

# **Ophavsretlig beskyttelse af brugskunst**

med særligt fokus på EU-rettens betydning for den danske retstilstand

## **Copyright protection of applied arts**

focused on the importance of EU law for the Danish legal situation

af JACOB NØRHOLM ESBENSEN

*Nærværende afhandling behandler den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst i dansk ret og undersøger, hvilken eventuel påvirkning EU-retten har herpå. En klar retsstilling er ønskelig, men i det seneste årti har EU i mere og mere omfattende grad harmoniseret ophavsretten, og det har i visse tilfælde efterladt usikkerheder vedrørende muligheden for at opretholde hidtidig dansk retspraksis. Afhandlingens overordnede formål er derfor at fastlægge, hvilken betydning EU-retten og EU-Domstolens praksis har for kravene til værkshøjde og for beskyttelsesomfanget i relation til brugskunstværker i dansk ret.*

*Afhandlingen undersøger reguleringen af brugskunst i dansk ret, og særligt hvilke krav der stilles for beskyttelse heraf. Dette sammenholdes med EU-rettens værkshøjdekrav udtrykt ved kravet om at originalitet defineret ved, at værket må være udtryk for ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”. Begrebet er efter EU-Domstolens opfattelse øjensynligt harmoniseret med virkning for alle dele af ophavsretten. Hvorvidt kravet klart også er gældende for brugskunst er endnu ikke endeligt fastslået, men det må være den umiddelbare formodning, at det er tilfældet.*

*Videre behandles omfanget af den beskyttelse som brugskunstværker nyder. I dansk ret udgør retspraksis retningslinjerne herfor, men også mere markedsretlige overvejelser influerer angiveligt på fastlæggelsen heraf. Højesteret har fastlagt en praksis, hvorefter brugskunst alene beskyttes mod ”meget nærgående efterligninger”. Fortolkningen heraf er divergerende i den juridiske teori, og særligt i lyset af EU-Domstolens dom C-05/08 (Painer) har kritikkerne gjort sig bemærkede. Hvorvidt dommen bør føre til, at praksis i dansk ret ændres er dog mere tvivlsomt.*

*Afhandlingen konkluderer, at dansk ret er på linje med EU-retten på dennes nuværende grundlag. Dette gælder både i relation til kravet om værkshøjde og omfanget af beskyttelse som tildeles brugskunst. Særligt i forhold til sidstnævnte er der ingen indikationer af, at Højesteret skulle mene, at EU-retten på dens nuværende grundlag giver anledning til at praksis i dansk ret bør ændres.*

## **Indholdsfortegnelse**

### **Abstract**

<b>1. Indledning</b> .....	<b>3</b>
<b>1.1 Problemformulering og metode</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2 Emneafgrænsning</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Værkshøjdekravet for brugskunst</b> .....	<b>5</b>
<b>2.1 Hvordan defineres brugskunst?</b> .....	<b>5</b>
<b>2.2 Indholdet af værkshøjdekravet</b> .....	<b>6</b>

2.2.1 Definition af begrebet ”værkshøjde” .....	6
2.2.2 Vurderingen af kreativitet .....	7
2.2.2.1 <i>Dobbeltfrembringelser</i> .....	7
2.2.2.2 <i>Syn- og skøn</i> .....	7
2.2.2.3 <i>Kvalitet</i> .....	8
2.2.3 Nyhedskrav .....	8
<b>2.3 Værkshøjdekravet for brugskunst i dansk ret .....</b>	<b>9</b>
2.3.1 Større krav til æstetiske elementer for brugskunst? .....	9
2.3.2 Helhedsbedømmelse .....	10
2.3.3 Betydningen af ”allerede kendte principper” .....	10
2.3.4 Tøj.....	11
<b>2.4 EU-harmonisering af værkshøjdekravet? .....</b>	<b>12</b>
2.4.1 EU-direktiverne om ophavsret.....	13
2.4.1.1 <i>”Ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”</i> .....	13
2.4.1.2 <i>Infosoc-direktivet</i> .....	14
2.4.2 EU-Domstolens praksis .....	15
2.4.2.1 <i>C-05/08 (Infopaq)</i> .....	15
2.4.2.2 <i>Yderligere praksis fra EU-Domstolen</i> .....	16
2.4.2.3 <i>Er der sket en total harmonisering af værkshøjdekravet?</i> .....	17
<b>2.5 Konsekvenser for brugskunst i dansk ret .....</b>	<b>18</b>
2.5.1 Hvad betyder EU-harmoniseringen for det danske værkshøjdebegreb? .....	18
2.5.2 Hvilken betydning har EU-harmoniseringen for dansk retspraksis? .....	19
<b>3. Beskyttelsesomfanget for brugskunst.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1 Hvilket indhold har beskyttelsen af brugskunst?.....</b>	<b>21</b>
3.1.1 Økonomiske- og ideelle rettigheder.....	21
3.1.2 Hensyn til den frie konkurrence.....	21
<b>3.2 Beskyttelsesomfanget for brugskunst i dansk ret.....</b>	<b>22</b>
3.2.1 Adskillelse af efterligninger, bearbejdelser og nye selvstændige værker .....	22
3.2.2 Subjektiv viden om det beskyttede værk .....	23
3.2.3 Fremtoning – giver værkerne en opfattelse af lighed?.....	24
3.2.4 Snæver beskyttelse af brugskunst? .....	25
3.2.4.1 <i>”Meget nærgående efterligninger”</i> .....	26
3.2.4.2 <i>Hvordan skal den snævre beskyttelse af brugskunst reelt fortolkes?</i> .....	27
<b>3.3 Beskyttelsesomfanget for brugskunst ifølge EU-retten .....</b>	<b>28</b>
3.3.1 C-145/10 (Painer) .....	29
3.3.2 Hvilken betydning har EU-Domstolens praksis for originalitetsgraden som kriterium i krænkelservurderingen?.....	30
3.3.3 Hvad betyder C-145/10 (Painer) for anvendelsen af ”meget nærgående efterligning”-princippet i dansk ret? .....	30
<b>4. Konklusion.....</b>	<b>32</b>
<b>Litteraturliste .....</b>	<b>33</b>

## Abstract

This thesis concerns copyright protection of applied arts in Danish law and the effect of EU law hereupon. More specific the thesis seeks to analyse how the Danish practice, mainly based on theory and case law, in regards to originality demands and range of protection for applied arts is acknowledged and permitted by EU law. The field of study is of great interest due to the massive economical interests relating to manufacturing and distribution of applied arts, why a clear and correct legal situation on the area is of great importance for the benefit of the common market.

Firstly the thesis will account for the term “applied arts” and hereafter illustrate the requirements a work of applied art must meet to be protected by the copyright act. On some areas the Danish legal practice may seem as being strict or excluding, which seemingly doesn’t correspond well with EU law, where multiple directives and various case law states, that all works is protected by the copyright legislation, if it expresses “the author’s own intellectual creation”. The European Court of Justice has apparently raised this principle to be a generally applicable harmonised standard of originality, which doesn’t only apply on the clearly regulated areas, but also in a more undefined extent based on the InfoSoc Directive. The principle may also apply to applied arts but no case shows this yet, why it is not definitively concluded.

Hereafter the thesis addresses the extent of protection of applied arts, as it’s being outlined in Danish law. Here case law is the leading guideline, but also a more universal consideration of the commercial interests of the author in contrast to the interest of competition influences the situation. The Danish Supreme Court has solved this by establishing a principle where works of applied art is protected only against “very close replicas”. The interpretation hereof is debated in the legal theory, and especially after the case C-05/08 (Painer) passed by the European Court of Justice. The case, and particularly a few of its premises, has been used to support a claim of Danish law being out of line with the EU law.

Finally it’s concluded that Danish law isn’t inconsistent with EU law in regards to originality requirement hence there are no actual legal differences. In relation to the range of copyright protection it is not possible to clearly conclude, that Danish law is conflicting with EU law, and there are no signs indicating, that the Danish Supreme Court thinks otherwise.

