmetiske produkt samt at begrænse det omfang, hvori det gøres tilgængeligt på markedet, såfremt det anses nødvendigt, jf. KFO art. 25, stk. 5, litra a og b.

#### 4.3.2. Anvendelsesområde

Ved *kosmetiske produkter* forstås ethvert stof eller enhver blanding, der er bestemt til at komme i kontakt med dele af det menneskelige legemes overflade (hud, hår, negle, læber og ydre kønsorganer) eller med tænderne og mundens slimhinder. Formålet skal være at rense eller parfumere dem, at ændre deres udseende, at beskytte dem, holde dem i god stand eller korrigere kropslugt, jf. KFO art. 2, stk. 1, litra a samt præambel betragtning 7. KFO og BKP finder anvendelse for fysiske produkter og ikke tjenesteydelser såsom behandling, jf. mere herom nedenfor afsnit 4.4.

#### 4.3.3. Adgang til markedsføring af kosmetik

Før det kosmetiske produkt kan gøres tilgængeligt på markedet, skal det undersøges om produktet er tilstrækkeligt sikkert for den menneskelige sundhed, jf. KFO art. 3. For at opfylde sikkerhedskravet skal det kunne påvises, at det kosmetiske produkt har været underkastet en sikkerhedsvurdering, jf. KFO art. 10, stk. 1. På trods af ordlyden ”skal kunne påvises”, fremgår det af art. 10, at vurderingen skal foretages før, at produktet bringes i omsætning. I sikkerhedsvurderingen skal indgå:

- 1) den påtænkte anvendelse af produktet og den forventede systemiske eksponering,
- 2) beviser for den påståede virkning af det kosmetiske produkt, og
- 3) oplysninger om ethvert dyreforsøg, der er udført i forbindelse med udviklingen af produktet eller sikkerhedsvurderingen.

Den information, der danner grundlag for vurderingen, skal være videnskabelig. Ifølge KFO art. 12, stk. 1 er videnskabelig prøveudtagning og analyse, som er foretaget på en pålidelig og reproducerbar måde, tilstrækkelig dokumentation. Af KFO art. 10, stk. 1 fremgår desuden, at der i forbindelse med sikkerhedsvurderingen skal udarbejdes en rapport om kosmetikproduktet i overensstemmelse med KFO, bilag I. Sikkerhedsrapporten skal indeholde information om og en vurdering af produktets sikkerhed.

Sikkerhedsrapporten indgår i et produkt dossier, som skal oprettes inden produktet bringes på markedet, jf. KFO art. 11, stk. 1. Dossieret skal løbende ajourføres og indeholde de i art. 11, stk. 2, litra a-b nævnte oplysninger. Kosmetiske produkter kræver ikke på samme måde som lægemidler en markedsføringstilladelse. Dog skal kosmetik elektronisk registreres hos Europa Kommissionen, jf. KFO art. 13. Denne registrering er omfangsrig og skal indeholde mange oplysninger om produktet. Kosmetik skal herudover overholde de specifikke mærkningskrav efter KFO art. 19. Først når det kosmetiske produkt er analyseret, registreret og markeret tilstrækkeligt, kan markedsføringen begynde.

#### 4.3.4. Vildledende markedsføring

KFO art. 20, stk. 1 hjemler et forbud mod anvendelse af markedsføringsudsagn overfor forbrugere,<sup>154</sup> der tillægger produktet egenskaber eller funktioner, som det ikke besidder. Forbrugeren må ej heller vildledes af angivelser om produktets oprindelse, herunder om der er gjort brug af dyreforsøg, jf. KFO præambel 52.

Ifølge KFO art. 20, stk. 1 gælder vildledningsforbuddet produkthanpriser på etiketter ”når kosmetiske produkter gøres tilgængelige på markedet”. Heraf kan uledes, at vildledningsforbuddet alene gælder for de frivillige markedsføringsudsagn, der anvendes i markedsføringen, og ikke obligatorisk information, herunder fx mærkningskravet i art. 19.

