

PALLE BO MADSEN

7. UDGAVE

MARKEDSRET • DEL 2

Markedsføringsret og konkurrenceværn

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Indholdsfortegnelse

Paragrafnøgle til markedsføringsloven	11
Forord	13
Kapitel 3. God markedsføring og handelspraksis	15
1. Indledende om markedsføringslovens formål og anvendelse	15
1.1. Regelgrundlaget	15
1.2. Lovens anvendelsesområde	20
1.3. Indledende om mål og midler – samt om begreberne markedsføring og handelspraksis og lidt om god skik	25
1.4. Loven og generalklausulerne	31
1.4.1. Generalklausulerne og de retlige standarder	32
1.4.2. Særligt om forvridning af den økonomiske adfærd samt om smag og anstændighed m.v.	35
1.5. Internationale og EU-retlige aspekter	39
1.5.1. Territorial afgrænsning	39
1.5.2. Materielle harmoniseringstiltag	43
1.5.3. EU-rettens regler om fri bevægelighed	48
1.5.4. Grænseoverskridende retshåndhævelse	51
1.6. Reklameregler på særlige områder	51
2. Generelle regler og reguleringer på markedet	54
2.1. Erhvervslivet og forbrugerne – markedskommunikation ...	54
2.2. Generalklausulerne og forbuddene mod vildledende og aggressiv handelspraksis m.v.	57
2.3. Generelt om vildledning og utilbørlighed – og om forbrugerbilledet	59
2.4. Sprogkrav	63
3. Former for vildledende handelspraksis	64
3.1. Vildledende prisoplysninger – prismarkedsføring	65
3.2. Vildledende produkt- og oprindelsesangivelser m.v.	72
3.3. Miljømarkedsføring og etisk markedsføring	78
3.4. Købsopfordringer	80

3.5.	Salgsfremmende foranstaltninger	85
3.5.1.	Den tidligere specialregulering	85
3.5.2.	Den gældende regulering	88
3.6.	Skjult reklame – oplysning om kommerciel hensigt	90
3.6.1.	Generelt om reklame som en handelspraksis	90
3.6.2.	Skjult reklame og anden skjult handelspraksis	92
3.7.	Mærkedifferentiering	97
3.8.	Bedrageri	98
4.	Former for aggressiv og utilbørlig handelspraksis	98
4.1.	Forbrugerforhold (B2C)	99
4.2.	Erhvervsforhold (B2B)	106
5.	Særlige markedsføringsformer	112
5.1.	Uanmodede kommercielle henvendelser	112
5.1.1.	Indledende om uanmodet henvendelse	112
5.1.2.	Uanmodet elektronisk henvendelse til bestemte aftagere (§ 10, stk. 1)	115
5.1.3.	Anden uanmodet henvendelse til bestemte aftagere (§ 10, stk. 4)	119
5.1.4.	Uadresserede henvendelser	122
5.2.	Handelspraksis rettet mod børn og unge	123
5.3.	Brug af andres navn og billede – personlighedsbeskyttelse	128
5.4.	Aftalevilkår	136
5.5.	Krav til produktets sikkerhed og tjenlighed	141
5.6.	Mærkning og emballering	143
6.	Særlige oplysningsforpligtelser	143
6.1.	Prisoplysninger m.v.	143
6.1.1.	Oplysningspligter vedrørende detailpriser m.v.	145
6.1.2.	Faktureringspligt	150
6.1.3.	Gebyrer	151
6.1.4.	Kreditaftaler og boligkreditaftaler	153
6.1.5.	Særlige områder	158
6.2.	Garantier	158
7.	Særlige forhold mellem erhvervsdrivende	160
7.1.	Indledning	160
7.2.	Produktefterligning m.v.	161
7.2.1.	Forskellige former for efterligningsværn	161
7.2.2.	Fremtoning – særpræg – markedsræssig identitet og lighed	164
7.2.3.	Om betydningen af efterlignerens subjektive forhold	176

