

Ulrich Birch Eriksen

Markedsførings- lovens § 1

– portræt af en generalklausul

Ulrich Birch Eriksen

Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul

1. udgave/1. oplag

© Karnov Group Denmark A/S, København 2013

ISBN 978-87-619-3403-1

Omslag: Axel Surland, Ljungbyhed

Sats og tryk: Zeuner Grafisk a/s, Odder

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af denne bog eller dele af den er ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret. Alle rettigheder forbeholdes.

Indholdsfortegnelse

Forord	5
Indholdsfortegnelse	7
Kapitel 1. Indledning	13
1.1. Problemstilling og metode	13
1.2. Retskilder	17
1.2.1. Særlig om udenlandsk national ret	21
1.2.1.1. Norge	22
1.2.1.2. Sverige	24
Kapitel 2. Generalklausuler og retlige standarder i almindelighed	28
2.1. Terminologi	28
2.2. Begrebernes oprindelse	30
2.3. Hvorfor anvendes retlige standarder?	32
2.3.1. Konkrete regler har deres begrænsninger	32
2.3.2. Gennemgangsfunktion	35
2.4. Hvilke betænkeligheder er knyttet til anvendelsen af retlige standarder?	36
2.4.1. Manglende retssikkerhed	37
2.4.2. Delegation af lovgivningsmagt	40
2.4.3. Frygten for partiske domstole	42
2.4.4. Generalklausulen bliver et tilflugtssted	43
2.4.5. Afsluttende bemærkninger til betænkeligheder ..	43
2.5. Hvordan administreres en retlig standard?	44
Kapitel 3. Tilblivelsen og udviklingen af MFL § 1	49
3.1. Overordnet om tilblivelsen af generalklausulen	49
3.1.1. Tiden forud for generalklausulen	49
3.1.2. Nærmere om Danmarks internationale forpligtelser	53
3.1.3. Selve indførelsen af generalklausulen	54
3.2. Fra konkurrencelov til markedsføringslov	57
3.2.1. Retspraksis forud for lovændringen i 1974	58
3.2.2. Lovændringens betydning for generalklausulen ..	61
3.2.2.1. Hvorfor blev generalklausulen til § 1? ...	61
3.2.2.2. Hvad skete der med stk. 2 i den tidligere bestemmelse?	62

Indholdsfortegnelse

3.2.2.3. Hvem beskyttes af generalklausulen? . . .	62
3.2.2.4. Fra redelig forretningsskik til god markedsføringskik	63
3.2.2.5. Udtrykket »privat og offentlig virksomhed«	64
3.3. Forbrugerbeskyttelsen griber om sig	65
3.3.1. Introduktion	65
3.3.2. Perioden frem til 2005	65
3.3.3. Generalklausulen skiftede ordlyd på ny	67
Kapitel 4. Markedsføringsloven og generalklausulen	70
4.1. Hovedhensynene bag loven	70
4.1.1. Hensynet til erhvervsdrivende	70
4.1.2. Hensynet til forbrugerne	70
4.1.3. Hensynet til almene samfundsinteresser	71
4.2. Lovens anvendelsesområde	71
4.2.1. Privat erhvervsvirksomhed	71
4.2.2. Offentlig virksomhed	72
4.2.3. Geografisk afgrænsning	72
4.3. Forholdet mellem generalklausulen og special- bestemmelserne	73
Kapitel 5. Retten til eget billede i reklamesammenhæng	75
5.1. Indledning	75
5.2. Afgrænsning	77
5.3. Hjemmel	80
5.4. Tilfældegrupper	82
5.4.1. Merchandise	82
5.4.2. Brugt til reklame	84
5.4.2.1. Særligt om forudgående kontraktforhold	88
5.4.3. Mere personlige krænkelse	89
5.4.4. Andre kendetegn end billede	92
5.5. Særligt om det subjektive element	93
Kapitel 6. Anvendelsen af generalklausulen i forholdet mellem erhvervsdrivende	97
6.1. Produktetfterligninger	97
6.1.1. Indledning	97
6.1.2. Beskyttelseshensynene	100
6.1.3. Andre regelsæt, der yder en fremtonings- beskyttelse	100
6.1.4. Overordnet om kriterierne for domfældelse	101