Forordningen har bl.a. til formål at skabe klarhed om de tekniske termer, der anvendes for kosmetiske produkter såsom ”ikke testet på dyr” og ”ikke sundhedsskadeligt”, jf. KFO præambel betragtning 52. I tråd med forordningens formål og art. 20 har Europa Kommissionen<sup>155</sup> derfor til opgave, at udvikle en liste over fælles kriterier for markedsføringsudsagn, som anvendes for kosmetiske produkter, jf. KFO art. 20, stk. 2. Kommissionen har i 2013 udstedt en særlig forordning<sup>156</sup> (herefter AFO) med seks kriterier for markedsføringsudsagn om kosmetik. Kriterierne som markedsføringen skal overholde omhandler 1) lovkrav, 2) rigtighed, 3) dokumentation, 4) ærlighed, 5) rimelighed og 6) ordlyd.

Kriterie 1) om lovlighed indeholder et forbud mod at fremhæve specifikke fordele forbundet med produktet, hvor denne fordel alene er i overensstemmelse med lovgivningens mindstekrav. Som omtalt ovenfor under afsnit 3.3. kan objektivt sande oplysninger, der anvendes i markedsføringen, være vildledende, idet lovbestemte oplysninger kan foranledige forbrugeren til at tro, at alene det markedsførte produkt har de pågældende egenskaber. Forbudte stoffer fremgår af KFO kapitel 4, og forbudte dyreforsøg fremgår af KFO kapitel 5.

I 2016 udstedte Kommissionen tillige en vejledning<sup>157</sup> der beskriver lovligheden af markedsføringsudsagnene ”fri for”, ”ikke sundhedsskadeligt”, ”ikke testet på dyr”, ”uden kemikalier”, ”parfume-fri”, mv. I forlængelse af Kommissionens vejledning har Miljø- og Fødevarestyrelsen også offentliggjort deres vejledning<sup>158</sup> i forhold til konkrete anpriser. Såvel Kommissionens som Styrelsens vejledning tager udgangspunkt i AFOs kriterier til reklamen og kan give en pejlesnor for både erhvervsdrivende og forbrugere om, hvad de kategoriserede udsagn omfatter.

KFO art. 20 omfatter alene udsagn om produktets indhold eller egenskaber. Markedsføringsudsagn uden relation hertil, herunder fx prisen eller emballagen, vil således ikke være omfattet. Disse udsagn kan i stedet anses omfattet af den generelle markedsføringsret, dog alene såfremt udsagnene udgør ”markedsføring” i MFLs forstand.

#### 4.3.5. Dokumentationskravet

I dette afsnit undersøges, hvad der udgør tilstrækkelig dokumentation af wellnessudsagn i kosmetiksektoren, herunder hvornår den skal foreligge.

Ifølge kriterie 2) skal oplysningerne i markedsføringsudsagnet være rigtige. Markedsførte produkter, der hævder at indeholde en bestemt bestanddel, skal kunne bevise dennes tilstedeværelse, jf.

---

<sup>154</sup> Art. 20 hører ind under KFOs kapitel VI om ”forbrugeroplysninger”, jf. også KFO præambel betragtning 51.

<sup>155</sup> I ledtog med medlemsstaterne.

<sup>156</sup> Kommissionens forordning (EU) nr. 655/2013 af 10. juli 2013 om fastsættelse af fælles kriterier for underbygning af anpriser i forbindelse med kosmetiske produkter.

<sup>157</sup> Kommissionens Vejledning om produkthanpriser på grundlag af fælles kriterier vedrørende kosmetiske produkter af 19. september 2016.

<sup>158</sup> Miljø- og Fødevarestyrelsens Faktaark: Vildledning markedsføring af kosmetik, besøgt d. 28. april 2021, kl. 17.21 <https://mst.dk/kemi/kemikalier/regulering-og-regler/faktaark-om-kemikalierreglerne/vildledende-markedsfoering-af-kosmetik/>



AFOs bilag I, kriterie 2, nr. 1. Markedsføringsudsagn, der refererer til en bestemt bestanddels egenskaber, skal kunne bevise disse egenskaber, jf. AFO bilag I, kriterie 2, nr. 2. Den dokumentation der lægges til grund for produktets indhold eller egenskaber, skal kunne verificeres, jf. AFOs bilag I, kriterie 2, nr. 3.