7.2.4.	Varierende efterligningsgrænser – tøj, modevarer m.v.	180
7.2.5.	Reservedele, tilbehør og sammenbygningsmoduler	183
7.2.6.	Lego-sagerne	187
7.2.7.	Om forholdet til immaterialretten – herunder ophavsret og designret	189
7.2.8.	Særligt om piratdekodere	193
7.3.	Sammenlignende reklame	194
7.4.	Forretningskendetegn	207
7.4.1.	Den almindelige kendetegnsbeskyttelse	207
7.4.2.	Om forholdet til anden kendetegnsbeskyttelse	221
7.5.	Arrangementsbeskyttelse	224
7.6.	Andre irregulære foranstaltninger	225
8.	Regulering ud fra (andre) almene samfundsinteresser	228
8.1.	Indledning	228
8.2.	Diskrimination og anden utilbørlighed	228
8.3.	Særlige samfundspolitiske målsætninger	234
8.4.	Hensynet til konkurrencefremme	235
9.	Retsmidler og retshåndhævelse	239
9.1.	Oversigt over retsmidlerne	239
9.2.	Forbrugerombudsmandens virksomhed	239
9.3.	Forbud og påbud m.v.	245
9.4.	Erstatning og vederlag	251
9.5.	Straf og påtale	262
9.6.	Værneting og søgsmålskompetence	269
9.7.	Udenlandske virksomheder og grænseoverskridende håndhævelse	271
9.7.1.	Almindeligt om internationalt værneting og fuldbyrdelse over grænserne	271
9.7.2.	Særligt om EU-samarbejdet vedrørende grænseoverskridende håndhævelse	275

Kapitel 4. Aftale- og loyalitetsbestemte konkurrenceværn

1.	Kontraktfrihed og konkurrencebegrænsning	279
2.	Aftalte konkurrence- og erhvervsbegrænsningsklausuler	281
2.1.	Indledende om konkurrenceklausuler m.v. og om overgangsregler	281
2.2.	Ansættelsesklausuler	284
2.2.1.	Jobklausuler	284
2.2.2.	Konkurrenceklausuler	286

2.2.3.	Kundeklausuler	297
2.2.4.	Kombinerede ansættelsesklausuler	299
2.3.	Aftalt konventionalbod og andre sanktionsmuligheder	299
3.	Særlige beskyttelsesklausuler i licensaftaler	303
3.1.	Ikkeangrebsklausuler	303
3.2.	Hemmeligholdelsesklausuler m.v.	305
4.	Forretningshemmeligheder m.v.	306
4.1.	Lovgivningen – og den omfattede personkreds	306
4.2.	Hemmeligheder og betroet viden	310
4.3.	Erhvervelse, brug og videregivelse	316
4.3.1	Lovlige og ulovlige handlinger	316
4.3.2.	Undtagelser ved videregivelse	320
4.4.	Mere om retsmidler og sanktioner	322
4.4.1.	Oversigt	322
4.4.2.	Midlertidige forbud og påbud	323
4.4.3.	Endelige forbud og påbud	326
4.4.4.	Søgsmålsfrister	330
4.4.5.	Erstatning m.v.	330
4.4.6.	Tvangsbøder	333
4.4.7.	Offentliggørelse af retsafgørelser	333
4.4.8.	Straf	334
5.	»Naturlige« konkurrenceklausuler – loyalitetspligt	336
5.1.	Kontraktrelationens betydning	336
5.2.	Forhandlingssituationen – informationsudveksling	338
5.3.	Bestående ansættelses- og samarbejdsforhold	339
5.4.	Efter kontraktforholdets ophør – loyalitetspligtens udstrækning	352
Forkortelsesliste		363
Litteraturliste		365
Domsregister		367
Stikordsregister		377

