

Markedsføringsret – Læsning

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1 – MARKEDSFØRINGSRET	3
1.1 <i>Regulering af markedsføring</i>	3
1.1.1 Forbrugerrelationen	4
1.1.2 Markedsret og forbrugerret	4
1.2 <i>Den unionsretlige markedsføringsret</i>	4
1.2.1 Hvad er harmoniseret?	5
1.3 <i>Kommerciel ytringsfrihed</i>	6
1.4 <i>Lov om markedsføring</i>	6
1.4.1 Lovens anvendelsesområde	6
1.4.2 Markedsføringslovens opbygning	7
1.6 <i>Markedsføringsrettens aktører og kilder</i>	8
1.6.1 Relevante aktører	8
KAPITEL 2 – REGULERINGSMETODER, GENERALKLAUSULER OG RETSHÅNDHÆVELSE	9
2.2 <i>Regulering gennem generalklausuler</i>	9
2.3 <i>Generalklausuler. Reguleringsteknik</i>	9
2.3.1 Forholdet mellem generalklausulerne i § 3 og § 4	9
2.3.2 Overlapning med specialregler	9
2.4 <i>Markedsføringslovens håndhævelsessystem</i>	10
2.4.1 Forbrugerombudsmanden	10
2.4.2 Forbud og påbud	10
2.4.3 Straf	11
2.4.4 Erstatning	11
KAPITEL 3 – VILDLEDENDE OG AGGRESSIV MARKEDSFØRING	12
3.1 <i>Oversigt over den retlige regulering</i>	12
3.2 <i>Vildledning</i>	12
3.2.1 Kriterier for vildledning	12
3.2.2 Uforpligtende anprisninger	13
3.2.3 Faktuelle oplysninger	14
3.2.4 Udeladelse af væsentlige oplysninger	14
3.2.5 Identifikation af kommerciel hensigt Skjult reklame mv.	15
3.2.6 Kravet om kommerciel effekt	15
3.3 <i>Aggressiv og utilbørlig handelspraksis</i>	15
3.3.1 Aggressiv handelspraksis i forbrugerforhold	15
3.3.2 Misrekommandering og anden utilbørlig handelspraksis i erhvervsforhold	16
3.3.3 Goodwill-snylteri	16
3.4 <i>Sammenlignende reklame</i>	16
3.4.1 Hvornår foreligger der sammenlignende reklame?	17
3.4.2 Krav til sammenlignende reklame	17
KAPITEL 4 – PRISOPLYSNINGER, PRISMARKEDSFØRING OG KØBSOPFORDRINGER	18

- Den unionsretlige harmonisering er gennemført ved direktiver, hvorfor der tages udgangspunkt i den danske lovgivning, som implementerer reglerne

Jf. **art. 3, stk. 4** i handelspraksisdirektivet vil det i tilfælde af uoverensstemmelse mellem handelspraksisdirektivets bestemmelser og andre fællesskabsbestemmelser om særlige aspekter af urimelige handelspraksis være sidstnævnte, der gælder for de pågældende aspekter

Handelspraksisdirektivet indeholder en liste over **sortlistede** former for handelspraksis

- Former for markedsføring, der under alle omstændigheder anses for at være urimelige i forbrugerforhold
- De eneste forhold der kan bruges uden en konkret vurdering af, hvorvidt der er tale om en urimelig handelspraksis

Kommissionen har udarbejdet en omfattende vejledning i form af et uforpligtende arbejdsdokument, der har til formål at ”fremme den korrekte anvendelse af handelsdirektivet”

- Vejledningen er dog ikke bindende

1.2.1 Hvad er harmoniseret?

Det materielle anvendelsesområde

Definition af handelspraksis:

- En handling, udeladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugere, jf. **art. 1, stk. 1, litra d**

Direktivet finder anvendelse på:

- Handelspraksis, som foretages før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt jf. **art. 3, stk. 1**

Det afgørende er:

- Om den pågældende kommercielle handling er omfattet af en erhvervsdrivendes forretningsstrategi og direkte tilsigter promovering og salgsfremme for denne