Ifølge kriterie 3) skal oplysningerne i markedsføringen kunne dokumenteres. En vurdering af, hvorvidt markedsføringsudsagnet er *tilstrækkeligt* dokumenteret, skal baseres på vægtning af alle tilgængelige undersøgelser, data og oplysninger, typen af markedsføringsudsagn samt respektere etiske hensyn, jf. AFOs bilag I, kriterie 3, nr. 3 og 7. Det er *videnskabelige* undersøgelser, der skal dokumentere udsagnet, jf. AFO art. 2, som henviser til KFO art. 11, idet produkt dossieret skal indeholde en videnskabelig sikkerhedsrapport om produktets sammensætning og egenskaber, jf. KFO art. 10, stk. 1. Eftersom produkt dossieret skal udfærdiges *inden* produktet kan registreres, vil dokumentation for de fremhævede produkt egenskaber naturligt foreligge inden produktet markedsføres.

Dokumentationskravet for kosmetiske produkter ligner, hvad der gælder efter den generelle markedsføringsret, eftersom der også i denne sektor tages hensyn til typen af markedsføringsudsagn og da etiske hensyn skal respekteres.

Kravet adskiller sig fra den generelle markedsføringsret ved, at stille krav om videnskabelige beviser og fordi beviset skal udfærdiges inden markedsføringen sker. Desuden fordi det ikke er muligt at begrænse oplysningsgraden under henvisning til det anvendte medie som efter MFL § 6, stk. 5, idet AFO finder anvendelse på ”enhver anprisning, uanset hvilket medium eller markedsføringsværktøj der benyttes”, jf. AFO art. 1. Det strengere dokumentationskrav stemmer overens med forordningens formål om sikre kosmetiske produkter på det indre marked.

I Zendium-sagen gjorde modparten, Colgate (herefter C), gældende, at forholdet også var omfattet af KFO, eftersom Zs udsagn fremhævede produktets egenskaber til at hjælpe mod syreskader. Z gjorde i sagen gældende, at C ikke var påtaleberettiget iht. BKP §§ 4 og 5, eftersom den påtaleberettigede myndighed er Miljø- og Fødevarestyrelsen. Z gjorde endvidere gældende, at det ikke ville have betydning for dokumentationskravet og vildledningsvurderingen, at BKP i givet fald fandt anvendelse. Højesteret konkluderer, at kosmetiske produkter ikke er undergivet privat påtale, hvorfor dette anliggende ikke fik betydning for dokumentationskravet i den konkrete sag.

#### 4.3.6. Uforpligtende anprisninger?

Såvel KFO som AFO anvender ordet ”anprisning” uden at definere, hvad der specifikt skal forstås ved dette begreb. Der skelnes ikke skarpt mellem angivelser om faktiske forhold og uforpligtende anprisninger, men henvises i AFO art. 1 til

”anprisninger i form af tekster, betegnelser, mærker, afbildninger eller andre figurer eller symboler, der udtrykkeligt eller indirekte formidler egenskaber eller funktioner ved produktet, (...) i forbindelse med reklame”

Ifølge AFOs kriterie 3) om dokumentation, vil klart overdrevne eller abstrakte udtalelser ikke umiddelbart kræve dokumentation, jf. AFO bilag 1, jf. AFO art. 2, punkt 3, nr. 5. På trods af, at begrebet ”anprisninger” ikke anvendes i overensstemmelse med den begrebsforståelse, der følger af den generelle markedsføringsret, illustrerer AFO, at der eksisterer et lignende rum for uforpligtende anprisninger i denne sektor som efter den generelle markedsføringsret.

#### 4.4. Grænseområder og sammenligning indenfor den specielle markedsføringsret

I dette afsnit sammenlignes formålene bag og anvendelsesområderne for hhv. lægemidler, sundhedsydelser og kosmetik, idet der på disse områder gælder forskellige grader af reklamebegrænsende lovgivning. Korrekt klassificering har dermed stor betydning for den erhvervsdrivendes adgang til at reklamere.

##### 4.4.1. Lægemiddel og sundhedsydelse: middel eller behandling?

Generelt værner såvel LML og MSL om forbrugerbeskyttelse. Begge sektorer regulerer formidling af kompliceret medicinsk eller lægefaglig information til en gruppe af forbrugere, som anses særligt sårbare. LML har til formål at sikre objektiv og fyldestgørende lægemiddelinformation, ligesom MSL indeholder et formål om at styrke patienternes frie valg. Disse hensyn har til fælles, at de værner om forbrugerens selvstændighed ved at give lettere adgang til information. Dette er med til at sikre en informeret købsbeslutning. Såvel LML og MSL har desuden til formål at beskytte forbrugeren mod vildledning. Dette medfører et forbud mod mangelfulde og usaglige angivelser i markedsføringen.

