

PALLE BO MADSEN

KONKURRENCERET MARKEDSRET DEL 1

8. UDGAVE

Konkurrenceret

Markedsret Del 1

»Den som är väldigt stark måste också vara väldigt snäll«.

Astrid Lindgren: *Känner du Pippi Långstrum?*
(billedbog 1947)

»Du er skrupskør, dreng?« Michaelsen tog sig til hovedet, rykkede frem på stolen igen, la hånden på Kristians arm og talte til ham som til en syg. »Du forstår det ikke, Lillekristian. Hør nu her. Kemikoncern og American Chemical fremstillede begge Baldin og lå i flere år og konkurrerede hinanden halvdøde. Det var før aftalen. I trede fandt man hinanden med det resultat, at American Chemical nu har Nord- og Sydamerika som område. Kemikoncern den øvrige verden. Nu tror du naturligvis American Chemical kom til kort, hvad? Næ, du, pris aftalen lød på 4000 dollars per kilo i Amerika mod før 450. Ser du det geniale, hvad? Eller et andet eksempel. Vi ejer et præparat, navnet får du ikke, som anvendes både til industrielt brug og til tandlægevirksomhed. Vi tjener for lidt. Hvad gør vi: jo, vi træffer aftale med de andre producenter, giver barnet to navne og sælger det ene til 7,50 kroner for et kilo, det andet for 400 kroner. – Smart, ikke?«

Michaelsen klasker hænderne sammen i begejstring, aldeles overbevist om at Kristian måtte bøje sig for så overbevisende tal.

»Fidusmageri!« vrængede Kristian. »Næ, onkel, ser du, jeg vil lave varer, gode varer, som svarer til et behov, varer til den almindelige forbruger uden præferencepriser og den slags. Det er alligevel en ædler form for produktion.«

Ditte Cederstrand: *Jubilæumsugen*,
1. bind i serien: *Den hellige Alliance*,
(roman 1953)

Palle Bo Madsen

Konkurrenceret

Markedsret Del 1

8. udgave



Djøf Forlag
2021

Palle Bo Madsen
Konkurrenceret – Markedsret 1

8. udgave, 1. oplag

© 2021 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Clemenstrykkeriet, Viborg

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-574-5127-6
eISBN 978-87-7198-563-4

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsoversigt

Del 1-3

8. udgave

Konkurrenceret

Markedsret Del 1

Markedsretten som retsdisciplin

Konkurrencebegrænsninger

- Konkurrencebegrænsende aftaler
- Misbrug af markedsdominans
- Offentlig støtte
- Fusionskontrol

Markedsføringsret og konkurrenceværn

Markedsret Del 2

God markedsføring og handelspraksis

- Illoyal konkurrence (B2B)
- Fairness over for forbrugerne (B2C)