6.1.4.1. Særpræg	103
6.1.4.2. Forvekslelighedsrisiko	109
6.1.4.3. Subjektiv skyld	114
6.1.4.4. Konkurrenceforhold	119
6.1.5. Reservedele, tilbehør og moduler	120
6.2. Renommesnyltning	124
6.2.1. Problemstillingen	124
6.2.2. Afgrænsning til anden regulering, navnlig kendetegnbeskyttelse	125
6.2.3. Kriterierne for domfældelse	126
6.2.3.1. Markedsmæssigt særpræg	127
6.2.3.2. Forveksling eller anden associering	130
6.2.3.3. Det subjektive element	133
6.3. Misrekommandering	136
6.3.1. Problemstillingen	136
6.3.2. Den retlige regulering	136
6.3.3. De enkelte tilfældegrupper	138
6.3.3.1. Antydninger eller usandheder i forhold til en konkurrent	139
6.3.3.2. Fremgangsmåder, der i deres form er utilladelige	143
6.3.3.3. Latterliggørende omtale	144
6.3.3.4. Opfordre kunder til at opsige sam- arbejde med konkurrent	145
6.3.3.5. Særligt om retorsion	146
6.3.4. Hvor stor en del af det beskrevne område dækkes af generalklausulen?	148
6.3.5. Det subjektive elements betydning for sanktionerne	151
6.4. Loyalitetspligt i samarbejdsforhold	152
6.4.1. Problemstillingen	152
6.4.2. Aftalte konkurrencebegrænsninger	153
6.4.3. Erhvervshemmeligheder mv.	154
6.4.3.1. Begrebet erhvervshemmeligheder	156
6.4.3.2. Begrebet tekniske tegninger mv.	156
6.4.4. Den almindelige loyalitetspligt	157
6.4.4.1. Loyalitetspligtens betydning ved indledende forhandlinger	158
6.4.4.2. Loyalitetspligtens betydning under samarbejdsforholdets beståen	159
6.4.4.3. Efter kontraktforholdets ophør	162

Indholdsfortegnelse

6.4.4.3.1. Tidligere samarbejdsrelation og produktefterligning	164
6.4.4.3.2. Tidligere samarbejdsrelation og renommesnyltning	166
6.4.4.3.3. Erhvervshemmeligheder og god markedsføringsetik	167
6.5. Andre tilfældegrupper	171
6.5.1. Utilbørlige fremgangsmåder	171
6.5.2. Andre illoyale fremgangsmåder	175
6.6. Kommentarer til anvendelsen af generalklausulen i B2B-relationen	178
6.6.1. Snyltning	179
6.6.1.1. Særpræg/særlig tilknytning	180
6.6.1.2. Overtagelse, forveksling eller associering	182
6.6.1.3. Betydningen af subjektiv skyld	184
6.6.1.3.1. Reklamemæssig brug af en andens billede	184
6.6.1.3.2. Produktefterligning	186
6.6.1.3.3. Renommesnyltning	188
6.6.1.3.4. Illoyalitet i samarbejdsforhold	190
6.6.2. Fairplay på markedet	191
6.6.3. Særligt om erstatning	193
6.6.4. Andre sanktioner	194
Kapitel 7. Forbrugerforhold og regulering ud fra almene samfundsinteresser	196
7.1. Forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere	196
7.1.1. Indledning og systematik	196
7.1.2. Forbrugerbegrebet	197
7.1.3. Nærmere om stk. 2	200
7.1.4. Vildledende handelspraksis	204
7.1.4.1. Vildledende udsagn	205
7.1.4.2. Vildledende unklare udtalelser	206
7.1.4.3. Forhandlerpræmiering	207
7.1.4.4. Fast indbytningspris	211
7.1.5. Aggressiv eller utilbørlig handelspraksis	212
7.1.5.1. Hvornår er en handelspraksis aggressiv?	214
7.1.6. Urimelig handelspraksis i øvrigt	218
7.1.6.1. Hensynsfuldhed over for forbrugerne	218
7.1.6.2. Hensynet til forbrugernes sikkerhed og sundhed	221