Udover et hensyn til den enkelte forbruger, indeholder LML også mere almene samfundshensyn, idet loven søger at sikre befolkningssundheden generelt. Dette hensyn fremgår ikke af MSL, som alene omhandler markedsføring af sundhedsydelser og ikke en generel regulering af sundhedsområdet.<sup>159</sup> MSL indeholder desuden et hensyn til markeds konkurrencen, som ikke spejles i LML.

For så vidt angår rækkevidden af lovenes anvendelsesområder, omhandler LML *lægemidler* mens MSL alene regulerer *sundhedsydelser*.

Et lægemiddel er enhver vare, jf. LML § 2, stk. 1, nr. 1. Ifølge forarbejderne udgør en ”vare” både ting som er genstand for erhvervsmæssig omsætning samt præparater som udleveres uden økonomisk gevinst for øje.<sup>160</sup> Det fremgår intetsteds i lovgivningen eller forarbejderne, at der i lægemiddelbegrebet kan indgå tjenesteydelser. En sundhedsydelse er sundhedsfaglig virksomhed, jf. MSL § 1, stk. 2. Ifølge forarbejderne er der alene tale om ”ydelser” og ikke håndgribelige varer.<sup>161</sup>

Eftersom lovene værner om forskellige produktkategorier, vil der ikke umiddelbart opstå et overlap mellem deres anvendelsesområder. Klassificeres produktet som en håndgribelig vare med markedsførte sundhedsfordele, hører den under LML. Er der i stedet tale om en sundhedsfaglig behandling eller en anden uhåndgribelig sundhedsfaglig ydelse, vil denne henføres under MSL. Det er dog ikke altid lige simpelt at adskille ydelse og vare. Alternative behandlere (dvs. uautoriserede sundhedspersoner) kan sælge en behandling, hvori de benytter lægemidler som led i deres behandling, herunder fx olier, som præsenteres som egnet til at behandle muskelømhed, jf. LML § 2, stk. 1, nr. 1, litra a. Spørgsmålet er her, om anvendelsen af lægemidlet i behandlingen medfører, at ydelsen også omfattes af LML. Da det er selve behandlingen, der er markedsføringens hovedgenstand, kan behandlingen umiddelbart ikke kategoriseres som en vare og vil alene omfattes af MSL. Hvis den alternative behandler tillige sælger de anvendte lægemidler separat, vil disse – adskilt fra behandlingen – kunne omfattes af LML.

##### 4.4.2. Lægemiddel og kosmetik: aktivt serum eller rynkecreme?

Ifølge LML er det førstnævnte formål at sikre befolkningens sundhed, jf. LML § 1, nr. 1, ligesom det førstnævnte i KFO er at sikre beskyttelse af menneskesundheden, jf. KFO art. 1. Begge sektorer inddrager derfor hensynet til almenvellets sundhed. Begge sektorer har desuden til formål at sikre ensartet og objektiv information om de sektorspecifikke produkter, jf. LML § 1, nr. 2 og KFO præambel betragtning 3.

<sup>159</sup> Et generelt hensyn til befolkningssundheden findes i stedet i SL, jf. SL § 1.

<sup>160</sup> L 106-2002-03, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>161</sup> Ibid.

Hensynet til sikring mod vildledning fremgår direkte af LML § 1, nr. 3. KFOs formålsbestemmelse nævner derimod ikke hensynet til beskyttelse mod vildledning, hvilket adskiller lovens formål fra LML. KFO har til formål at skabe et sikkert indre marked, jf. KFO art. 1, mens LML ikke har et lignende markedshensyn.

Produkter, som er registreret som kosmetik, markedsføres fra tid til anden med wellnessudsagn.<sup>162</sup> Når kosmetiske produkter fremhæver sundhedsmæssige egenskaber, kan de omfattes af LML, jf. LML § 2, nr. 1, litra a. I Kosmetikvejledningen fremgår, at wellnessudsagn som anvendes for kosmetiske produkter, er den slags udsagn, som på mest risikabel vis kan vildlede forbrugerne, idet:

”En overbevisning om, at et kosmetisk produkt har terapeutisk virkning og medicinske egenskaber, kunne forlede forbrugere til at udskyde lægebesøg og følge deres egen behandling.”<sup>163</sup>

