

PALLE BO MADSEN

6. UDGAVE

MARKEDSRET • DEL 2

Markedsføringsret og konkurrenceværn

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Indholdsfortegnelse

Omnummerering af traktatbestemmelserne	11
Forord	13
Kapitel 3. God markedsføring	15
1. Indledende om markedsføringslovens formål og anvendelse	15
1.1. Regelgrundlaget	15
1.2. Lovens anvendelsesområde	19
1.3. Indledende om mål og midler – og om begrebet markedsføring	24
1.4. Loven og generalklausulen	29
1.4.1. Generalklausulen og den retlige standard	29
1.4.2. Særligt om § 1, stk. 2, og generalklausulens direktivafhængige anvendelsesområde	32
1.5. Internationale og EU-retlige aspekter	35
1.5.1. Territorial afgrænsning	36
1.5.2. Materielle harmoniseringstiltag	39
1.5.3. EU-rettens regler om fri bevægelighed	44
1.5.4. Grænseoverskridende retshåndhævelse	47
1.6. Reklameregler på særlige områder	48
2. Generelle regler om adfærd på markedet	50
2.1. Erhvervslivet og forbrugeren – markedskommunikation	50
2.2. Generalklausulen og vildledningsforbuddet m.v.	53
2.2.1. Om vildledning generelt – og om forbrugerbilledet .	55
2.2.2. Vildledende prisoplysninger – prismarkedsføring ...	59
2.2.3. Vildledende produkt- og oprindelsesangivelser m.v.	66
2.2.4. Aggressiv og utilbørlig adfærd – herunder misrekommandering	71
2.2.5. Miljømarkedsføring og etisk markedsføring	77
2.2.6. Mærkedifferentiering	80
2.2.7. Bedrageri	81

2.3.	Reklameidentifikation – Skjult reklame	82
2.3.1.	Generelt om begrebet reklame	82
2.3.2.	Skjult reklame	83
2.4.	Sammenlignende reklame	88
2.5.	Uanmodede kommercielle henvendelser	101
2.5.1.	Indledende om navnlig MFL § 6	101
2.5.2.	Uanmodet elektronisk henvendelse til bestemte aftagere (§ 6, stk. 1)	104
2.5.3.	Anden uanmodet henvendelse til bestemte aftagere (§ 6, stk. 3)	106
2.5.4.	Uadresserede henvendelser	110
2.6.	Vejledningspligt	111
2.7.	Personlighedsbeskyttelse – retten til eget navn og billede	113
2.8.	Arrangementsbeskyttelse	120
3.	Primært forbrugerrettet regulering	121
3.1.	Særligt betænkelige former for markeds kommunikation og afsætning	121
3.2.	Markedsføring rettet mod børn og unge	128
3.3.	Salgsfremmende foranstaltninger	132
3.3.1.	Den tidligere specialregulering	132
3.3.2.	Den nyere generelle regulering	134
3.4.	Garantier	138
3.5.	Købsopfordringer	140
3.6.	Prisoplysninger	144
3.6.1.	Prismærkning og -skiltning m.v. i detailleret	145
3.6.2.	Særligt om kreditkøb og kreditaftaler	153
3.6.3.	Særligt om gebyrer	155
3.6.4.	Særligt om organiseret rabat	157
3.7.	Aftalevilkår	158
3.8.	Krav til produktets sikkerhed og tjenlighed	163
3.9.	Mærkning og emballering	164
4.	Særlig erhvervsrettet regulering	165
4.1.	Indledning	165
4.2.	Produktefterligning m.v.	166
4.2.1.	Forskellige former for efterligningsværn	166
4.2.2.	Fremtoning – særpræg – markeds mæssig identitet ..	169
4.2.3.	Om betydningen af efterlignerens subjektive forhold	180
4.2.4.	Varierende efterligningsgrænser – tøj, modevarer m.v.	183