7.1.6.3.	Hensynet til overholdelse af lovgivningen	222
7.1.7.	Aftaleindgåelse og kontraktvilkår	222
7.1.7.1.	Særligt om aftaleindgåelse	225
7.1.7.1.1.	Ubestilte varer sendt til forbrugeren	225
7.1.7.1.2.	Henvendelser, der fremstår som fakturaer eller maskerede tilbud	226
7.1.7.1.3.	Forlængelse af løbende kontraktforhold	226
7.1.7.1.4.	Fravalg af tillægsydelser	227
7.1.7.2.	Særligt om ændring af allerede indgåede aftaler	227
7.1.7.3.	Særligt om urimelige aftaler	229
7.2.	Regulering ud fra almene samfundsinteresser	231
7.2.1.	Generelt	231
7.2.2.	Diskriminerende markedsføring	233
7.2.2.1.	Racediskrimination	233
7.2.2.2.	Kønsdiskrimination	236
7.2.2.3.	Aldersdiskrimination	239
7.2.2.4.	Øvrige tilfældegrupper	240
7.2.3.	Begrænse udbredelsen af farlige produkter	241
7.2.4.	Reklamer, der spiller på frygt, ulykke eller andre ubehagelige virkemidler	246
7.2.5.	Opfordre til forkastelig adfærd	249
7.3.	Kommentarer til generalklausulens anvendelse uden for erhvervsforhold	252
7.3.1.	Generelle overvejelser	253
7.3.2.	Hensyn, der taler for indgreb	256
7.3.2.1.	Fysisk sikkerhed og sundhed	257
7.3.2.2.	Modvirke forskelsbehandling	258
7.3.2.3.	Informeret marked rensset for uvedkommende påvirkninger	260
7.3.2.4.	Lovgivningen i øvrigt skal overholdes	260
7.3.2.5.	Rimelige kontraktforhold	261
7.3.2.6.	Diskriminerende markedsføring	261
7.3.2.7.	Anspore til forkastelig adfærd	262
7.3.2.8.	Markedet skal være behageligt og pænt	263
7.3.2.9.	Begrænse udbredelsen af visse farlige produkter	264

Indholdsfortegnelse

7.3.2.10. Markedet skal ikke være unødigt generende	265
7.3.3. Modhensyn	266
7.3.3.1. Borgernes personlige frihed	267
7.3.3.2. Vigtigheden af intensiv markedsføring	267
7.3.3.3. Frygten for smagsdommeri	267
7.3.3.4. For meget information	268
7.3.3.5. Forskellige mediers begrænsninger	268
7.3.3.6. Humor og ironi	269
7.3.3.7. Forhold, som markedet håndterer selv	270
7.3.3.8. Forholdet til anden lovgivning	270
Kapitel 8. Hensyn i forbrugerforhold sammenholdt med hensyn i erhvervsforhold	272
8.1. Sammenspillet mellem områderne	272
8.2. Hensyn til markedets funktion	275
8.3. Kollektiv contra individuel beskyttelse	277
8.3.1. Valg af sanktion	278
8.3.2. Kravene til forbudsnedlæggelse	280
Kapitel 9. Fungerer generalklausulen hensigtsmæssigt?	283
9.1. Opfylder generalklausulen sit formål?	283
9.1.1. Uforudsete problemstillinger	283
9.1.2. Gennemgangsfunktionen	286
9.1.3. Problemstillinger, der ikke egner sig til konkrete regler	292
9.2. Er der betænkeligheder knyttet til dens anvendelse?	295
9.2.1. Manglende retssikkerhed	295
9.2.2. Frygten for partiskhed	300
9.2.3. Tilflugtssted	301
Kapitel 10. Sammenfatning	303
Summary	306
Bøger og artikler	309
Forkortelsesliste	314
Domsregister	316
Stikordsregister	321