Ifølge vejledningen fandtes eksempler på udsagn, der vildledte forbrugeren mht. terapeutisk virkning på hud, blodcirkulation, dybereliggende væv, muskler, led, blodårer, fedtvæv, antiinflammatorisk funktion og helende egenskaber på trods af, at den ansvarlige person ikke kunne dokumentere dette.<sup>164</sup>

For så vidt angår det lægemiddelretlige perspektiv vurderer Lægemiddelstyrelsen, hvorvidt et produkt er et lægemiddel eller ej, samt om produktet skal omfattes af den strengere regulering i LML.<sup>165</sup> Såfremt et produkt anses omfattet af *både* LML, jf. LML § 3 og et andet lovgivningsområde (fx KFO), kan Lægemiddelstyrelsen bestemme, at produktet udelukkende reguleres efter de strengere regler i LML, jf. LML § 4 stk. 2. Denne ”trumfregel” kan synes en smule vidtgående, men er ifølge forarbejderne indsat for at sikre borgerne den bedst mulige beskyttelse.<sup>166</sup> I betænkning til lovforslaget<sup>167</sup> udtrykkes skepsis om trumfreglen bl.a. for så vidt angår Sundhedsministerens adgang til at begrænse forbrugerens købsmuligheder igennem kategorisering af fx kosttilskud som lægemidler. I ministersvaret fremgår, at trumfreglen har støtte i eksisterende praksis fra EU-Domstolen, idet denne udtrykker, at de særlige regler for lægemidler har forrang frem for anden tilgrænsende lovgivning. På Lægemiddelstyrelsens liste over lægemidler<sup>168</sup> fremgår en del kosmetiske produkter, der er blevet omkategoriseret fra kosmetik til lægemidler på baggrund af præsentation som et middel til behandling eller forebyggelse af sygdom, jf. LML § 2, nr. 1, litra a.

#### 4.4.3. Sundhedsydelse og kosmetik: sundhedsfremmende brystforstørrelse?

Både sundheds- og kosmetiksektoren har til formål at styrke gennemsigtigheden af de sundhedsfaglige produkter, idet MSL har til formål at sikre tilstrækkelig oplysning af patienter<sup>169</sup> og da AL har til formål at styrke patientsikkerheden, jf. AL § 1, stk. 1.

MSL har desuden til formål at øge markedskonkurrencen, mens markedsretlige aspekter ikke fremgår af AL.

<sup>162</sup> Kommissionens Vejledning om produktanprisninger på grundlag af fælles kriterier vedrørende kosmetiske produkter af 19. september 2016, punkt 3.3.2.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> Lægemiddelstyrelsens vejledende skrivelse ”Lægemidler eller ej” besøgt d. 15. april 2021 kl. 20.03 <https://laegemiddelstyrelsen.dk/da/godkendelse/laegemidler-eller-ej/>

<sup>166</sup> Lovforslag L 7 af 5. oktober 2005 til Lov om lægemidler, afsnit 5.2.1.

<sup>167</sup> LFB 2005-11-23 nr 7 over Forslag til lov om lægemidler, vedr. spørgsmål 7.

<sup>168</sup> Lægemiddelstyrelsens skrivelse ”Lægemidler eller ej” besøgt d. 15. april 2021 kl. 20.03 <https://laegemiddelstyrelsen.dk/da/godkendelse/laegemidler-eller-ej/>

<sup>169</sup> L 106-2002-03, specielle bemærkninger til § 1.

MSL omfatter alene sundheds*ydelse*r, hvorfor kosmetiske *produkter* naturligt ikke kan omfattes af MSLs anvendelsesområde. KFO, AFO og BKP omhandler alle kosmetiske produkter, hvorfor disse ikke er grundlag for sammenligning.

Kosmetiske *ydelser*, der er omfattet af BKB, anses derimod for sundhedsfaglig virksomhed, jf. MSB § 1, stk. 4. Kosmetiske ydelser udgør 1) korrektiv virksomhed, hvor det kosmetiske hensyn danner den afgørende indikation eller 2) kosmetisk behandling, der har til hovedformål at forandre eller forbedre udseendet, jf. BKB § 1. Kosmetiske ydelser, der ikke er omfattet af BKB og som ikke er lægeforbeholdt virksomhed, vil ifølge forarbejderne til MSL ikke være at betragte som sundhedsfaglig virksomhed.<sup>170</sup> Som eksempel kan nævnes piercing, tatovering, branding<sup>171</sup> og scarification<sup>172</sup>, jf. forarbejderne<sup>173</sup> samt MSV punkt 2.