Aftale- og loyalitetsbestemte konkurrenceværn

- Konkurrenceklausuler m.v.
- Forretningshemmeligheder

Immaterielret

Markedsret Del 3

Produktbeskyttelse

- Ophavsret
- Patentret
- Brugsmodeletret
- Topografiret
- Designret

Kendetegnsbeskyttelse

- Varemærkeret
- Virksomhedsnavneret

Indholdsfortegnelse

Omnummerering af traktatbestemmelserne.....	12
Forord	13
Kapitel 1. Markedsretten som retsdisciplin – og konkurrence- rettens rolle heri	15
1. Markedsrettens placering i retssystemet.....	15
1.1. Lidt om baggrund og terminologi – de to første søjler	15
1.2. Immateralrettens inddragelse – den tredje søjle	17
1.3. Forbindelsen til kontraktsretten	19
1.4. Forbindelsen til forbrugerbeskyttelse og bredere samfundsinteresser.....	20
2. Markedsretten som selvstændigt retsområde	21
3. Nærmere om markedsrettens afgrænsning.....	25
4. Markedsret og markedsøkonomi – nationalt og globalt	28
5. Målsætningskonflikter. Om samspil og modspil i markedsretten	31
Kapitel 2. Konkurrencebegrænsninger	35
1. Indledende om økonomi og jura.....	35
1.1. Om markedets økonomiske mekanismer – og om konkurrence	35
1.2. Koncentrationer på udbudssiden.....	36
1.3. Differentierede markeder.....	38
1.4. Virksom konkurrence i konkurrenceretlig forstand.....	41
2. Udviklingen i lovgrundlaget og de underliggende principper.....	44
2.1. Fra kontrolprincip til forbudsprincip	44
2.2. Ekskurs om principskiftet	49
3. Konkurrencelovens formål	52
3.1. Terminologi og reguleringsområde	52
3.2. Effektivitetsmålsætningen	52
3.3. Om andre hensyn – og om EU-tilpasning.....	55

Indholdsfortegnelse

4.	Konkurrencelovens anvendelsesområde	62
4.1.	Erhvervsvirksomhed	62
4.2.	Offentlig og privat virksomhed.....	65
4.2.1.	Offentlig virksomhed og regulering	65
4.2.2.	Immateriale rettigheder.....	71
4.3.	Løn- og arbejdsforhold	74
4.4.	Territorial afgrænsning	75
4.5.	EU-konkurrencereglerne anvendelse	77
5.	Nogle centrale kriterier: Marked, konkurrencebegrænsning og markedsdominans	81
5.1.	Betydningen af det relevante marked	81
5.2.	Afgrænsningen af det relevante marked	83
5.2.1.	Indledende om markedsafgrænsningen.....	83
5.2.2.	Produktmarkedet	84
5.2.3.	Det geografiske marked.....	94
5.2.4.	Et temporalt marked?.....	95
5.3.	Konkurrencebegrænsningskriteriet	97
5.4.	Dominansbegrebet	98
5.5.	Om det indre marked og dets betydning	101
6.	Konkurrencebegrænsende aftaler m.v.....	104
6.1.	Lovens system	104
6.2.	Det generelle forbud	104
6.2.1.	Indledning	104
6.2.2.	Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis	105
6.2.3.	Direkte eller indirekte ... til formål eller til følge....	115
6.2.4.	Forbudte aftaler m.v. – lovens eksemplifikationer..	134
6.2.5.	Påbud, tilsagn og ugyldighed.....	144
6.3.	Interne aftaler – koncernaftaler.....	146
6.4.	De kvantitative kriterier	149
6.4.1.	Undtagelser fra forbuddet	149
6.4.2.	Undtagelser fra undtagelserne	151
6.5.	Individuel fritagelse	154
6.5.1.	Indledende om fritagelse m.v.	154
6.5.2.	Betingelserne for fritagelse.....	154
6.5.3.	Fritagelsesprocedure og retsvirkninger	158
6.6.	Negativattest (Erklæring om ikke-indgreb)	161
6.7.	Gruppefritagelser	163
6.7.1.	Alment om gruppefritagelser.....	163
6.7.2.	Vertikale aftaler og samordnet praksis	166
6.7.3.	Forskning og udvikling.....	168