Direktivet har et bredt anvendelsesområde → hvilket der ofte fortolkes efter

- Direktivet omfatter også situationer, hvor erhvervsdrivende over for forbrugere tilbyder køb af produkter/ydelser fra forbrugeren (se: **lærebog s. 30-31**)
- Direktivet vedrører former for handelspraksis, som direkte påvirker forbrugernes transaktionsbeslutninger i forbindelse med produkter = branding hører også ind under

Direktivet tilsigter en udtømmende harmonisering af reglerne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne

Forbrugernes økonomiske interesser

Direktivet omfatter også handelspraksis, som er egnet til at skade forbrugernes økonomiske adfærd, jf. **art 5, stk. 2, litra b**

Fra Kommissionens vejledning:

- Direktivet omfatter ikke nationale bestemmelser, der har til formål at beskytte interesser, som ikke er af økonomisk karakter
- Direktivet omfatter ikke nationale bestemmelser, som har til formål at beskytte menneskets værdighed eller forebygge køns-, race- og religionsdiskrimination eller som regulerer afbildning af nøgne personer, vold eller asocial adfærd

- Generalklausulerne indebærer, i det omfang de efter deres indhold er anvendelige, at forholdet kan trækkes ind under markedsføringslovens institutionelle system

I tilfælde af indbyrdes uoverensstemmelse viger handelspraksisdirektivet, herunder generalklausulen, således for specifikke fællesskabsbestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis

Civilretlige regler

Markedsføringsloven kan konvertere civilretlige, forbrugerbeskyttende regler til også at være markedsføringsregler

En markedsførings-/handelspraksis, der indebærer en tilsidesættelse af de rettigheder, der er tillagt forbrugere ved beskyttelsespræceptive lovregler, er i strid med god markedsføringsskik/god erhvervsskik – og dermed generalklausulerne i henholdsvis **§ 3, stk. 1 og § 4**

- Det er i strid med markedsføringsretlige generalklausuler, hvis en erhvervsdrivende gør krav gældende, som ikke har civilretlig dækning

2.4 Markedsføringslovens håndhævelsessystem

2.4.1 Forbrugerombudsmanden

I henhold til **markedsføringslovens § 25** har forbrugerombudsmanden til opgave at føre tilsyn med lovens overholdelse

- Hans kompetence angår primært, men ikke kun, forbrugernes interesser

Forbrugerombudsmandens intervention på markedet styres af et almindeligt forhandlingsprincip, jf. **markedsføringslovens § 28, stk. 1**

- Forbrugerombudsmanden skal, ved forhandling, søge at påvirke de erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med principperne for god markedsføringsskik

Til brug for tilsynsvirksomheden kan Forbrugerombudsmanden kræve alle nødvendige oplysninger af betydning for sin virksomhed, jf. **markedsføringslovens § 25, stk. 2**

- Manglende opfyldelse af oplysningspligten og meddelelse af urigtige eller vildledende oplysning kan, forudsat at der er handlet uagtsomt, straffes med bøde, jf. **§ 37, stk. 2**

Virksomheder kan bede om Forbrugerombudsmandens syn på en påtænkt markedsføringsforanstaltning, jf. § 30

- Her afgives en forhåndsudtalelse om synet på lovligheden af konkrete foranstaltninger
- Dette kan spare virksomheden for senere indgriben fra Forbrugerombudsmandens side
- **Dog indebærer en forhåndsbesked ikke bindende stillingtagen til lovligheden af vedkommende foranstaltning**

Er forhåndsbeskeden negativ vil Forbrugerombudsmanden højst sandsynligt gribe ind, hvis den erhvervsdrivende alligevel sætter foranstaltningen i værk

2.4.2 Forbud og påbud

Forbudssanktionen er knyttet til alle markedsføringslovens handleregler

Markedsføringslovsovertrædelser kan imødegås ved forbuds-/påbudsdom

- Forbud/påbud er en udelukkende fremadrettet sanktion, som indebærer en præciserende konkretisering og dermed en indskærpelse af en i forvejen eksisterende pligt

- Elementer, som forbrugeren nødvendigvis skal betale og som udgør en økonomisk modydelse for erhvervelsen af den pågældende vare