## 1. Indledning

Brugskunst er en af de absolut mest relevante værkstyper for det almene erhvervsliv. Der er stor økonomisk værdi involveret i udvikling, produktion og salg af brugsgenstande. Af samme grund er værksarten også interessant i et juridisk perspektiv, da teorien således ikke blot må forholde sig til det relevante retsgrundlag, men også de ikke-uvæsentlige kommercielle interesser. Enerettighederne må således afvejes overfor hensynet til den enkelte ophavsmands egne interesser, og det mere alment orienterede hensyn til den frie konkurrence på et givent marked.

I de seneste årtier har EU spillet en større og større rolle generelt, og ophavsretten er heller ikke upåvirket heraf. EU-retlig regulering og harmonisering har haft en omfattende betydning for de nationale ophavsretlige regler, hvilket bl.a. også førte til, at den danske lovgivning gennemgik en større opdatering i 1995. En entydig og klar EU-harmonisering af brugskunsten er umiddelbart endnu ikke sket, men domspraksis udviklet i det seneste årti af den til tider ”aktivistiske” EU-Domstol indikerer, at det måske er tilfældet alligevel. I hvert fald rejser en række domme spørgsmål, som vi i dansk ret tvinges til at forholde os til.

Den danske regulering af ophavsret sker grundlæggende i lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret<sup>1</sup>. De af loven omfattede værker præsenteres i § 1, og brugskunst fremgår konkret

---

<sup>1</sup> Herefter ”OHL”. Hovedloven på nuværende tidspunkt er lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret – herefter ”1995-loven”. Den første danske ophavsretslov er lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker – herefter ”1961-loven”

af § 1, stk. 1. Hvad de enkelte værker beskyttes mod fremgår af §§ 2 og 3. Det fremgår dog ingen steder eksplicit af loven hvilke konkrete krav, der stilles for, at man overhovedet kan tale om et ”værk”, ligesom det heller ikke fremgår hvilket omfang den i § 2 oplyste beskyttelse har. Dette afklares derfor i retspraksis, hvorfor der også i nødvendigt omfang vil være referencer hertil.

## 1.1 Problemformulering og metode

Formålet med nærværende afhandling er at belyse, hvordan den gældende nationale retstilstand for beskyttelse af brugskunstværker eventuelt påvirkes af EU-retten, og hvad det konkret får af betydning. Rettighederne til brugskunst udgør en massiv økonomisk interesse, og en klar retsstilling er derfor ønskværdig. I det seneste årti er denne dog blevet mere uklar. Det skyldes EU-rettens omfattende harmonisering og resultaterne heraf, som nu begynder at vise sig i retspraksis. Derfor vil jeg undersøge følgende problemstillinger: Hvilken betydning har EU-retten og EU-Domstolens praksis for kravene til værkshøjde og for beskyttelsesomfanget i relation til brugskunstværker i dansk ret?

I afhandlingen redegøres indledningsvis for brugskunst som værksart. Herefter analyseres kravene til værkshøjde, hvorefter det undersøges, hvilke faktorer der har væsentlig betydning for brugskunst, og om der stilles særlige krav hertil. Yderligere undersøges hvordan retstilstanden for originalitetskrav er i EU-retten, som suppleret med en analyse af relevant praksis fra EU-Domstolen gør det muligt at vurdere, om dansk ret er på linje hermed. Herefter redegøres for indholdet af den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst, og det analyseres, hvordan dansk retspraksis traditionelt har udmålt og afgrænset beskyttelsesomfanget herfor. Endelig analyseres EU-Domstolens praksis herom, hvilket muliggør en vurdering af, om den aktuelle EU-retlige retstilstand aktuelt har betydning for beskyttelsesomfanget for brugskunst i dansk ret.

Afhandlingen er således baseret på brug af den juridiske og retsdogmatiske metode. Tilgangen er derfor, at de rejste juridiske problemstillinger søges afklaret gennem beskrivelse, fortolkning og analyse samt systematisering af de relevante retsregler, principper og retspraksis.<sup>2</sup>

## 1.2 Emneafgrænsning

Grundet afhandlingens begrænsede omfang behandles ikke alle aspekter indenfor det rejste problemområde lige omfattende. Den foretagne afgrænsning er sket med henblik på at præsentere og behandle den rejste problemstilling bedst muligt og mest dybdegående i relation til de centrale spørgsmål om EU-rettens indflydelse på retsstillingen i dansk ret. En nærmere gennemgang af de enkelte værksarter er således udeladt, og det konkrete indhold af de ophavsretlige enerettigheder efter OHL §§ 2 og 3 behandles alene i et meget begrænset omfang. Ligeledes må det også bemærkes, at retspraksis i relation til værkshøjdekrav og krænkelsevurdering for brugskunst er særdeles omfangsrig, og derfor er kun retspraksis, som underbygger en generel tendens eller er af helt essentiel betydning, inddraget. Videre er produktefterligningsværnet, som udledes af markedsføringslovens § 3<sup>3</sup>, kun inddraget i et meget begrænset omfang til at illustrere adskillelsen fra den ophavsretlige fremtoningsbaserede beskyttelse. Endelig er også EU-retten alene inddraget i det omfang, som det er absolut nødvendigt for at kunne besvare de rejste problemstillinger.

---

<sup>2</sup> *Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten: ”Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære”, s. 210*

<sup>3</sup> Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring - herefter ”MFL”

## 2. Værkshøjdekravet for brugskunst

For at kunne vurdere om EU-retten har ændret på indholdet af kravet om værkshøjde for brugskunst i Danmark, så er det indledningsvis nødvendigt at forholde sig til, hvad der kendetegner netop brugskunst, samt hvordan dansk ret før EU-Domstolens nyere praksis forholdt sig til kravet om værkshøjde. I dette afsnit behandles derfor hvad der kendetegner netop brugskunsten (afs. 2.1), faktorerne til vurdering af værkshøjde (afs. 2.2), den historiske behandling af brugskunst i dansk retspraksis (afs. 2.3), spørgsmålet om hvorvidt EU-Domstolen har harmoniseret originalitetskravet (afs. 2.4) og endelig konsekvenserne heraf i dansk ret (afs. 2.5).

### 2.1 Hvordan defineres brugskunst?

Helt indledningsvis må det fastlægges, hvordan værksarten brugskunst defineres, og hvad der gør den særegen i forhold til andre værksarter, da begrebet er essentielt for hele afhandlingen. Af OHL § 1, stk. 1 fremgår, at ”litterære og kunstneriske værker” beskyttes uanset fremtrædelsesform, og direkte eksplicit angivet som eksempel på en sådan fremtrædelsesform er brugskunst. De mulige værksarter er dog ikke begrænset til de i loven nævnte, jf. formuleringen ”eller det er kommet til udtryk på anden måde”.<sup>4</sup> Foruden disse værksarter favner loven også ”beskrivende værker”, jf. OHL § 1, stk. 2, og edb-programmer, jf. OHL § 1, stk. 3, som dog særskilt ikke behandles nærmere. Brugskunsten henhører mere præcist under kategorien af kunstneriske værker, som igen kan deles i egentlige og uegentlige kunstværker, hvor brugskunst hører til de første. De egentlige kunstværker kan igen underopdeles i ren og anvendt kunst. Rene kunstværker tæller f.eks. billedkunst, mens brugskunst henhører under den anvendte kunst.

Det særlige ved brugskunsten ligger således i, at den tilhører den såkaldte ”anvendte kunst”. Herved forstås at værkerne ikke blot har et æstetiske formål, som det ofte er tilfældet med værker tilhørende den ”rene kunst” så som f.eks. malerier. Brugskunst, der bl.a. omfatter møbler, service, bestik, vaser, lamper og tøj for bare at nævne nogle få eksempler, har således et iboende praktisk eller funktionelt formål, som kombineres med det æstetiske udtryk, der er givet af ophavsmanden.<sup>5</sup> Netop denne synergi mellem det æstetiske og det praktiske formål er også afgørende for, hvornår en konkret brugskunstgenstand kan betegnes som et brugskunstværk, og derved hvornår den ophavsretlige beskyttelse indtræder, jf. nærmere i de kommende afsnit.