6.7.4.	Specialiseringsaftaler	169
6.7.5.	Teknologioverførselsaftaler	170
6.7.6.	Vertikale aftaler på eftermarkedet inden for motorkøretøjsbranchen	172
6.7.7.	Om kædesamarbejde i detailhandlen.....	172
7.	Dominerende virksomheder	174
7.1.	Indledende om forbudsreglen, herunder dominans og kollektiv dominans.....	174
7.2.	Misbrugsbegrebet	177
7.2.1.	Indledning	177
7.2.2.	Urimelige priser og betingelser	182
7.2.3.	Leveringsnægtelse m.v.	195
7.2.4.	Nægtelse af adgang til infrastruktur	209
7.2.5.	Licensnægtelse – samt SEP og andet IP-misbrug...	212
7.2.6.	Diskriminerende priser, rabatter og vilkår	216
7.2.7.	Koblingssalg/kombinationssalg (tying & bundling)	225
7.2.8.	Forholdet mellem § 6 og § 11 (og art. 101 og 102)	226
7.3.	Påbud m.v.	228
7.4.	Negativtest (Erklæring om ikke-indgreb)	229
7.5.	Dominerende virksomheders generelle samhandelsbetingelser	230
7.6.	Særligt om digitale platforme	232
8.	Konkurrenceforvridende offentlig støtte	233
8.1.	Indledende om offentlig deltagelse i eller støtte til erhvervsvirksomhed.....	233
8.2.	Centrale begreber	236
8.3.	Reglens anvendelse m.v.....	239
8.4.	Særligt om fritvalgsordninger	242
8.5.	Særlige transparenskrav	244
9.	Fusionskontrol.....	245
9.1.	Fusionskontrol i Danmark og EU	245
9.1.1.	Indførelse af fusionskontrol i Danmark.....	245
9.1.2.	Jurisdiktion	246
9.2.	Fusionsbegrebet – herunder joint ventures	247
9.3.	De kvantitative betingelser – omsætningstærsklerne.....	253
9.3.1.	De nedre tærskler	253
9.3.2.	De øvre tærskler.....	256
9.4.	Anmeldelse og offentliggørelse	257
9.5.	Den materielle prøvelse	259

Indholdsfortegnelse

9.5.1.	Indledning	259
9.5.2.	Vurderingskriterierne	259
9.5.3.	Accessoriske begrænsninger.....	263
9.5.4.	Særligt om joint ventures	265
9.6.	Sagsbehandling og afgørelse	265
10.	Offentlighed, herunder aktindsigt.....	269
11.	Myndighed og håndhævelse	274
11.1.	Indledning	274
11.2.	Konkurrencemyndighederne – organisation og beføjelser ..	275
11.2.1.	Organisation, sammensætning, uafhængighed.....	275
11.2.2.	Håndhævelsens tilrettelæggelse.....	277
11.2.2.1.	Opgaver og virke.....	277
11.2.2.2.	Parallel dansk og EU-retlig regel anvendelse	280
11.2.3.	Partsaktindsigt, partshøring og klagepunktsmeddelelse	283
11.2.4.	Påbudsbeføjelserne	288
11.2.4.1.	Almindelige betingelser for påbud	288
11.2.4.2.	Adfærdsmæssige påbud.....	289
11.2.4.3.	Strukturelle påbud.....	292
11.2.4.4.	Præciserende påbud	292
11.2.4.5.	Foreløbige påbud	293
11.2.5.	Tilsagn.....	294
11.2.6.	Oplysningskrav	295
11.2.7.	Særligt om selvinkriminering	297
11.2.8.	Kontrolundersøgelser.....	299
11.2.9.	Samarbejde med og bistand til Kommissionen og nationale konkurrencemyndigheder i EU og EØS..	303
11.3.	Konkurrenceankenævnet	305
11.3.1.	Sammensætning	305
11.3.2.	Anke/Rekurs.....	307
11.3.3.	Ankenævnets rolle i civile bødesager.....	312
11.4.	Domstolsprøvelse	313
11.5.	Straf m.v.	318
11.5.1.	Tvangsbøder.....	319
11.5.2.	Bøder og fængsel	320
11.5.2.1.	Civile og strafferetlige bøder. Bødeforelæg	320
11.5.2.2.	Bøder	322
11.5.2.3.	Fængselsstraf.....	325
11.5.2.4.	Forældelse	328