4.1.4 Gebyrer

Detaljer vedrørende gebyrer vil i udgangspunktet også være væsentlige oplysninger

Reguleres i markedsføringslovens § 16

Kravet om klar fremhævnning af betingelserne indebærer, at det tydeligt skal fremgå af aftalevilkårene, efter hvilke kriterier gebyrerne kan ændres eller indføres

4.1.5 Prismarkedsføring

Prismarkedsføring = Brugen af salgsfremmende prisudslag og andre foranstaltninger, der er tæt knyttet til præsentation af vare og pris

- Der skal være overensstemmelse mellem det markedsførte og det reelt udbudte

Der må gerne gives andre prisoplysninger (fx en førpris), så længe dette ikke medfører, at forbrugeren afskæres fra let orientere sig om varens reelle pris inklusive moms og afgifter

For at en prisoplysning kan være vildledende, skal den være egnet til at foranledige gennemsnitsforbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet

- Idet prisen ofte har en afgørende eller stor betydning i forbrugerforhold, må det antages, at dette kriterie som udgangspunkt vil være opfyldt

Prissammenligning

- En erhvervsdrivende sammenligner sine priser med egne eller andres priser

Reglerne om sammenlignende reklame skal iagttages, jf. **markedsføringslovens § 21**

Sammenligningen skal som udgangspunkt, og medmindre andet tydeligt fremgår af annoncen, vedrøre produkter af nøjagtig samme art og kvalitet og sælges i det væsentlige samme vilkår

- Det bør klart fremgå, hvilken pris der sammenlignes med

De angivne priser skal være korrekt på markedsføringstidspunktet, idet oplysningen ellers er uden relevans for forbrugeren

Fremgår det ikke **tydeligt**, må der være en formodning for, at gennemsnitsforbrugeren får indtryk af, at der sammenlignes med den erhvervsdrivendes egen ”førpris”

- Erhvervsdrivende bør ikke anvende ”førpris”, hvis det pågældende produkt rent faktisk ikke har været udbudt eller solgt til den angivne højere ”førpris”

Førpris/normalpris → skal have været gældende i en længere periode umiddelbart forud for annonceringen (mindst 6 sammenhængende uger)

Nupris/prisnedsættelsen → må kun markedsføres i en kort periode (op til 2 uger)

Salgsfremmende udtryk

Disse udtryk skal normalt have et reelt indhold i henhold til den almindelige forståelse af ordet

Udsagn om generel prisbillighed skal i udgangspunktet kunne dokumenteres, jf. **§ 13**

- Prisbilligheden bør gælde alle varer hos et repræsentativt udsnit af de forretninger, det er rimeligt og relevant at sammenligne med

Gratis

- Produktansvar
- Æreskrænkelser
- Krænkelser af forbud mod salg uden for et selektivt distributionsnet

Ved æreskrænkelser:

Den krænkede kan anlægge erstatningssag mod skadevolder enten (1) ved retterne i den kontraherende stat, hvor skadevolderen har hjemsted, eller (2) ved retterne i hver enkelt kontraherende stat, hvor ytringen er blevet udbredt, og hvor den krænkende part hævder, at hans omdømme har lidt skade

→ Hvis sagen anlægges ved sagsøgtets hjemting, har domstolen kompetence til at tilkende erstatning for hele den skade, ærekrænkelsen har forvoldt, hvorimod domstolene i de andre stater, hvor sagsøgte har lidt skade, kun har kompetence til at tage stilling til den skade, der er forvoldt i den stat, hvor sagen er indbragt

Sager vedrørende krænkelsen af et i en medlemsstat registreret varemærke

- Kan indbringes enten for retterne i den medlemsstat, hvor varemærket er registreret (stedet for skadens indtræden), eller for retterne i den medlemsstat, hvor annoncørens etableringssted befinder sig (stedet for den skadevoldende begivenhed)

Krænkelser af ophavsret:

Stedet for den skadevoldende begivenhed → Stedet for iværksættelsen af den tekniske proces for fremvisning på webstedet

Stedet for skadens indtræden → Andre stater, hvor hjemmesiden er tilgængelig, uanset om aktiviteten er rettet mod disse medlemsstater