Imellem SL, MSL, AL og BKB har lovgivning og forarbejder taget så nøje stilling til områdernes overlap, at afgrænsningen ikke anses at give anledning til tvivl.

## 5. Konklusion

Når erhvervsdrivende benytter markedsføringsudsagn til at fremhæve produktets egenskaber er hovedspørgsmålet, hvorvidt udsagnet er egnet til at vildlede forbrugeren. Vildledningsvurderingen afhænger af, om forholdet kan subsummeres under den generelle eller specielle markedsføringsret, herunder hvilken speciallov der i givet fald finder anvendelse. MFL er hovedloven og udgør *lex generalis* på området, jf. HPD art. 3, stk. 2 og præambel betragtning 10, ligesom lægemiddel-, sundhedsydelses- og kosmetiksektorerne udgør *lex specialis*.

Specialet har analyseret adgangen til brug af overdrevne og subjektive anprisninger. Ifølge den generelle markedsføringsret er anprisninger uden målbar sandhedsværdi og dermed ikke egnet til at vildlede forbrugeren. I den specielle markedsføringsret varierer marginen for vildledende anprisninger, idet ikke alle udvalgte sektorer tillader dem. Ovenstående analyse illustrerer en glidende skala, med lægemiddelområdet, som næppe tillader uforpligtende anprisninger, sundhedsområdet, som ikke har et komplet forbud mod anprisninger og kosmetiksektoren, der på lige fod med MFL tillader et rum for uforpligtende anprisninger.

Er der ikke tale om anprisninger, men faktiske angivelser om produktets egenskaber, kan behørig dokumentation medføre en afvæbning af vildledningsmomentet, idet udsagnet ikke længere anses egnet til at vildlede forbrugeren. Efter den generelle markedsføringsret stilles ikke krav om videnskabeligt bevis, idet sandsynliggørelse dog heller ikke er nok. Dokumentationskravet skal ske efter påkrav og ikke som forudsætning for markedsføring. Kategoriseres produktet som en sundhedsydelse, skal dokumentation ligeledes først ske efter påkrav og den erhvervsdrivende skal derfor ikke ligge inde med behørig dokumentation. Er der tale om et lægemiddel eller et kosmetisk produkt, er dokumentation en forudsætning, eftersom der er krav om videnskabeligt bevis forud for produktets registrering og markedsføring. Indenfor sidstnævnte sektorer, er dokumentationskravet derfor mere vidtgående end, hvad der gælder efter den generelle markedsføringsret.

I den specielle markedsføringsret er der væsentlig forskel på mængden af forberedelse til lovlig markedsføring. Kosmetiske produkter kræver størst indsats, lægemiddelprodukter mindre og sundhedsydelser mindst. Forberedelsesniveauet er vurderet ud fra områdernes krav til forudgående analytiske undersøgelser og rapporter, registrering af virksomhed, registrering af produkt, mærkningskrav

---

<sup>170</sup> L 106-2002-03, specielle bemærkninger til § 1.

<sup>171</sup> Dvs. mønster brændt på huden med et stempel.

<sup>172</sup> Dvs. mønster ridset på huden med skalpel.

<sup>173</sup> L 106-2002-03, specielle bemærkninger til § 1.

samt styrelsesgodkendt markedsføringstilladelse. Desuden differentierer adgangen til at tage det anvendte medie i betragtning. Mens dette ikke tillades for sundhedsydelse og kosmetik, kan man ved markedsføring af lægemidler tage dette i betragtning.

Hensynet til patienten fremgår direkte af formålene bag LML og MSL, hvorfor der er formodning for, at wellnessudsagn for produkter eller behandlingsydelser kan omfattes af de særlige regler for hhv. lægemidler eller sundhedsydelser.

## Forkortelsesliste

AFO	Anprisningsforordningen
AL	Autorisationsloven
BKB	Bekendtgørelse om kosmetisk behandling
BKP	Bekendtgørelsen om kosmetiske produkter
FBO	Forbrugerombudsmanden
HPD	Handelspraksisdirektivet
KFO	Kosmetikforordningen
LMB	Lægemiddelbekendtgørelsen
LMD	Direktiv om humanmedicinske lægemidler
LML	Lægemiddeloven
LMV	Lægemiddelvejledningen
MFL	Markedsføringsloven
MSB	Bekendtgørelse om markedsføring af sundhedsydelser
MSL	Lov om markedsføring af sundhedsydelser
MSV	Vejledning om markedsføring af sundhedsydelser
RTN	Radio- og TV-nævnet
SL	Sundhedsloven

## Litteraturliste

### Traktater, Forordninger og Love

(TEUF) Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde.