11.5.3. Bøde- og strafssubjektet – identifikation, succession og hæftelse	329
11.5.4. Bødestørrelserne	334
11.5.5. Bøde- og sanktionslempelse (leniency).....	338
11.5.6. Kollision mellem leniency og partsaktindsigt m.v..	342
11.6. Erstatning.....	343
11.6.1. Regelgrundlaget	343
11.6.2. Erstatningsbetingelserne	345
11.6.3. Bevisværdien af tidligere myndigheds- og domstolsafgørelser	352
11.6.4. Solidarisk hæftelse og økonomisk succession.....	353
11.6.5. Kollision mellem bøde og erstatning	355
11.6.6. Erstatningsprocessen	356
11.6.7. Mindelig tvistbilæggelse og forlig	360
11.6.8. International domstolskompetence i erstatningssager	362
12. Særlig konkurrenceregulering af visse områder	363
Forkortelsesliste	369
Litteraturliste	371
Afgørelsesregister	373
Stikordsregister	383

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:

<i>før Amsterdam</i>	<i>før Lissabon</i>	<i>efter Lissabon</i>
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

Den foreliggende 8. udgave af »Konkurrenceret – Markedsret Del 1« rummer ligesom tidligere udgaver en indledende præsentation af markedsretten som retsdisciplin efterfulgt af en nærmere gennemgang af konkurrenceretten. Gennemgangen har særlig fokus på den danske konkurrencelov, men inddrager i meget vidt omfang også EU-konkurrenceretten, som de nationale regler spejler sig i, og som virker i et tæt både materielt og håndhævelsesmæssigt samspil med disse.

Fremstillingen af *konkurrenceretten* i denne Del 1 skal ses i sammenhæng med fremstillingerne af henholdsvis *markedsføringsretten* og *immaterielretten*, som udgives separat i en Del 2 og en Del 3. De tre dele tegner tilsammen disciplinen *Markedsret*, som denne her defineres. Fremstillingen er forhåbentlig anvendelig både som undervisningsgrundlag og for praktikere.

Væsentlige ændringer i regelgrundlaget samt vigtig ny myndigheds- og domstolspraksis fra såvel EU som Danmark har nødvendiggjort betydelige omskrivninger af flere dele af fremstillingen. De mest markante ændringer siden bogens 7. udgave i 2018 er sket ved implementeringen af det såkaldte ECN+-direktiv (2019/1/EU).

I forbindelse hermed er der indført et helt nyt system med såkaldte civile bøder til virksomheder (til afløsning for det eksisterende strafferetlige system), hvortil kommer ændring af tilregnelskravet (simpel uagtsomhed), mulighed for udstedelse af strukturelle påbud, udvidede undersøgelsesbeføjelser i bl.a. private hjem, udvidede håndhævelsesmuligheder, ændrede retssikkerhedsgarantier, justering af forældelsesreglen samt mulighed for at rette bødekra­v mod andre juridiske personer end de umiddelbare lovovertrædere. ECN+-direktivet regulerer – med en enkelt undtagelse i art. 1, stk. 2 – kun sager med samhandelspåvirkning (EU-konkurrenceretten), men ved implementeringen af direktivet har man af praktiske grunde valgt at lade reglerne gælde også for rent danske konkurrencesager efter konkurrenceloven, idet de to regelsæt ofte anvendes parallelt. De nye regler er vedtaget ved ændringslov nr. 207 af 15. februar 2021 og findes nu i lovbkg. nr. 630 af 4. marts 2021.

Alle de nye regler er indarbejdet i fremstillingen, som er afsluttet ultimo marts 2021.

Loven vil blive evalueret inden for 3 år efter de seneste ændrings ikrafttrædelse (jf. FT 2020-21, L 116, Tillæg B, ministerens svar på spørgsmål 41).

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Markedsretten som retsdisciplin – og konkurrencerettens rolle heri

1. Markedsrettens placering i retssystemet

1.1. Lidt om baggrund og terminologi – de to første søjler

Konkurrenceretten udgør en grundstamme i den regulering af markedet, som her sammenfattes under betegnelsen *markedsret*. En nærmere fastlæggelse af markedsrettens regler, begreber og afgrænsninger må derfor naturligt tage udgangspunkt heri, selv om konkurrenceretten næppe kan siges som selvstændig retsdisciplin nogensinde at have haft et fuldstændig fast indhold.