Lex loci delicti-princippet → Skadestedes lov skal anvendes i sager om erstatning uden for kontrakt

- Medmindre andet er fastsat i forordningen, anvendes loven i det land, hvor skaden indtræder, uanset i hvilket land den skadevoldende begivenhed fandt sted
- Hvis den skadelidte og den ansvarlige har sædvanligt opholdssted i samme land på det tidspunkt, da skaden indtræder, anvendes det pågældende lands lov

→ Rom II-forordningen (gælder ikke for DK)

”Sikkerhedsventil”

- Hvis det af alle sagens omstændigheder fremgår, at den skadevoldende handling har en åbenbart nærmere tilknytning til et andet land, anvendes dette andet lands lov

Ved en forpligtelse uden for kontrakt, der udspringer af illoyal konkurrence (**markedsføringsret**), anvendes loven i det land, hvor konkurrenceforholdene eller forbrugernes kollektive interesser påvirkes eller vil kunne blive påvirket

Kontraktforpligtelser

Forumvalg i sager om kontraktforhold → En person, der har bopæl på en medlemsstats område, kan sagsøges i en anden medlemsstat ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes (Bruxelles I-forordningen, art. 7, stk. 1, nr. 1)

Varer og tjenesteydelser – den forpligtelse, der ligger til grund for sagen:

- Det sted, hvor varerne i henhold til aftalen er blevet leveret eller skulle have været leveret

- ”Trærens” for rensmiddel
- ”Rejsearrangøren” for rejsebureauvirksomhed

Særprægsvurderingen

Hvorvidt et tegn har særpræg, beror på en helhedsvurdering, som skal foretages i relation til den tilsigtede omsætningskreds

- Varemærket skal bedømmes i forhold til dels de varer og tjenesteydelser, med hensyn til hvilke der er ansøgt om registrering af mærket, dels opfattelsen hos den berørte kreds af forbrugere af disse varer eller tjenesteydelser → Den opfattelse, som en almindelig oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser må formodes at have
 - Sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, præmis 75

Ordmærker

Ordmærker, der er skabt ved fantasiens hjælp, altså ord, der ikke i forvejen findes i sproget, vil næsten altid have fornødent særpræg

- Også ord, der forekommer bekendte, men som i virkeligheden ikke findes i sproget, fx NILFISK

Almindelig ord kan have fornødent særpræg, hvis de ikke er beskrivende for de varer eller tjenesteydelser, som mærket er påført – fx APPLE for computere, ELEFANT for viskelæder og ECCO for fodtøj

Varemærker, som antyder en egenskab ved varen uden at være direkte beskrivende (suggestive mærker) – fx FACIT for regnemaskiner – vil almindeligvis også have fornødent særpræg

Se UfR 2001.1109 SH, Micro Compact Car

- Et flertal i Sø- og Handelsretten fandt, at varemærket MICRO COMPACT CAR for køretøjer mv. ikke havde fornødent særpræg med henvisning til, at mærket var en sammensætning af deskriptive ord, som alene angav varens art og beskaffenhed, idet ordene måtte opfattes som en lille kompakt bil

Se UfR 2014.3346 H, SOX INSTITUTE

- Højesteret fandt, at betegnelsen SOX INSTITUTE anvendt for undervisning i den amerikanske SOX-lovgivning ikke havde tilstrækkeligt særpræg til at opnå varemærkeret

Ordmærker på fremmede sprog → Hvis forbrugere i andre lande end den ”oprindelige” land kan forstå betydningen af ordet, vil ordet som udgangspunkt ikke bære særpræg, hvorfor det ikke kan registreres, jf. sag T-461/09, CheapFlights International

Slogans → Der skal ikke anvendes strengere kriterier på slogans end dem, der anvendes på andre typer af tegn

- Slogans indeholder dog typisk beskrivende elementer, hvorfor det i praksis ofte vil kunne være vanskeligt at opnå varemærkebeskyttelse heraf

→ Slogans er, sammenlignet med mange andre typer af tegn, dårligere egnet som oprindelsesangivelse, da gennemsnitforbrugeren normalt ikke vil opfatte sloganet som en oprindelsesangivelse