Afgrænset fra brugskunsten er dog evt. udsmykning heraf, hvis dette i tilstrækkelig grad adskiller sig fra værket og i sig selv kan beskyttes som f.eks. billedkunst.<sup>6</sup> I relation til edb-programmer kunne man få den opfattelse, at der var tale om brugskunstværker, da der også her er tale om noget funktionsbaseret, som er skabt til at udføre et klart praktisk formål. Edb-programmer er dog undergivet EU-retlig harmonisering, jf. nærmere i afs. 2.4, hvorfor vi i dansk ret har været tvunget til at lade edb-programmer beskytte som litterære værker, jf. OHL § 1, stk. 3.

Særegent for brugskunstværker gælder således, at de grundet sammenblandingen af et praktisk formål og æstetiske kreative valg, truffet af ophavsmanden, har sværere ved at lade sig adskille fra andre værker. Det er således nemmere for de rene kunstværker at stå ud fra mængden og leve op til kravet om værkshøjde, mens de æstetiske delelementer for brugskunstværker i højere grad lader sig kamuflere bag det praktiske brugsformål. Risikoen for lighed er således alt andet lige større for to spiseborde, som begge har en vandret bordplade og fire ben, end det er tilfældet for to malerier. Variationsmulighederne er markant større for ophavsmændene til malerierne end for dem til bordene, da

<sup>4</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 110

<sup>5</sup> *Rosenmeier i*: ”Immaterielret”, s. 97

<sup>6</sup> *Rosenmeier i*: ”Immaterielret”, s. 101

sidstnævnte er bundne af et praktisk og formmæssigt formål. Et andet meget væsentligt element ved brugskunstværker er, at der hertil ofte knytter sig en markant økonomisk og kommerciel interesse. Ophavsretten er historisk ikke skabt til at tage stilling hertil, da fokus netop er på de æstetiske elementer. Kommercielle- og konkurrenceretlige hensyn influerer dog alligevel konkret i ophavsretten, og det er således væsentligt at have sig for øje både vedrørende spørgsmålet om værkshøjde samt spørgsmålet om beskyttelsesomfanget for brugskunstværker.<sup>7</sup>

## 2.2 Indholdet af værkshøjdekravet

Kravet om værkshøjde er i teori og praksis fremhævet som grundbetingelse for, at et værk kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Der stilles således ingen formelle krav om f.eks. registrering, hvilket adskiller ophavsretten fra andre immaterielle rettigheder, så som patentretten, brugsmodelretten, designretten og på nogle områder varemærkeretten. Angivelse af ”copyright-mærket” (©) i forbindelse med et værk medfører derfor ikke nogen beskyttelse i sig selv, da det netop er op til værkshøjdekravet at afgøre, hvorvidt det aktuelle værk nyder beskyttelse eller ej.<sup>8</sup> Nedenfor vil derfor blive gennemgået de forhold, som har betydning for bedømmelsen af værkshøjde.

### 2.2.1 Definition af begrebet ”værkshøjde”

Kravet om værkshøjde fremgår ikke eksplicit af OHL, og en klar definition er derfor ikke givet af lovgiver. Begrebet er dog udledt fra kravet om, at der skal foreligge et ”værk”, jf. OHL § 1, stk. 1. Det må så herudfra fortolkes, hvilke krav der stilles herfor. Palle Bo Madsen fortolker lovens ord sådan, at der tildeles beskyttelse til ”resultatet af en individuel skabende åndsvirksomhed, der kan karakteriseres som et kunstnerisk eller litterært værk”.<sup>9</sup> Han fremhæver ligeledes samme sted, at dette traditionelt har været udtrykt i et krav om ”værkshøjde”. Peter Schønning anvender ligeledes begrebet værkshøjde og anfører, at det indeholder de krav som stilles til en genstand af litterær eller kunstnerisk art for, at denne kan nyde ophavsretlig beskyttelse.<sup>10</sup> Schønning fremhæver yderligere, at alene frembringelser skabt af mennesker kan betegnes som værker, hvorfor man også må udelukke frembringelser skabt af dyr og (mere vigtigt) af computere selv fra at opnå værkshøjde.<sup>11</sup> Morten Rosenmeier taler i stedet om et ”krav om originalitet”, som han anfører ”måske” kan indfortolkes i ordet ”værk” i OHL § 1.<sup>12</sup> Rosenmeier mener, at der er flere mulige fortolkninger af indholdet af dette krav, og han anfører som bud herpå bl.a., ”at værket skal være skabt ved ophavsmandens *personlige, skabende indsats*.”<sup>13</sup>, eller at det skal leve op til krav om ”individualitet” eller ”værkshøjde”. Forarbejderne til 1961-ophavsretsloven anfører i motiverne, at der for at være tale om et værk stilles krav om ”en vis nyhed og selvstændighed”.<sup>14</sup> Samlet set må der dog, uanset det varierende ordvalg, overvejende være tale om det samme. Rosenmeier anerkender da også eksplicit i et senere værk, at ”originalitet” og ”værkshøjde” reelt er udtryk for det samme.<sup>15</sup> Værkshøjdekravet indebærer således, at der skal være sket en skabende proces fra en menneskelig ophavsmand, som har skabt noget af litterær- eller kunstnerisk art, og som har tilført dette værk noget kreativt. Synonymer til ”kreativt” kunne, i henhold til de ovenstående teoretiske diskussioner, lige så godt være ”selvstændigt”, ”individuel” eller ”originalt”, men det er reelt udtryk for det samme indhold, og det har ikke stor betydning, hvilket ord der anvendes konkret.

<sup>7</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 57

<sup>8</sup> Schønning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 107

<sup>9</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 58

<sup>10</sup> Schønning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 120

<sup>11</sup> Schønning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 121

<sup>12</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 76

<sup>13</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 76

<sup>14</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2683

<sup>15</sup> Rosenmeier i: ”Lærebog i informationsret”, s. 67

## 2.2.2 Vurderingen af kreativitet

Når det således indledningsvis er konstateret, at der foreligger et værk, som er skabt ved at ophavsmanden har tilført noget tilstrækkelig selvstændighed og kreativitet, må man samtidig stille spørgsmålstegn ved, hvor stor en mængde kreativitet der skal til, før værkshøjdekravet er opfyldt. Igen er OHL ikke til megen hjælp. Graden af kreativitet, eller synonymt hertil, har af samme grund været omdiskuteret meget i faglitteraturen, hvorfor eventuelle retningslinjer også må findes i netop teorien samt retspraksis. Der synes at være nogenlunde enighed i teorien om, at der må forudsættes kreativitet fra ophavsmandens side i ”et rimeligt omfang”, og at produkter, der er frembragt ved ren håndværksmæssig eller rutinemæssig indsats, ikke kan opfylde kravet om værkshøjde.<sup>16</sup> Sådanne indsatser vil netop ofte bestå af udførelse af allerede kendte metoder og teknikker, og derfor også skabelse af generiske produkter, som ikke umiddelbart i sig selv vil have den fornødne kreativitet bag sig. Kravet til ophavsmandens indsats er dog ikke et kvalitetskrav, men blot en understregning af at værket konkret skal fremtræde som særligt og ikke være nærliggende for andre.<sup>17</sup>