I Danmark knyttede betegnelsen konkurrenceret sig oprindeligt til de regler om *illoyal konkurrence*, som var samlet i den indtil 1975 gældende konkurrencelov (»Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse«), og som i dag er samlet i og omkring markedsføringsloven.¹ Et officielt terminologiske indtraf imidlertid ad to omgange, nemlig dels i 1974/75, hvor en ny *markedsføringslov* afløste den hidtidige *konkurrencelov* (omhandlende *illoyal konkurrence*),² og dels i 1989, hvor den hidtidige *monopollov* (samt pris- og avanceloven) blev erstattet af en (*ny*) *konkurrencelov* (omhandlende *konkurrencebegrænsninger*).³

1. Jf. *Andreasen*: Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning, 1948, p. 171 ff., *Kobbernagel*: Konkurrencens retlige regulering I, 1957, p. 51 ff., *Koktvedgaard*: Immaterialretspositioner, 1965, p. 30 ff.
2. 1974-markedsføringsloven er siden ændret adskillige gange (bl.a. som følge af en række EU-direktiver), og en ny hovedlov blev vedtaget i 2017, men hovedsigtet er fastholdt. Den gældende lovtekst findes nu i lov nr. 426 af 3.5.2017 med senere ændringer. Markedsføringsloven behandles i Markedsret Del 2.
3. Konkurrenceloven af 1989 er siden blevet afløst af en ny 1997-konkurrencelov, jf. nu lovbk. nr. 360 af 4.3.2021. *Området* for denne lov er uændret (*konkurrencebegrænsninger*), men 1997-loven indførte et principskifte fra et kontrolprincip til et forbudsprincip ad modum EU-rettens konkurrenceregler i art. 101 og 102 TEUF. Se nærmere nedenfor i kapitel 2.

Kapitel 1. Markedsretten som retsdisciplin

Konkurrenceloven af 1989 omhandlede således – trods navnesammenfaldet – ikke samme konkurrenceretlige emner som den indtil 1975 gældende konkurrencelov, men derimod de temaer, som tidligere var blevet behandlet under betegnelsen *monopolret*. Af samme grund bliver betegnelsen konkurrenceret herefter (i stedet eller tillige) brugt om de regler, der regulerer de strukturelt betingede (monopolistiske) og/eller organiserede (aftalte) konkurrencebegrænsninger, som har virkninger for en *effektiv konkurrence* og dermed for hele *markedets* funktionsevne. Siden er området igen blevet udvidet til også at omfatte regler for konkurrenceforvridende offentlig støtte (statsstøtte) og fusionskontrol, som nu ligeledes findes i konkurrenceloven.

Figur 1. Konkurrencerettens vekslende terminologi

	Konkurrence-loyalitetret	Konkurrencebegrænsningsret
Tidligere lov:	Konkurrencelov	Monopollov
Nuværende lov:	Markedsføringslov	Konkurrencelov

Inden for EU-retten betegnes reglerne i art. 101-109 TEUF som traktatens »konkurrenceregler«. Disse omfatter ligeledes regler »for virksomhederne« (navnlig art. 101-102 TEUF svarende til den danske konkurrencelovs §§ 6 og 11) og regler om »statsstøtte« (navnlig art. 107-108 TEUF svarende til konkurrencelovens kapitel 3 a).

Terminologidiskussionen (og -forvirringen) afspejler det faktum, at der hverken praktisk eller systematisk kan sættes noget skarpt skel mellem de forskellige konkurrenceretlige reguleringsformer, som alle i bred forstand beskæftiger sig med erhvervslivets konkurrencevilkår, selv om tilgangen er forskellig (konkurrenceeffektivitet/konkurrenceloyalitet), og selv om reglerne kan have forskellige adressater (virksomhed/stat m.v.).