Paragrafnøgle til markedsføringsloven

Markedsføringsloven for 2017	Markedsføringsloven af 2017
God markedsføringsskik § 1	§§ 3 og 4 (og § 8)
Anvendelsesområde § 2	§ 1
Vildledende og utilbørlig markedsføring § 3	§§ 5, 6, 7, 13 og 20
Reklameidentifikation § 4	§ 6, stk. 4
Sammenlignende reklame § 5	§ 21
Uanmodet henvendelse § 6	§ 10
Vejledning § 7	Ophævet
Bemyndigelsesbestemmelse § 7 a	§ 14, stk. 2, nr. 4
Børn og unge § 8	§ 3, stk. 2, § 8, stk. 2, og § 11
Salgsfremmende foranstaltninger § 9	§ 6, stk. 1
Garanti § 12	§ 17
Købsopfordring § 12 a	§ 6, stk. 2-3
Prisoplysninger § 13	§ 14 og § 15
Kreditkøb § 14	Ophævet
Kreditaftaler § 14 a og § 14 b	§ 18 (og § 19)
Gebyrer § 15	§ 16
Organiseret rabat § 16	Ophævet
Mærkning og emballering § 17	§ 12
Forretningskendetegn § 18	§ 22
Erhvervshemmeligheder § 19	Ny lov om forretningshemmeligheder
Retsmidler § 20	§ 24
Forbrugerombudsmanden § 22	§§ 25 og 26
Kontrolundersøgelser § 22 a	§ 27
Forhandlingsprincippet § 23	§ 28
Retningslinjer § 24	§ 29
Forhåndsbesked § 25	§ 30
KFST's virksomhed § 25 a	§ 31
Henlæggelsesbeføjelser § 26	§ 39
Retsforfølgning mv. § 27	§ 32
Informationspligt om forældelse § 27 a	§ 33

Erstatningssøgsmål § 28	§ 34
Forelobigt forbud § 29	§ 36
Straf og påtale § 30	§ 37
Bodeforelæg § 30 a	§ 38
Fandtes ikke for 2017	§ 2 (definitioner)
Fandtes ikke for 2017	§ 19 (boligkreditaftaler)

Forord

Hermed foreligger 7. udgave af »Markedsret Del 2«, der behandler alle markedsføringsrettens B2B- og B2C-relationer samt de aftale-, lov- og loyalitetsbestemte konkurrenceværn. Denne Del 2 knytter sig til »Markedsret Del 1« om konkurrencebegrænsningsretten, som udkom i 7. udgave i starten af 2018. Behandlingen af lovbestemte enerettigheder (immaterialrettigheder) sker i en selvstændig Del 3.

Trilogien skal ses som et hele, og kapitlerne er nummereret fortløbende, således at denne Del 2 starter med kapitel 3. Fremstillingerne i de enkelte dele kan læses og benyttes hver for sig – som praktiske opslagsbøger eller som undervisningsgrundlag – men der er samtidig lagt vægt på at tegne et tværgående helhedsbillede af markedsrettens forskellige forgreninger.

Flere lovændringer – af større eller mindre gennemgribende karakter – er blevet gennemført, siden bogens 6. udgave udkom i 2015.

Mest iøjnefaldende på markedsføringsområdet er *en helt ny hovedlov* (markedsføringsloven), som trådte i kraft i 2017. Den er blevet præsenteret som mere »forenklet og overskuelig« end sin forgænger, hvilket dog nærmer sig vildledende markedsføring af loven. Der er sket en større omskrivning af loven med en mere eksplicit opdeling i B2B- og B2C-forhold og i det hele taget en mere *tekstnær* implementering af det underliggende handelspraksisdirektiv på B2C-området. Antallet af paragraffer i loven er som følge heraf vokset.

En tekstnær implementering af EU-direktiver gør sjældent noget godt for læsevenligheden. Det har samtidig ført til en ny systematik og nye paragrafnumre, men under overfladen er de reelle ændringer forholdsvis få og små i forhold til den tidligere lov – hvilket vel heller ikke burde overraske, eftersom omskrivningen ikke er begrundet i ændringer af det underliggende direktivgrundlag, der for en stor del kræver en totalharmonisering, og som også den tidligere lovtekst tilstræbte at efterleve. Begrundelsen for omkalfatringen har været, at Kommissionen på enkelte punkter stillede spørgsmålstejn ved, om handelspraksisdirektivet var implementeret korrekt, hvorefter omskrivningslysten på nationalt niveau greb om sig.