- (AFO) Kommissionens forordning (EU) nr. 655/2013 af 10. juli 2013 om fastsættelse af fælles kriterier for underbygning af anprisninger i forbindelse med kosmetiske produkter.
- (KFO) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1223/2009 af 30. november 2009 om kosmetiske produkter.
- (AL) Lovbekendtgørelse 2019-07-08 nr. 731 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed.
- (EHL) Lov 2002-04-22 nr. 227 om tjenester i informationssamfundet herunder visse aspekter af elektronisk handel.
- (KKL) Lovbekendtgørelse nr. 115 af 2017-01-26 om kemikalier.
- (LML) Lovbekendtgørelse nr. 99 af 2018-01-16 om lægemidler.
- (MFL) Lov nr. 426 af 2017-05-03 om markedsføring.
- (MSL) Lov nr. 326 af 2003-05-06 om markedsføring af sundhedsydelser.
- (SL) Lovbekendtgørelse nr. 903 af 2019-08-26 om sundhed.

## Direktiver, Bekendtgørelser

- (HPD) Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked.
- (LMD) Direktiv 2001/83/EF af 6. november 2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler med senere ændringer.
  
- (BES) Bekendtgørelse nr. 950 2020-06-23 om euforiserende stoffer.
- (BKB) Bekendtgørelse nr. 834 2014-06-27 om kosmetisk behandling.
- (BKP) Bekendtgørelse nr. 803 2013-06-21 om kosmetiske produkter.
- (LMB) Bekendtgørelse nr. 1153 af 22-10-2014 om reklame mv. for lægemidler.
- (MSB) Bekendtgørelse nr. 828 af 2013-26-03 om markedsføring af sundhedsydelser.
- (RTB) Bekendtgørelse nr. 338 af 11-04-2016 om reklamer og sponsorering m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on-demand audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber.

## Forarbejder

- Forbrugerkommissionens betænkning nr. 681 af 1973 til lov om markedsføring.
- L211 af 2. marts 1994, FT 1993-1994, Tillæg A til forslag til lov om markedsføring.
- L106 2002-03, Forslag til lov om markedsføring af sundhedsydelser af 5-12-2002.
- L7 2005/1, Forslag til lov om lægemidler af 5-10-2005.
- LFB til L7 2005/1, Betænkning over Forslag til lov om lægemidler af 23-11-2005.
- Commission Staff Working Document, Guidance On The Implementation/Application Of Directive 2005/29/EF On Unfair Commercial Practices (SWD (2016) 163), Brussels, 25-5-2016.
- L13 2005-06, Forslag til lov om markedsføring af 6-10-2005.
- LFF nr. 93, Forslag til lov om ændring af lov om markedsføring af sundhedsydelser af 28-11-2012.
- L40 2016-17, Forslag til lov om markedsføring af 12-10-2016.

## Europæiske Domme

- C-373/90 "Tribunal" (ECLI:EU:C:1992:17).
- C-210/96 "Gut Springenheide" (EU:C:1998:369).
- C-356/04 "Lidl Belgium" (ECLI:EU:C:2006:585)
- C-374/05 "Gintec International" (ECLI:EU:C:2007:654).
- C-140/07 "Hercht-Pharma GmbH" (ECLI:EU:C:2009:5).
- C-281/12 "Trento Sviluppo" (ECLI:EU:C:2013:859).
- C-544/13 og C-545/13 "Abcur AB" (ECLI:EU:C:2015:481).

## Danske Domme

- (Skrædder-sagen) U 1975.927 SH
- (Bilka-sagen) U 1999.449 SH
- (Staldren-sagen) U 2007.2851 H
- (Garanti-sagen) U 2008.2289 V
- (E-Doktor-sagen) U 2009.2064 Ø
- (Akupunktur-sagen) Utrykt Vestre Landsretsafgørelse afsagt d. 10. december 2010.

(Papiruld-sagen) U 2015.2565 H  
(Zendium-sagen) U 2015.3331/2 H  
(Skorstensgaard) SH2020.BS-31263-2019-SHR

### **Øvrige Domme**

Oslo Tingsretts dom af 29. marts 2007 (06-061083TVI-OTIR/01).