4.2.5.	Reservedele, tilbehør og sammenbygningsmoduler	186
4.2.6.	Lego-sagerne	190
4.2.7.	Om forholdet til immaterialretten – herunder ophavsret og designret	193
4.2.8.	Særligt om piratdekodere	196
4.3.	Forretningskendetegn	197
4.3.1.	Den almindelige kendetegnsbeskyttelse	197
4.3.2.	Om forholdet til anden kendetegnsbeskyttelse	210
4.4.	Erhvervshemmeligheder m.v.	212
4.5.	Andre irregulære foranstaltninger	212
5.	Regulering ud fra (andre) almene samfundshensyn	215
5.1.	Indledning	215
5.2.	Diskrimination og anden utilbørlighed	215
5.3.	Hensynet til (andre) samfundspolitiske målsætninger	221
5.4.	Hensynet til konkurrencefremme	222
6.	Retsmidler og retshåndhævelse	226
6.1.	Oversigt over retsmidlerne	226
6.2.	Forbrugerombudsmandens virksomhed	226
6.3.	Forbud og påbud m.v.	232
6.4.	Erstatning og vederlag	237
6.5.	Straf og påtale	247
6.6.	Værneting og søgsmålskompetence	254
6.7.	Udenlandske virksomheder og grænseoverskridende håndhævelse	256
6.7.1.	Almindeligt om internationalt værneting og fuldbyrdelse over grænserne	256
6.7.2.	Særligt om EU-samarbejdet vedrørende grænseoverskridende håndhævelse	260
Kapitel 4.	Aftale- og loyalitetsbestemte konkurrenceværn	265
1.	Kontraktfrihed og konkurrencebegrænsning	265
2.	Aftalte konkurrenceklausuler m.v.	267
2.1.	Den almindelige regel om konkurrenceklausuler	267
2.2.	Særlige regler – i og uden for ansættelsesforhold	271
2.2.1.	Konkurrenceklausuler i særlige kontraktforhold	271
2.2.2.	Konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold	271
2.2.3.	Kundeklausuler	279
2.2.4.	Jobklausuler (virksomhedsklausuler og medarbejderklausuler)	281
2.3.	Aftalt konventionalbod og andre sanktionsmuligheder	285

3. Særlige beskyttelsesklausuler i licensaftaler	288
3.1. Ikkeangrebsklausuler	288
3.2. Hemmeligholdelsesklausuler m.v.	291
4. Erhvervshemmeligheder m.v.	292
4.1. Markedsføringslovens § 19	292
4.2. Erhvervshemmeligheder og betroet viden	295
4.3. Mere om sanktionerne	301
4.4. Nyt direktivforslag om forretningshemmeligheder	305
5. »Naturlige« konkurrenceklausuler – loyalitetspligt	306
5.1. Kontraktrelationens betydning	306
5.2. Forhandlingssituationen – informationsudveksling	308
5.3. Bestående ansættelses- og samarbejdsforhold	310
5.4. Efter kontraktforholdets ophør – loyalitetspligtens udstrækning	322
Forkortelsesliste	333
Litteraturliste	335
Domsregister	337
Stikordsregister	345

Omnummerering af traktatbestemmelserne

Først ved Amsterdamtraktaten (med ikrafttrædelse 1.5.1999) og siden ved Lissabontraktaten (med ikrafttrædelse 1.12.2009) blev der gennemført en omnummerering af traktatbestemmelserne i EU-konkurrenceretten.

Efter Lissabontraktaten findes EU's traktatbestemte konkurrenceregler i »Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF).

I nærværende sammenhæng er de vigtigste omnummereringer følgende:

før Amsterdam	før Lissabon	efter Lissabon
EF-traktaten art. 30	art. 28 EF	art. 34 TEUF
EF-traktaten art. 36	art. 30 EF	art. 36 TEUF
EF-traktaten art. 59	art. 49 EF	art. 56 TEUF
EF-traktaten art. 85	art. 81 EF	art. 101 TEUF
EF-traktaten art. 86	art. 82 EF	art. 102 TEUF
EF-traktaten art. 90	art. 86 EF	art. 106 TEUF
EF-traktaten art. 92	art. 87 EF	art. 107 TEUF
EF-traktaten art. 93	art. 88 EF	art. 108 TEUF
EF-traktaten art. 177	art. 234 EF	art. 267 TEUF

Ved læsning af ældre domme og retsakter m.v. skal man være opmærksom på denne omnummerering.