I forlængelse af lovændringen er der tillige sket en sanering af de tilhørende bekendtgørelser om prisoplysning mv. Hertil kommer på visse punkter ny administrativ praksis fra Forbrugerombudsmanden samt ny retspraksis med bl.a. *Domstolens* (EU-Domstolens) seneste fortolkning af direktivgrundlaget.

På området for *lovbestemte konkurrenceværn* er der endvidere i 2018 – på foranledning af et nyt EU-direktiv – vedtaget en separat lov om beskyttelse af erhvervshemmeligheder (lov om forretningshemmeligheder), som har afløst den hidtidige bestemmelse herom i markedsføringsloven.

Endelig er der på området for *aftalte konkurrenceværn* vedtaget en ny lov om ansættelsesklausuler, der trådte i kraft i 2016 og har erstattet de hidtidige regler om konkurrenceklausuler, kunde-klausuler mv. i aftalelovens § 38, funktionærlovens §§ 18 og 18 a samt jobklausul-loven.

Selv om ændringerne i *markedsføringsloven* egentlig ikke er så store, som de umiddelbart tager sig ud, har den ændrede systematik i den nye hovedlov fra 2017 på flere punkter nødvendiggjort en ganske betydelig omstrukturering og omskrivning af fremstillingen i denne udgave. Det samme har de mere omfattende ændringer på området for lov- og aftalebestedte konkurrenceværn.

Manuskriptet er afsluttet den 2. december 2018, og senere materiale er kun undtagelsesvis medtaget.

Henvisningerne til *varemærkeloven* sigter til denne lov som senest ændret ved lov nr. 1533 af 18. december 2018 til ikrafttræden den 1. januar 2019.

God markedsføring og handelspraksis

1. Indledende om markedsføringslovens formål og anvendelse

1.1. Regelgrundlaget

Lovgivning til regulering af virksomhedernes optræden på markedet, herunder særligt deres markedsføring og reklame, har gamle rødder, men reglerne og beskyttelseshensynene er i tidens løb blevet ændret flere gange. Oprindeligt var fokus alene rettet mod virksomhedernes behandling af hinanden indbyrdes, men dette ændredes med den første danske markedsføringslov, som blev vedtaget i 1974 på baggrund af Forbrugerkommissionens Betænkning II, nr. 681/1973. Denne lov, som afløste den indtil da gældende »Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse« fra 1937,¹ inddrog hensynet til fairness over for forbrugerne på lige fod med loyal konkurrence de erhvervsdrivende imellem, og samtidig oprettedes en ny offentlig institution (Forbrugerombudsmanden), der skulle føre tilsyn med lovens overholdelse, navnlig under hensyntagen til forbrugernes interesser.

Hovedloven af 1974 blev fornyet i 1994 på baggrund af betænkning nr. 1236/1992, og senere blev en ny hovedlov vedtaget i 2005 på baggrund af Betænkning nr. 1457/2005. Den seneste – og gældende – hovedlov er vedtaget i 2017 med ikrafttræden den 1.7.2017 på baggrund af en rapport afgivet i 2016 af et særligt nedsat udvalg, jf. »Rapport fra udvalg om markedsføringsloven«, juli 2016.

Ind i mellem de store hovedlovsændringer har den til enhver tid gældende hovedlov med jævne mellemrum undergået større eller mindre forandringer. Lovændringerne er sket dels på nationalt initiativ, dels på EU-initiativ. Den største ændring af hovedloven fra 2005 skete i 2006 som følge af direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis (handelspraksisdirektivet), og dette

1. Se Markedsret Del 1, 7. udg., p. 15 ff.