Allerede da konkurrenceretten som begreb og selvstændigt retsområde blev introduceret i Norden af nordmanden *Ragnar Knoph* i 1930'erne, medtog *Knoph* herunder såvel reglerne i trustlovgivningen (monopollov-

givningen) som reglerne om utilbørlig konkurrence,⁴ idet disse blev karakteriseret som »de to bærende søjler for et eget rettsområde, konkurranseretten«. ⁵ Dette hænger sammen med, at Norge i 1926 som eneste nordiske land havde fået en egentlig konkurrencebegrænsningslov. Siden har de øvrige nordiske lande indhentet Norge på dette punkt, og den samme grundlæggende opfattelse af *konkurrencebegrænsningsretten* (konkurrenanceloven) og *konkurrenceloyalitätsretten* (markedsføringsloven) som de to bærende søjler på dette område kan i dag genfindes i dansk ret – i de senere årtier godt hjulpet på vej af EU-retten, som har fået stigende indflydelse i begge henseender.

1.2. Immaterialrettens inddragelse – den tredje søjle

Allerede *Knoph* var dog i sit pionerarbejde opmærksom på, at selv denne bredere afgrænsning af konkurrenceretten var for snæver. *Knoph* behandlede således indgående konkurrenceretten forhold til de lovbestemte enerettigheder i *immaterialretten* (»åndsretten«), ligesom han understregede sammenhængen til andre privat- og offentligretlige regelsæt. Disse forbindelseslinjer er siden blevet endnu mere synlige, hvilket ikke mindst det EU-retlige spændingsfelt mellem lovbestemte enerettigheder, konsumtion og fri varebevægelighed har bidraget til.⁶ Behovet for en sammenhængende, systematisk behandling af de nævnte retsområder er som følge heraf blevet tilsvarende mere påtrængende.

For en formel betragtning adskiller immaterialretten sig fra konkurrence- og markedsføringsretten ved ikke på samme måde at opstille *offentligretlige rammeregler*, men i stedet at angå retspositioner, der pr. definition er *formuerettigheder*. De nævnte formuerettigheder adskiller sig imidlertid fra traditionelle private retspositioner ved for det første at være *lovbestemte*, ved for det andet som oftest at blive stiftet ved en *forvaltningsakt* og ved for det tredje at være sanktioneret med *straf*. Vi taler således her om nogle højst *atypiske* formuerettigheder, som i grænselandet mellem offentlig ret og privatret opstiller en række særlige randbetingelser for virksomhedernes handlemulighe-

4. Jf. *Knoph*: Oversigt over Norges rett, 1. utg. 1934, p. 354 ff.

5. Jf. *Knoph*: Åndsretten, 1936, p. 519.

6. Kort tid efter Danmarks indtræden i det daværende EF fremhævede *Mogens Plesner* i U 1975 B, p. 175 ff. – med afsæt i den tidligere almindelige opfattelse af immaterialretten som et »afsides hjørne« af juraen – immaterialrettighedernes stigende økonomiske betydning for industrien samt den stadig større erkendelse af, »at immaterialrettighederne har et nært samspil med konkurrenceretten, ja måske i visse tilfælde kan ses som en del af konkurrenceretten«. Mere rammende kan det næppe siges.

der på markedet, og som virker i et tæt samspil med anden (offentligretlig) markedsregulering.

Immaterialrettens forbindelse til konkurrenceretten viser sig mest umiddelbart i *varemærkeretten* og dennes meget klare fokusering på konkurrence-relationer (som det kommer til udtryk i kravet om vareartslighed, jf. varemærkelovens § 4). Tidligt er varemærkeretten simpelthen blevet opfattet som »en del af den videregående konkurrenceret«. ⁷ Men også i *patentretten*, *ophavsretten* og *designretten*, som i højere grad lever deres eget liv, kan en konkurrencerelation i visse tilfælde påvirke den udmålte beskyttelse, således at den lovbestemte immaterialret bliver mere eller mindre konkurrencebunden, ⁸ ligesom strafferammen i visse tilfælde er udvidet for mere systematiske eneretskrænkelser, som begås »erhvervsmæssigt« (såkaldt pirateri). ⁹