### 2.2.2.1 Dobbeltfrembringelser

En hjælp til at vurdere om et konkret værk indeholder den fornødne kreativitet til at værkshøjdekravet kan siges at være opfyldt, kan man udelede af risikoen for dobbeltfrembringelser. Heri ligger at hvis der er stor sandsynlighed for, at to ophavsmænd – uafhængigt af hinanden – kunne have skabt den samme genstand, så taler det imod, at der konkret foreligger et beskyttelsesværdigt værk.<sup>18</sup> At det overhovedet er muligt, at to ophavsmænd kan fremstille det samme værk skyldes, at ophavsretten alene giver efterligningsbeskyttelse og ikke prioritetsbeskyttelse. Det skyldes som nævnt tidligere, at ophavsret ikke forudsætter registrering, hvorfor man alene får fastslået en ophavsret ved at påberåbe sig den. Netop risikoen for at andre kommer på samme idé som en selv, og derefter skaber et identisk værk, er derfor også i praksis blevet en rettesnor for, om det konkrete værk lever op til værkshøjdekravet. Et eksempel herpå ses i U 1993.17 H (Tips). Sagen vedrørte den mulige ophavsret til nogle tipssystemer. Systemerne fremstod umiddelbart komplekse og som skabt ud fra skaberens kreative indsats, men de var samtidig baseret på grundsystemer og almene matematiske talkombinationer. I sagen var der anvendt syn og skøn, og i erklæringen herom konstateres, at flere af systemerne var nyskabelser, men at de også byggede på de allerede kendte grundprincipper.<sup>19</sup> Af samme grund fandt Sø- og Handelsretten også i første instans, og senere tiltrådt af Højesteret, at grundsystemerne i sig selv var så enkle, at det var nærliggende, at to uafhængige ophavsmænd kunne være kommet frem til de omtvistede systemer. Ophavsret blev derfor ikke anerkendt, og selvom Sø- og Handelsretten ikke direkte anvender formuleringen ”dobbeltfrembringelser”, så er det klart risikoen herfor som førte til sagens resultat. Højesteret anvender direkte ordet ”dobbeltfrembringelser” i sin dom<sup>20</sup>, og der er ingen tvivl om at risikoen herfor i praksis anvendes i værkshøjdebedømmelsen. Det medfører i relation til brugskunst, at netop fordi de ubeskyttede delelementer, som hidrører fra praktisk- eller formbestemte forhold, ofte udgør en større del af værket, så er risikoen for at andre kunne have skabt det samme værk også med i overvejelserne ved bedømmelse af værkets værkshøjde. Når der således foreligger begrænset kreativt råderum, vil det alt andet lige have den betydning, at risikoen for dobbeltfrembringelser derfor bliver det større.

### 2.2.2.2 Syn- og skøn

Vurderingen af de kreative elementer ved et værk vil i sidste ende være en juridisk afgørelse. Forudsætningerne herfor vil, med inddragelse af de ovenfor nævnte elementer, basere sig på et konkret

<sup>16</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 77

<sup>17</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 61f.

<sup>18</sup> Schönning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 123

<sup>19</sup> U 1993.17 H (30)

<sup>20</sup> U 1993.17 H (31)

skøn i den enkelte sag. Ofte vil der dog, især i sager om brugskunst, blive anvendt særligt sagkyndige til at vurdere de rent faktuelle forhold i relation til værket og dets indhold. Ofte sker der dog det, at faktum og jus i den anledning blandes sammen, og at skønsmændene kommer til at besvare spørgsmål, som ikke kun vedrører fakta, men også den juridiske vurdering.<sup>21</sup> Det er naturligvis ikke ønskværdigt, og visse teoretikere har også udtalt sig kritisk herom og påpeget, at dommere i netop sager om brugskunst bør stole mere på deres egen vurdering og udelukke indirekte at overlade det til skønsmændene at forholde sig til andet end faktuelle forhold.<sup>22</sup> Skønsmændenes vidtgående svar skyldes dog ofte, at parterne tillades at stille alt for brede og juridisk orienterede spørgsmål. Det ses bl.a. i sagen U 1992.34 SH (Montana), som vedrørte reolsystemer af samme navn og en påstået krænkende efterligning. I sagen var skønsmanden af en part blevet anmodet om at besvare: ”Kan MONTANA betragtes som et originalt kunstnerisk værk (...)”<sup>23</sup>. Skønsmanden besvarede spørgsmålet bekræftende, og det er helt åbenlyst, at det ligger langt udover de rent faktuelle omstændigheder, som en skønsmænd netop anvendes til at klarlægge. Sådanne spørgsmål bør klart nægtes stillet, jf. retsplejelovens § 197, stk. 2, 2. pkt.<sup>24</sup>, hvoraf det fremgår, at retten kan afvise spørgsmål, som foranlediger skønsmanden til at svare på spørgsmål, som det er op til retten at tage stilling til. Uanset at dommerne ikke er bundet af skønsmænds vurderinger, så burde sådanne spørgsmål af helt principielle årsager være udelukket. Ikke desto mindre vælger domstolene ofte at tage de faglige erklæringer til efterretning og basere deres afgørelse herpå, hvorfor det blot bliver endnu mere vigtigt, at disse alene vedrører det, som de faktisk også må. Syn- og skønserklæringer har stor betydning for afgørelsen af spørgsmålet om værkshøjde, både som rettesnor for dommernes egne juridiske afgørelser, men også mere direkte, hvis ikke dommerne er påpasselige og får afvist spørgsmål der angår jus.

### 2.2.2.3 Kvalitet

Af lovmotiverne til 1961-ophavsretsloven fremgår, at det ikke kan kræves, at værket besidder nogen ”særlig høj grad af litterær eller kunstnerisk kvalitet”, og at der i øvrigt heller ikke kan stilles krav til værkets omfang eller formål.<sup>25</sup> Faglitteraturen er derfor også enslydende på området, og det konstateres klart, at der ikke kan stilles nogen former for kvalitetskrav som led i bedømmelsen af værkshøjden for et konkret værk. Det afgørende bliver således blot, at værket faktisk har karakter af ”kunst” indenfor den værksart, som det tilhører.<sup>26</sup> Selv hvis et værk er blevet kasseret af ophavsmanden, så vil det kunne være ophavsretligt beskyttet, hvis blot betingelserne for værkshøjde er opfyldte for det ufærdige værk.<sup>27</sup> Selv ikke ophavsmandens egen opfattelse af værkets kvalitet har således betydning for dets beskyttelse.

### 2.2.3 Nyhedskrav

I lovmotiverne til 1961-ophavsretsloven fremgår det, at værkshøjdekravet indeholder et krav om ”en vis nyhed og selvstændighed”.<sup>28</sup> Hvordan kravet om ”en vis nyhed” skal forstås, har været livligt diskuteret i teorien. Der synes i dag at være nogenlunde enighed om, at det overordnet må skulle forstås som et subjektivt nyhedskrav, hvilket må ses i sammenhæng med, at man tillader dobbeltfrembringelser og derfor ikke giver nogen prioritetsbeskyttelse.<sup>29</sup> Men her stopper enigheden. Visse forfattere mener, at der særligt på brugskunstens område gælder et objektivi nyhedskrav. Schønning understøtter denne holdning med, at der i retspraksis for brugskunst stilles krav om, at det konkrete

<sup>21</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, side 59

<sup>22</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 101f.

<sup>23</sup> U 1992.34 SH (36)

<sup>24</sup> LBK nr. 1101 af 22/10/17 om rettens pleje

<sup>25</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2683

<sup>26</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 85

<sup>27</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 61

<sup>28</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2683

<sup>29</sup> Schønning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 123f.



produkt ikke bygger på ”allerede kendte principper” og udleder heraf, at der skulle gælde et objektivt nyhedskrav for brugskunst.<sup>30</sup> Per Håkon Schmidt støtter også denne tankegang og anfører, at det ikke er nok, at en ophavsmand har udviklet en genstand uden at efterligne og altså lever op til et subjektivt nyhedskrav, men at det også kræves, at dette ikke hviler på kendte principper, hvilket han fortolker til støtte for, at der må gælde et objektiveret nyhedskrav.<sup>31</sup> Diskussion behandles også nedenfor i afs. 2.3.3 i forhold til evt. skærpede krav til brugskunst, men det må her umiddelbart konstateres, at disse opfattelser vedrørende eksistensen af et objektivt nyhedskrav må bygge på en misforståelse af retstilstanden. At det for brugskunst kan fremtræde som om, at der stilles et mere skærpet nyhedskrav, så bunder det i, at der for disse værker skal tages hensyn til, at der også indgår et praktisk formål, som medfører begrænsninger i udformningsmulighederne. Der er således ikke tale om et skærpet nyhedskrav, men blot nogle andre og mere snævre forudsætninger for bedømmelse af værkshøjdekravet generelt. En sådan fortolkning af nyhedskravet i relation til brugskunst har også støtte i teorien.<sup>32</sup>

## 2.3 Værkshøjdekravet for brugskunst i dansk ret

Netop for brugskunsten er værkshøjdekravet særlig relevant. Det skal ikke blot udgøre et almindeligt kriterium for beskyttelse, men også et værn mod at der gives én ophavsmand monopol på noget, som reelt ikke er hans at gøre krav på. Det såkaldte ”åndelige fælleseje” skal holdes udenfor nogen enkeltmands eneret, og ved brugskunsten, hvor praktiske og formbestemte delelementer spiller en stor rolle, er dette meget relevant. Nedenfor analyseres indledningsvis om der kan stilles krav til størrelsen af et værks æstetiske indhold (2.3.1). Herefter beskrives den nugældende linje i retspraksis (2.3.2), inden det diskuteres, hvorvidt der kan siges at eksistere et skærpet værkshøjdekrav for brugskunst (afs. 2.3.3), og afsluttende vurderes beklædningsgenstande, som en mulig problemgruppe indenfor brugskunsten (afs. 2.3.4).