### **Administrative Afgørelser**

#### **Radio- og TV-nævnet**

Sagsnr. 2010-023632, Markedsføring af lægemidlet ”Treo”.

Sagsnr. 2012-015524, Markedsføring af lægemidlet ”Imodium Plus”.

### **Forbrugerombudsmanden**

Sagsnr. 08/07028 af 2009, Markedsføring af objektivt sande oplysninger.

Sagsnr. 13/05699 af 2013, Markedsføring af ”tryllesalve”.

Sagsnr. 18/04490 af 2018, Markedsføring om solarielys som sundt.

Sagsnr. 20/03802 af 2020, Markedsføring af hot yoga som sundt under coronaepidemien.

Sagsnr. 08/08992 af 2009, Markedsføring af rynkecremer.

Sagsnr. 14/07236 af 2014, Markedsføring af ”nye bryster”.

Rapport om sundhedsområdet af 3. maj 2006.

Notat om Dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3, sag FO-14/02778-1 af 3. april 2014.

### **Vejledninger**

Vejledning nr. 9319 af 2013-26-03 om markedsføring af sundhedsydelser.

Vejledning nr. 10356 af 29. december 2014 om reklame mv. for lægemidler.

Kommissionens Vejledning om produktanprisninger på grundlag af fælles kriterier vedrørende kosmetiske produkter af 19. september 2016.

Lægemiddelstyrelsens vejledende skrivelse ”Lægemidler eller ej” <https://laegemiddelstyrelsen.dk/da/godkendelse/laegemidler-eller-nej/> besøgt d. 15. april 2021 kl. 20.03.

Lægemiddelstyrelsens ”Liste over varer, der er blevet klassificeret som lægemidler” <https://laegemiddelstyrelsen.dk/da/godkendelse/laegemidler-eller-nej/liste-over-produkter-vurderet-som-laegemidler/> besøgt d. 24. april 2021, kl. 15.24.

Miljø- og Fødevarestyrelsens Faktaark: Vildledning markedsføring af kosmetik <https://mst.dk/kemi/kemikalier/regulering-og-regler/faktaark-om-kemikalireglerne/vildledende-markedsfoering-af-kosmetik/> besøgt d. 28. april 2021, kl. 17.21.

### **Juridisk Litteratur**

Andersen, Mads Bryde: Ret og Metode, 1. udg., København, 2002.

*Blume*, Peter: Retssystemet og Juridisk Metode, 3. udg., København, 2016.  
*Borcher*, Erling & *Bøggild*, Frank: Markedsføringsloven, 3. udg. København, 2013.  
*Evald*, Jens: Juridisk Teori, Metode og Videnskab, 2. udg., København, 2020.  
*Heide-Jørgensen*, Caroline: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 3. udg., København 2017.  
*Madsen*, Palle Bo: Markedsret, Del 2: Markedsføringsret og konkurrenceværn, 7. udg., København, 2019.  
*Mortensen*, Bent Ole Gram og *Steinicke*, Michael: Dansk Markedsret, 5. udgave, 2018.  
*Møgelvang-Hansen*, Peter, *Riis*, Thomas og *Trzaskowski*, Jan: Markedsføringsretten, 3. udg., København, 2017.  
*ET.2016.89*, Dokumentation, sandsynliggørelse eller indikation? Om dokumentationskravet i markedsføringslovens § 3, stk. 3 i lyset af U 2015.2565 H og U 2015.3331 H af Advokat Søren Stenderup Jensen.

### Hjemmesider

Cambridge Dictionary, "wellness" <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/wellness> besøgt d. 25.02.2021, kl. 10.44.

Den Store Danske, Lundstrøm, Johannes: "wellness" <https://denstoredanske.lex.dk/wellness> besøgt d. 25.02.2021, kl. 10.46.

Forbrugerundersøgelsen fra Danmarks Statistik, udarbejdet i 1994 <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/priser-og-forbrug/forbrug/forbrugsundersoegelsen> besøgt d. 25.02.2021, kl. 12.41.

Europæisk klassifikation af individuelt forbrug efter formål (ECOICOP) af 2016 <https://www.dst.dk/da/Statistik/dokumentation/nomenklaturer/ecoicop---eurostat> besøgt d. 25.02.2021, kl. 12.46.