I Danmark er væsentlige dele af *kendetegnsretten* (varemærker, firmanavne m.v.) blevet inddraget under konkurrenceloyalitetsrettens paraply i medfør af kendetegnsrettens »lille generalklausul« i markedsføringslovens § 22, ligesom varemærkelovens § 5 i visse henseender afgrænser immaterialretsbeskyttelsen af varemærker med direkte henvisning til kriteriet »god markedsføringskik« hentet fra generalklausulen i markedsføringslovens § 3, stk. 1. ¹⁰ Den egentlige *produktbeskyttelse*, som i eneretsform f.eks. kan opnås via reglerne om patenter, design eller ophavsretlig brugskunst m.v., må tilsvarende anskues i praktisk sammenhæng med den beskyttelse mod illoyale produktetferligheder, som gives i markedsføringslovens generalklausul. I praksis opfattes konkurrence(loyalitets)rettens beskyttelse mod produktetferligheder og mod brug af forvekslelige forretningskendetegn ofte som et påhæng til immaterialretten, dvs. som en supplerende beskyttelsesmulighed i tillæg til de lovbestemte enerettigheder.

I dansk litteratur blev disse sammenhænge inden for kendetegnsretten tydeligt behandlet allerede af *Hardy Andreassen* i hans disputats fra 1948 om »Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning« og senere i en noget bredere immaterialretlig kontekst af *Mogens Koktvedgaard* i dennes disputats fra 1965 om »Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner«.

7. Se f.eks. *Andreassen*: Varemærkeretten, p. 171.
8. Se herom i Markedsret Del 3 samt hos *Koktvedgaard*: Immaterialretspositioner, p. 236 ff., 244 og 254 f.
9. Jf. f.eks. ophavsretslovens § 76, stk. 2.
10. Også det centrale varemærkeretlige forvekslelighedskriterium i varemærkelovens § 4 ses i praksis fastlagt under inddragelse af »de omstændigheder, hvorunder varerne markedsføres«, jf. U 1988.29 H og nærmere i Markedsret Del 3.

Internationalt set kan det her være af interesse at erindre om, at Pariserkonventionen af 1883, hvis hovedsigte er beskyttelse af »industrielt ejendomsret« (navnlig patent-, design- og varemærkeret), siden Bruxelles-revisionen i år 1900 også har været suppleret med regler til beskyttelse mod illoyal konkurrence (art. 10 bis), hvorved den nære forbindelse mellem beskyttelsen af immaterialrettigheder og beskyttelsen imod illoyal konkurrence ligeledes er kommet til udtryk.

Hertil kommer, at der er en praktisk såvel som systematisk betydningsfuld interaktion mellem immaterialrettighedernes *eksistens* og de vilkår for deres *udnyttelse*, som bl.a. reguleres i konkurrenceretten.¹¹

Såvel for en praktisk som for en systematisk betragtning synes i hvert fald dele af immaterialretten således at måtte inddrages som en *tredje »bærende søjle«* i det regelkompleks, som giver rammerne og spillereglerne for virksomhedernes *positioner og dispositioner på markedet*. Immaterialrettens omfang og kompleksitet gør dog (navnlig på ophavsrettens område), at *dele* af dette regelkompleks også må behandles fra andre perspektiver end et rent markedsretligt.

1.3. Forbindelsen til kontraktsretten

Markedsretten opererer i et afhængighedsforhold til de civilretlige regler, der danner grundlag for markedsaktørernes frihed til som udgangspunkt at indgå de aftaler, som de har lyst til. Konkurrence- og markedsføringsretten griber ind i det civilretlige retssystem ved f.eks. at sanktionere visse aftaler med *ugyldighed*, ved at knytte *erstatningsansvar* til overtrædelse af den konkurrence- og markedsføringsretlige regulering og ved at flette det markedsføringsretlige *loyalitetsskrav* sammen med aftale- og obligationsrettens almindelige principper om bona fides, loyalitet og rimelighed i forbindelse med aftalers indgåelse, opfyldelse og retsvirkninger.¹²