### 2.3.1 Større krav til æstetiske elementer for brugskunst?

Før 1961-ophavsretsloven var brugskunst beskyttet sammen med mange af de andre ophavsretslige værksarter ved ”Lov om forfatterret og kunstnerret”<sup>33</sup>. Domstolene var dog lettere tilbageholdne med at tildele beskyttelse, hvilket bl.a. kan ses i U 1956.237 H (Raadvad) som vedrørte ophavsretlig beskyttelse til en brødkærer. Tvisten angik især brødkæreren endestykke, som sagsøger selv mente opfyldte såvel et praktisk formål som et æstetisk, da det angiveligt gav et ”særpræget, smukt og tiltalende udseende”<sup>34</sup>. Dette tiltrædes også af skønsmændene som ytrede, at værket ”må betragtes som originalt åndsarbejde”<sup>35</sup>, og at ophavsmanden har ”vist en kunstnerisk bevidst og selvstændig udformning af det støbte endestykke, således at denne udformning, foruden at være baseret på brugsmæssige hensyn, er kunstnerisk bestemt”<sup>36</sup>. Skønsmændenes vurdering var tydelig, og uanset at dommen falder før indførelsen af 1961-ophavsretsloven, så var brugskunst som nævnt beskyttet. Højesterets flertal finder dog, at brødkæreren er et rent arbejdsredskab, og at de kunstneriske elementer er af en ganske underordnet betydning i relation til det praktiske formål, hvorfor der ikke statueres beskyttelse. Dommen synes således at være udtryk for en opfattelse fra Højesteret af, at det æstetiske element kunne gradbøjes, og at det for brugskunst kunne kræves, at dette element fremstår markant overfor det rent praktiske formål. Med andre ord kunne det praktiske formål overskygge mindre æstetiske elementer ved et værk, sådan at hele værket i overensstemmelse med U 1956.237 H (Raadvad) nægtes beskyttelse.

<sup>30</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 135

<sup>31</sup> *Schmidt*: ”Teknologi og immaterialret”, s. 64

<sup>32</sup> *Madsen*: ”Markedsret del 3”, s. 66

<sup>33</sup> Lov nr. 149 af 25. april 1933

<sup>34</sup> U 1956.237 H (238)

<sup>35</sup> U 1956.237 H (240)

<sup>36</sup> U 1956.237 H (240)

Med 1961-ophavsretloven synes en sådan forståelse dog at være udelukket. Det anføres i lovmotiverne, at der for de enkelte værkstyper ikke kan kræves nogen særlig litterær- eller kunstneriske kvalitet, og at beskyttelse derved også gives til værker, som ”helt eller delvist tjener et rent praktisk formål”<sup>37</sup>. At et brugskunstværk således har et praktisk formål, som det skal opfylde, kan ikke føre til, at der stilles særlige krav til værkshøjden herfor. Samtidig udelukkes det også i lovmotiverne, at det kan kræves, at det æstetiske i værket skal fylde en større del, da brugskunstgenstande med ”en ikke udelukkende af de praktiske formål bestemt udformning, der giver genstandene karakter af kunstneriske frembringelser, beskyttes på samme måde som egentlige kunstværker”<sup>38</sup>. Her af følger ikke direkte noget omkring størrelsen af det æstetiske, men umiddelbart efter angives, at bemærkningerne for bygningskunst også gælder for brugskunst. Her angives at det ikke er alle bygninger, som omfattes af lovens beskyttelse, men kun værker ”som er resultat af en selvstændig skabende indsats. Denne kan have hensyn til hele værket eller kun en del (...)”<sup>39</sup>. Herefter synes det åbenlyst, at der ikke kan stilles krav til størrelsen af det æstetiske ved værker, såfremt blot en mindre del ikke er bestemt af praktiske eller funktionelle hensyn, så giver OHL værket beskyttelse.

### 2.3.2 Helhedsbedømmelse

Efter 1961-ophavsretsloven var der således ikke megen tvivl om, hvordan lovgivningsmagten ønskede, at retsstillingen skulle være. Højesteret forholdt sig hertil, men formåede stadig at have en rimelig hensyntagen til de øvrige brugskunstaktører. Det ses første gang ved U 1961.1027 H (Langelinie), som samtidig er udtryk for den efterfølgende hovedlinje i dansk retspraksis<sup>40</sup>, og principperne har derfor stadigvæk relevans den dag i dag. Dommen er afsagt efter indførslen af 1961-ophavsretsloven, men da der var tale om en appelsag, var det relevante retsgrundlag stadig ”Lov om forfatterret og kunstnerret”<sup>41</sup>. Sagens tvist angik et stålbestik af mærket ”Langelinie”, som især var særligt kendetegnet ved dets riflede design. Sagsøger påstod at have ophavsret til bestikket, og at sagsøgte krænkede dette med to lignende bestikserier. Skønsmændene bemærkede, at rillerne på Langelinie-bestikket ”ikke er nogen ny og original idé (...)”, men ” (...) udformningen af bestikket som helhed (er<sup>42</sup>) dog gjort på en så selvstændig og karakteristisk måde (...)”<sup>43</sup>, at der var tale om et originalt kunstnerisk værk. Værkshøjden for bestikket anskues således ikke ud fra de enkelte elementer af bestikket for sig, men ud fra en samlet helhed. Højesterets flertal anerkender, i overensstemmelse med skønsmændenes erklæring, at bestikket er ophavsretligt beskyttet, og at det beror på ”(...) den ved udformningen og sammenstillingen af enkelthederne opnåede kunstneriske helhedsvirkning (...)”<sup>44</sup>. Dommen viser således klart, at brugskunst ikke generelt skal leve op til strengere krav, men at beskyttelsen afhænger af en konkret helhedsbedømmelse af de ubeskyttede værksdele overfor de beskyttede. Retsspraksis har siden støttet bredt op om dette princip, hvilket også fremgår tydeligt i relation til spørgsmålet om beskyttelsesomfanget, jf. senere i afs. 3.2.

### 2.3.3 Betydningen af ”allerede kendte principper”

Nogle forfattere er dog ikke overbeviste om, at dansk retspraksis entydigt har fulgt princippet om en objektiv helhedsbedømmelse. Schønning mener således, at når der for brugskunst stilles et krav om, at værket ikke må være skabt ud fra ”allerede kendte principper”, så er det ensbetydende med, at der

---

<sup>37</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2683

<sup>38</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2685

<sup>39</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2685

<sup>40</sup> *Madsen*: ”Markedsret del 3”, s. 67

<sup>41</sup> Lov nr. 149 af 25. april 1933

<sup>42</sup> Egen tilføjelse

<sup>43</sup> U 1961.1027 H (1029)

<sup>44</sup> U 1961.1027 H (1031)

gælder et objektivt nyhedskrav.<sup>45</sup> Schmidt er inde på noget af det samme, da han mener, at kravet reelt bliver udtryk for et øget originalitetskrav (værkshøjdekrav), og at ophavsmænd alene kan leve op hertil ved meget nøje at forholde sig til, hvad der allerede er på markedet af produkter.<sup>46</sup> Til støtte for begge forfatters påstande er angiveligt bl.a. U 1981.946 H (Bordunderstel). I den givne sag havde sagsøger udviklet en række understel til marmorplader, og da en tidligere aftager brød med sine partnere, valgte denne at producere lignende stel, hvorfor sagsøger anlagde sag. Skønmændene på sagen udtalte, at sagsøgers stel principielt godt kunne nyde ophavsretlig beskyttelse, men at stellerne hvilede på kendte principper, og der ikke var ydet nogen selvstændig kunstnerisk indsats.<sup>47</sup> Skønmændene udtalte, at stellerne opbygning var baseret på: "(...) enkle geometriske former, som konstruktivt er udført i enkelte dele af fladstål, der boltes eller skrues sammen."<sup>48</sup> Det kunne ikke dokumenteres, at lignende stel var solgt her i landet, og sagsøger påstod heller ikke at have kendskab til eksistensen af sådanne. Det kunne dog bevises, at lignende stel produceredes i udlandet, hvilket fremgik af brochurer, og Højesteret endte også med at tage skønmændenes konklusion til efterretning.