De centrale regler om fri bevægelighed (art. 34-36 TEUF) og konkurrence (art. 101-102 TEUF) er indholdsmæssigt uændrede, hvorimod reglerne om statsstøtte (art. 107-108 TEUF) og præjudiciel forelæggelse (art. 267 TEUF) er ændret en smule.

»Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde« (TEUF) udgør nu sammen med »Traktaten om Den Europæiske Union« (TEU) og »Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder« det traktatmæssige grundlag for Unionen.

Forord

Hermed foreligger 6. udgave af »Markedsret Del 2«. Den knytter sig til »Markedsret Del 1« om konkurrencebegrænsningsretten, som udkom i 6. udgave i starten af 2014. Del 2 behandler alle markedsføringsrettens B2B- og B2C-relationer samt de aftale- og loyalitetsbestemte konkurrenceværn. 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 godt 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.

Den retsudvikling, der er sket på markedsføringsområdet, siden bogens 5. udgave udkom i 2007, omfatter bl.a. nye lovregler som følge af handelspraksisdirektivet (vedtaget i 2006, men først fuldt ud trådt i kraft pr. 1. juli 2007), servicedirektivet (2009) og forbrugerkreditdirektivet (2010). Hertil kommer ophævelse henholdsvis ændring af andre lovbestemmelser som konsekvens af Domstolens senere fortolkning af direktivgrundlaget. Også på rent nationalt initiativ er der sket vigtige ændringer i regelgrundlaget, herunder f.eks. i relation til lovens anvendelse på det finansielle område og til Forbrugerombudsmandens beføjelser både på dette område og på andre områder. Endelig er retsplejelovens regler blevet ændret på områder af stor betydning for markedsføringssager.

Dette har på flere punkter nødvendiggjort en ganske betydelig revision og omskrivning af fremstillingen i denne udgave.

Manuskriptet er afsluttet den 2. januar 2015, og senere materiale er kun undtagelsesvis medtaget.

Det skal særligt bemærkes, at erhvervs- og vækstministeren i januar 2015 har nedsat et udvalg, som har fået til opgave at foretage et eftersyn af hele

markedsføringsloven med henblik på udarbejdelse af udkast til en ny markedsføringslov, som ifølge udvalgets kommissorium skal sikre, at loven

- Understøtter gode og ensartede forbrugerforhold i lyset af den teknologiske udvikling inden for kommerciel kommunikation.
- Er enkel og overskuelig og ikke pålægger erhvervslivet unødvendige byrder.
- Understøtter velfungerende markeder og effektiv konkurrence.
- Er i overensstemmelse med EU-reglerne på markedsføringsområdet.

Udvalget skal aflevere sine anbefalinger inden udgangen af første kvartal 2016. Den foreliggende bogudgivelse har ikke kunnet afvente dette.

KAPITEL 3

God markedsføring

1. Indledende om markedsføringslovens formål og anvendelse

1.1. Regelgrundlaget

Lovgivning til regulering af virksomhedernes afsætningsbestrebelse på markedet, herunder 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 er en ny hovedlov vedtaget i 2005 på baggrund af Betænkning nr. 1457/2005.

Ind i mellem de store hovedlovsændringer har den til enhver tid gældende hovedlov med jævne mellemrum undergået større eller mindre forandringer, hvilket også er overgået den seneste. Lovændringerne er sket dels på nationalt initiativ, dels på EU-initiativ. Den største ændring af den gældende hovedlov er sket som følge af direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis (handelspraksisdirektivet), der blev implementeret ved ændringslov nr. 1547 af 20.12.2006.

Den gældende markedsføringslov findes nu i lovbkg. nr. 1216 af 25.9.2013 som ændret ved lov nr. 1460 af 17.12.2013.

1. Se Markedsret Del I, 6. udg., p. 15 ff.