Der er både tale om, at konkurrencehensyn kan inddrages ved fastlæggelsen af obligationsretlige biforpligtelser, hvor erhvervsdrivende indgår aftaler

11. Valget mellem forskellige retstekniske modeller til behandling af immaterialrettens og konkurrenceretten »grænsefladeproblemer« er behandlet af *Jens Schovsbo: Grænsefladeproblemer mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, 1996. Der argumenteres her for ikke at anskue grænsefladeproblematikken ud fra to adskilte regelsæt, men i stedet at *indarbejde* de relevante konkurrencemæssige normer i den immaterialretlige regulering (såkaldt »internalisering«).
12. Se *Koktvedgaard: Immaterialretspositioner*, p. 275 ff., *Palle Bo Madsen* i U 1982 B, p. 165 ff., 170 f., *Sune Troels Poulsen: Loyalitetspligt og erhvervsforbud*, 1991, p. 64 ff., 87 ff., *Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, 7. udg., p. 423 ff., 431 f.

med hinanden, og om at en kontrakts- og samhandelsrelation kan skærpe de legale forpligtelser til gensidig hensyntagen, som følger af navnlig markedsføringsloven.¹³

Også *immaterialretlige kontraktsforhold* kan skabe særlige pligtrelationer, der enten udløses legalt (direkte ifølge lovgivningen) eller som følge af måden, hvorpå den almindelige kontraktuelle loyalitetsforpligtelse udmøntes for *netop denne* kontrakttype. Et eksempel på det første kunne være den særlige udnyttelsespligt, som ifølge OHL § 54 gælder for en erhverver af rettigheder efter denne lov, og et eksempel på det sidste kunne være den forpligtelse, som en erhverver af en lovbestemt eneret i visse tilfælde kan have til ikke at forrykke kontraktens grundlag ved senere at anfægte enerettens eksistens.¹⁴

Endvidere får det betydning, at immaterielle rettigheder i stigende grad udnyttes kontraktligt i form af *licensaftaler*. Tidligere byggede virksomhedernes brug af eneretsbeskyttelsen i høj grad på en defensiv strategi, hvor hovedformålet var *at afskære andre* fra at benytte en nyopfundet teknologi eller lignende, som man kunne opnå en konkurrencefordel ved selv at udnytte. Uagtet at eneretstanken fortsat bygger på en sådan forbudsbeføjelse, ligger enerettens økonomiske værdi efterhånden mere og mere i muligheden for *at dele den med andre mod betaling* (licensafgift eller royalty). Det betyder, at kontrakten i stigende grad får en central betydning for den kommercielle udnyttelse af en immateriel rettighed – samtidig med at sådanne (simple eller eksklusive) udnyttelsesaftaler skaber grobund for en vis spænding mellem immaterialretten, kontraktsretten og konkurrenceretten.

1.4. Forbindelsen til forbrugerbeskyttelse og bredere samfundsinteresser

Endvidere må det nævnes, at der efter den rets- og samfundsudvikling, der startede i 1960'erne og i efterfølgende dansk ret bl.a. udmøntede sig i markedsføringsloven af 1974, ej heller kan drages noget skarpt skel mellem den klassiske konkurrenceret og *forbrugerbeskyttelsesretten*, idet reglerne om loyal konkurrence mellem de erhvervsdrivende nu er smeltet mere eller mindre sammen med reglerne om *fairness over for kunderne*.

Markedsføringsloven – såvel 1974-versionen som senere versioner – hviler således på tre ligeværdige hensyn, hvoraf hensynet til de erhvervsdrivendes indbyrdes konkurrenceforhold kun er det ene. Hensynet til forbrugerne og hensynet til samfundsinteresserne indgår med selvstændig og ligeberettiget

13. Se nærmere i Markedsret Del 2.

14. Se nærmere i Markedsret Del 3.