Kritikerne mener, at det heraf kan udledes, at man som ophavsmand tvinges til at forholde sig til alle eksisterende produkter på det marked, hvor man ønsker at lancere et nyt produkt. I sagen påberåbte sagsøger sig netop, at han ikke havde kendskab til lignende produkter eller at sådanne fandtes i udlandet. Det kan tolkes sådan, at der gælder et objektivt nyhedskrav, og at alle eksisterende produkter forudsættes kendt. Det kan også, som Schmidt gør, forstås sådan, at brugskunst er undergivet et skærpet krav til originalitet (værkshøjde), hvilket er tænkt som en måde at takle den konkurrencemæssige problemstilling, som knytter sig til brugskunstværker. Begge fortolkninger må dog umiddelbart afvises. Der er ikke tale om et objektivt nyhedskrav, da ovenstående dom reelt blot er udtryk for det helt almindelige krav om værkshøjde samt hensyntagen til de særlige kommercielle og konkurrencemæssige forhold ved brugskunstværker. Et skærpet originalitets-/værkshøjdekrav må også afvises, da Højesteret i den konkrete sag, ved anerkendelse af skønmændenes erklæring, ikke fandt, at sagsøger havde ydet en indsats, som kunne føre til, at det givne stel kunne betegnes som værende selvstændigt eller kunstnerisk, hvorfor værkshøjde allerede af den grund udelukkes. At værkshøjdekravet således ikke er skærpet har bred støtte i den øvrige faglitteratur, hvorfor det også må betragtes som den rette opfattelse af retstilstanden.<sup>49</sup>

### 2.3.4 Tøj

Beklædningsgenstande udgør en særlig problematisk del af brugskunsten. Som oftest vil udseendet af tøj være bestemt overvejende af det til enhver tid værende modebillede. De enkelte designere af tøj vil således være begrænsede i deres udførelsesmåde, da deres kreative råderum alt andet lige indskrænkes markant herved. Det bliver af samme grund sværere for den enkelte beklædningsgenstand at leve op til værkshøjdekravet<sup>50</sup>, og derfor beskyttes tøj også i mindre omfang af ophavsretsloven. Tøj passer også mindre godt ind i ophavsrettens områdesfære, da en langvarig og bred beskyttelse stemmer dårligt overens med, at modetendenser dikterer hvilke – i grundforudsætning ens – produkter, som alle skal forsøge at fremstille samtidig.

Domspraksis forholder sig også relativt restriktivt i forhold til at statuere værkshøjde for beklædningsgenstande. En afgørende dom på området er U 2012.129 H (Nørgaard), som omhandlede hvorvidt en t-shirt nød ophavsretlig beskyttelse. Sagsøger fører bevis for, at hans værk i fagsammenhænge

<sup>45</sup> Se afs. 2.2.3 ovenfor samt *Schønning*: "Ophavsretsloven med kommentarer", s. 135

<sup>46</sup> *Schmidt*: "Teknologi og immaterialret", s. 65f.

<sup>47</sup> U 1981.946 H (948)

<sup>48</sup> U 1981.946 H (950)

<sup>49</sup> *Madsen*: "Markedsret del 3", s. 66 og *Rosenmeier i*: "Immaterialret", s. 102

<sup>50</sup> *Madsen*: "Markedsret del 3", s. 65

betegnes som et ikon, og at det ved sin fremkomst var helt nyskabende på det danske marked. I Sø- og Handelsretten anerkender flertallet også, at sagsøger har skabt et værk, som ved sin udgivelse gik godt i tråd med tidens tendenser, men at det alene består af "(...) ganske få design- og formelementer" som "hver for sig var velkendte på fremkomsttidspunktet (...)"<sup>51</sup>. I relation til problematikken om betydningen af det "allerede kendte" må således her anføres, at rettens ord ikke skal fortolkes som om, at der stilles noget særligt og strengt krav til brugskunstgenstandens nyhedselement. Det skal alene ses som udtryk for det altid gældende; at frembringelsen skal indeholde noget nyt og være udtryk for ophavsmandens kreative og individuelle indsats, og at mulighederne for at leve op hertil for brugskunst, og særdeles tøj, derfor af natur er så meget mindre end for andre værksarter.

Sø- og Handelsrettens flertal anfører dog videre, at "Under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsmæssigt flygtige."<sup>52</sup> Højesteret tiltræder Sø- og Handelsrettens flertals afgørelse vedr. spørgsmålet om ophavsret, hvorfor dommens præcedensvirkning ikke kan bagatelliseres. Afgørelsen, som særligt i forhold til de sidst anførte bemærkninger synes noget ekskluderende og indskrænkende, er af nogle forfattere blevet tolket til støtte for, at der for tøj stilles særlige krav for at opnå værkshøjde, og at det er vanskeligt at få efterkommet en påstand om ophavsretlig beskyttelse.<sup>53</sup> Schmidt har en enslydende holdning, dog med støtte i endnu ældre domspraksis, og finder således, at værkshøjdevurderingen er strengere for de meget modeprægede artikler.<sup>54</sup>

At det skulle forholde sig sådan er en nærliggende fortolkning, der kun understøttes yderligere af, at der ikke i øvrigt findes nogle domme, som statuerer værkshøjde for modetøj.<sup>55</sup> Formuleringen fra Sø- og Handelsrettens flertal er ikke specielt heldig, og den synes ikke at levne meget plads til, at tøj overhovedet kan beskyttes efter ophavsretten.<sup>56</sup> Det passer dog samtidig dårligt med værkshøjdekravet for den øvrige brugskunst, at der netop for tøj skulle gælde særlige skærpede forudsætninger. En mere harmonisk forklaring må derfor kunne findes i, at mode i sig selv udgør en altoverskyggende begrænsning i ophavsmandens kreative frihed. Dette gælder så i særdeleshed, når der, som ved tøj, også skal tages hensyn til et praktisk brugsformål, da det efterlader et meget begrænset område, hvor en ophavsmand kan yde en indsats, som er tilstrækkelig individuel og fri af det allerede kendte til, at værkshøjdekravet opfyldes, og tøjet derved beskyttes.

## 2.4 EU-harmonisering af værkshøjdekravet?

Ophavsretten har alle dage undergået en konstant international påvirkning. Først startende med Bernerkonventionen, som vi i Danmark tilsluttede os i 1903, og hvorved vi forpligtede os til at yde værker visse minimumsrettigheder. Mest markant i nyere tid er dog påvirkningen fra EU, som over de seneste 25 år i stigende grad har harmoniseret ophavsretten. Det er naturligvis sket med henblik på styrkelse af det europæiske fællesmarked, men har også i visse tilfælde haft konsekvenser for den enkelte nationalstats praksis på området. Den EU-retlige regulering består på nuværende tidspunkt af en række direktiver og anses traditionelt endnu ikke som en fuldstændig harmonisering af ophavsretten (afs.

---

<sup>51</sup> U 2012.129 H (157)

<sup>52</sup> U 2012.129 H (157f.)

<sup>53</sup> *Schønning*: "Ophavsretsloven med kommentarer", s. 137

<sup>54</sup> *Schmidt*: "Teknologi og immaterialret", s. 66

<sup>55</sup> *Madsen*: "Markedsret del 3", s. 65 (småtryk)

<sup>56</sup> *Madsen*: "Markedsret del 3", s. 65 (småtryk)

2.4.1). EU-Domstolen<sup>57</sup> har dog valgt at teste grænserne herfor, hvilket også analyseres nærmere (afs. 2.4.2).

#### **2.4.1 EU-direktiverne om ophavsret**

Den EU-retlige regulering af ophavsretten tæller på nuværende tidspunkt i alt ni direktiver og et enkelt horisontalt direktiv, som regulerer retshåndhævelsen for alle de immaterielle rettigheder. De enkelte direktiver angår umiddelbart alene hver sit konkrete område, hvorfor der heller ikke er tale om nogen totalharmonisering af ophavsretten. En enkelt undtagelse hertil er dog muligvis direktiv 2001/29/EF (Infosoc-direktivet). Principielt vedrører det efter sin ordlyd alene ”harmonisering af visse aspekter af ophavsret i informationssamfundet”. At direktivet, i hvert fald i praksis, ikke alene har betydning for ophavsretten i relation til informationssamfundet tydeliggøres senere i fremstillingen. De for den konkrete problemstilling mest relevante direktiver vedrørende fastlæggelse af værks-højdekravet udgøres af edb-direktivet<sup>58</sup>, database-direktivet<sup>59</sup>, beskyttelsestids-direktivet<sup>60</sup> og infosoc-direktivet<sup>61</sup>, jf. netop nedenfor.

##### *2.4.1.1 ”Ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”*

Der findes som nævnt ikke nogen fælles definition af kriterierne for, at et værk har værkshøjde, da ophavsretten ikke er totalharmoniseret af EU. En hjælp til hvilke krav der stilles kan dog udledes af henholdsvis database-direktivet, edb-direktivet og beskyttelsestids-direktivet. Af edb-direktivets artikel 1, stk. 3 fremgår, at et edb-program nyder beskyttelse, hvis det er originalt, og at det forstås sådan, at værket er ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”. Det anføres videre, at der ingen andre kriterier gælder for, hvorvidt et edb-program nyder beskyttelse. Herudaf kan man udlede, at ”originalitet” (værkshøjde) er grundforudsætningen for beskyttelse. Videre kan man konstatere, at forudsætningen for originalitet alene ligger i, om det givne værk er ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”. Det følger af præambelens 8. betragtning, at det ved afgørelsen af, om programmet er originalt eller ej ikke skal indgå, hvilken kvalitet eller æstetisk værdi det har.

En lignende beskrivelse af kravet om originalitet (værkshøjde) findes i beskyttelsestidsdirektivets artikel 6 i relation til beskyttelse af fotografier. Her anføres at fotografier er originale, når de er ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”. Videre angives at der ikke anvendes nogle andre kriterier i relation til at fastslå beskyttelse. Ordlyden af indholdet i originalitetsvurderingen er således her identisk med den i edb-direktivets art. 1, stk. 3, og det som her var et konkret kriterium for værkshøjde i denne kontekst, er nu udvidet til i hvert fald at omfatte egentlige fotografiske værker omfattet af OHL § 1. Det tyder således på, at originalitetskravet måske har et større anvendelsesområde end først antaget.

Endelig følger det af database-direktivets art. 3, stk. 1, at databaser, som på grundlag af udvælgelsen eller strukturering af indholdet heri udgør ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, nyder ophavsretlig beskyttelse. Hvis de selvstændige valg, som der træffes i forhold til ”designet” af en database, gør denne til ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, så er databasen original og beskyttet ophavsretligt. Af betragtning 16 i præambelen fremgår ligesom for edb-direktivet, at det

---

<sup>57</sup> Den Europæiske Unions Domstol. Herefter: ”EUD”

<sup>58</sup> Direktiv 250/1991/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer. Kodificeret ved direktiv 2009/24/EF. Herefter: ”edb-direktivet”

<sup>59</sup> Direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser. Herefter: ”database-direktivet”

<sup>60</sup> Direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder. Kodificeret ved direktiv 2006/116 EF med senere ændring. Herefter: ”beskyttelsestids-direktivet”

<sup>61</sup> Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet. Herefter: ”infosoc-direktivet”

alene er dette, der må lægges til grund for originalitetsvurderingen og ikke hensyn som kvalitet eller æstetisk værdi. Igen udvides altså det konkrete anvendelsesområde for originalitetskravet.

Hvor omfangsrigt kriteriet om originalitet som følge af ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse” reelt var, og hvilken mere generel betydning det havde for det danske værkshøjdekra­v kunne ikke i samtiden klart fastlægges. Man kunne blot forholde sig til, at der løbende kom flere og flere direktiver på ophavsrettens område med denne fælles ordlyd. En reaktion herpå og et muligt signal om at man fra dansk side godt var opmærksomme på, hvad der skete i EU-retten, kan ses af 1995-ophavsretloven. Af den nuværende ophavsretlige hovedlov fremgår det således af motiverne, at kravene til et beskyttet værk nu udtrykkes som, hvorvidt værket ”er resultatet af en egen selvstændig skabende intellektuel indsats fra ophavsmandens side”.<sup>62</sup> Ligheden i ordlyd er slående, og det viser tydeligt, at EU-retten også klart og tydeligt har fået betydning for dansk ophavsret.

Mogens Koktvedgaard anså i samtiden (1999) den EU-retlige regulering af ophavsretsområdet som et decideret forbud mod den gældende værkshøjdelære til fordel for originalitetskravet, som det fremgik af de tre direktiver.<sup>63</sup> Hvorvidt det er korrekt, og at de to begreber er modsætninger, er dog tvivlsomt, da man netop ikke i dansk ret opererer med en fast legislativt defineret opfattelse af værkshøjdekra­vet, men lader det nærmere beskrive gennem retspraksis. Det giver albuerum til at navigere nationalt, og derved beholde egen praksis for de forskellige værksarter. Koktvedgaard anerkender også dette, men kritiserer denne tilgang og fastslår, at man i hans optik ikke kun skal se de direktivregulerede områder som omfattede af EU’s originalitetsvurdering, men at det – implicit hentydet – skal gælde bredt for alle værksarter.<sup>64</sup> Koktvedgaard var således allerede den gang fortaler for, at hensigten fra EU med den fælles ordlyd i edb-, database- og beskyttelsestidsdirektivet ikke blot havde været tilfældig, men skyldtes at EU var på vej til at harmonisere originalitetsbegrebet for alle værksarter.

#### 2.4.1.2 Infosoc-direktivet

Direktivet harmoniserer i henhold til sin ordlyd ophavsret i relation til ”informationssamfundet”, og det blev skabt for at imødegå de mange nye muligheder, som særligt digitalisering havde medført i relation til ophavsret. At der umiddelbart kunne være tale om et direktiv, som gør lidt mere end at harmonisere et delområde af ophavsretten, fremgår allerede af direktivets art. 1. I stk. 1 anføres, at direktivet virker ”inden for rammerne af det indre marked med særligt henblik på informationssamfundet”, og videre i stk. 2 anføres, at de allerede eksisterende EU-direktiver om ophavsret gælder sideløbende for deres respektive områder. At infosoc-direktivet gælder for ophavshavsretlige problemstillinger i relation til ”informationssamfundet”, medfører reelt ikke nogen klar afgrænsning. Direktivet er generelt ekstremt omfattende, og regulerer langt de fleste basale rettigheder i relation til ophavsret, nemlig retten til eksemplar fremstilling, retten til eksemplarspredning og retten til overføring til almenheden samt de lovlige undtagelser hertil.<sup>65</sup> Direktivets regulerende omfang er således markant, men for hvilke dele af ophavsretten det konkret har gyldighed fremgår ikke med samme klarhed. Dette spørgsmål må derfor afgøres ved domspraksis fra EUD, og det viser sig, at direktivet måske har væsentlig større betydning end det lige umiddelbart signalerer med sin titel, jf. netop nedenfor.

---

<sup>62</sup> FT 1994-95, Tillæg A, 2. bind, s. 1332

<sup>63</sup> Koktvedgaard: ”Europæisk begrebsjustering (...)”, i *Gorton m.fl.*: ”Festskrift till Gunnar Karnell”, s. 345

<sup>64</sup> Koktvedgaard: ”Europæisk begrebsjustering (...)”, i *Gorton m.fl.*: ”Festskrift till Gunnar Karnell”, s. 346

<sup>65</sup> Schønning: ”EU-direktiverne om ophavsret”, s. 108f.

## 2.4.2 EU-Domstolens praksis

Ophavsretten er som nævnt delvist harmoniseret og derved ensrettet inden for medlemslandene på de områder, hvor der er vedtaget direktiver. Det ligger således helt fast, at rammerne for f.eks. edb-programmer og databaser, i det omfang direktiverne herom regulerer, skal fortolkes og forstås i en fællesskabsretlig kontekst. De nationale domstole må derfor stå tilbage fra at regulere selvstændigt på disse områder igennem deres afgørelser, og de er forpligtede til at fortolke konformt med EU-retten. Det omvendte scenarie, nemlig at EUD fortolker direktiverne udvidende og med betydning for medlemsstaterne nationalt, er dog øjensynligt ikke udelukket. Det følger i hvert fald af praksis på området, at især infosoc-direktivet har fået en noget mere omfattende rækkevidde end først antaget. Det kan have betydning for værkshøjdekravet i relation til brugskunst, uanset at området ikke udtrykkeligt er omfattet af direktivet. Dette skyldes i særdeleshed en række præmisser i EUD's afgørelse C-5/08 (Infopaq) og en støttende tendens i senere retspraksis fra EUD.

### 2.4.2.1 C-05/08 (Infopaq)

Sagen angik den danske virksomhed Infopaq, hvis virke bestod i at overvåge og analysere forskellige trykte medier. Problematikken opstod ved, at Infopaq tilbød en service til visse af deres kunder, hvor de ud fra indscannede avisartikler via en teknisk metode kunne fremfinde særligt udvalgte ord samt de fem ord, som gik forud og efter dette ord i de konkrete artikler. Derved kunne man hurtigt få et overblik over, hvilke artikler som omtalte f.eks. et firma eller et begreb, og i hvilken kontekst dette skete. Efter nogen strid med Danske Dagblades Forening (DDF), som repræsentant for ophavsmændene til de oprindelige artikler, valgte Infopaq at lægge sag an mod DDF. Stridspunktet for sagen blev, hvorvidt den reproduktion der herved skete af de givne artikler, om end kun delvist, indebar en krænkelse af ophavsretslovens eneret til reproduktion, jf. infosoc-direktivets art. 2 (OHL § 2, stk. 2 nationalt). EUD blev forelagt tvisten præjudicielt, men svarede ved sin dom af 16. juli 2009 på lidt mere end blot opfanget af en reproduktion, og netop denne del af sagen er særlig relevant for forståelse af værkshøjdebegrebet.

I præmisserne 6, 7 og 11 henviser EUD til henholdsvis edb-direktivet, database-direktivet og beskyttelsestidsdirektivet, og disse direktivers enslydende definition af, at et værk beskyttes, når det er "originalt i den forstand, at det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse", og at der "ikke anvendes andre kriterier" til at bestemme, hvorvidt et værk kan nyde beskyttelse ophavsretligt. Allerede her signalerer EUD, at den antagelig vil finde at lignende forhold skal være gældende i relation til definitionen af et værk på infosoc-direktivets område. Men hvad er infosoc-direktivets område? Som nævnt tidligere i afs. 2.4.1.2 er det ikke helt klart, og det var overvejende lagt åbent op til en senere afgørelse, hvordan de centrale begreber skulle forstås. Det tager EUD i omfattende grad på sine skuldre, og den opridser i præmis 8 en større tendens i infosoc-direktivets betragtninger, som angiveligt støtter en omfattende forståelse af direktivet, og forudsætter en meget vidtrækkende harmonisering af ophavsretten som et ideal til beskyttelse for det indre marked. Der antages også her at være støtte for et meget højt beskyttelsesniveau og en meget lav barriere i form af krav om originalitet (værkshøjde). På dette grundlag kommer EUD i præmis 27 frem til, at når der i infosoc-direktivet ikke udtrykkeligt er henvist til national ret, så tilkommer det fællesskabsretten, og derved konkret EUD selv at udfylde forståelsen og rækkevidden af de relevante begreber i relation til direktivets art. 2, da dette skal undergives en "selvstændig og ensartet fortolkning i hele Fællesskabet". Dette omfatter de facto også art. 2, litra a's forståelse af begrebet "værk". Jens Schovsbo stiller sig stærkt kritisk overfor, at der i de kilder, som EUD henviser til, er den fornødne hjemmel til en så omfattende

og harmoniserende forståelse af infosoc-direktivet.<sup>66</sup> Schovsbo retter dog i særdeleshed sin kritik mod omfanget af harmoniseringen, hvilket han heller ikke er ene om, jf. nærmere nedenfor.

EUD er dog relativt klar og fastslår, at der i henhold til infosoc-direktivets art. 2, litra a, alene kan være tale om et beskyttet værk, når dette er originalt i den forstand, at det er ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, jf. præmis 37. Forinden har EUD i præmis 34 slået fast, at man dels må tage udgangspunkt i Bernerkonventions krav om ”intellektuel frembringelse” som betingelse for beskyttelse af et værk og dels edb-direktivet, database-direktivet og beskyttelsestidsdirektivets enslydende krav om ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, jf. præmis 35, da disse principper også skal finde anvendelse for infosoc-direktivet, da det opstiller en ”harmoniseret retlig ramme for ophavsret”, jf. præmis 36. En åbenlys tolkning heraf bliver derfor, at EUD forstår infosoc-direktivet som en omfattende harmonisering af det ophavsretlige værkshøjdekraV, og de nationale lovgivere og domstole derfor må vige tilbage fra at have en anden forståelse heraf. Der må dog stadig stilles spørgsmålstegn ved, hvor omfattende denne harmonisering i givet fald er, og om den måske ligefrem er udtryk for en total harmonisering af værkshøjdekravet på tværs af alle værksarter, hvorved det også får betydning for værkshøjdekravet i relation til brugskunst.

#### 2.4.2.2 Yderligere praksis fra EU-Domstolen

Retstilstanden var således ikke entydigt klar efter C-5/08 (Infopaq). I den efterfølgende retspraksis fra EUD kan dog spores en tendens i retning af, hvilket omfang ”originalitetskravet” har. Den første relevante dom er C-393/09 (BSA), som blev afsagt af EUD den 22. december 2010. Sagen angik edb-programmer og var således umiddelbart indenfor edb-direktivets område. En tjekkisk forening, BSA, havde ansøgt det tjekkeske kulturministerium om at blive fællesadministrator for rettighedshavere over edb-programmer. Det tjekkeske kulturministerium afviser at give en sådan tilladelse, da der angiveligt kun kan ske beskyttelse af kilde- og objektkode i relation til edb-programmer og ikke brugergrænseflader, samt at en fælles administration af rettigheder til edb-programmer ikke er ønskelig. BSA påstår modsat, at brugergrænseflader kan beskyttes og fastholder deres ret til at oprette en fælles administration.

EUD spørges præjudicielt og svarer, at forståelsen af et edb-programs form, som udtrykt i edb-direktivet art. 1, stk. 2, må fortolkes ud fra direktivets formål og i lyset af international ret. Der henvises her til Infopaq. Herudfra vurderer EUD, at brugergrænsefladen for et edb-program ikke er i overensstemmelse med edb-direktivets art. 1, stk. 2 om ”form” og derfor ikke kan beskyttes herefter, jf. præmis 42. EUD udviser herefter endnu en gang aktivistisk fortolkningsstil, da den uanset spørgsmålets afgrænsning til edb-direktivet alligevel vælger at forklare, hvordan den nationale ret så skal forholde sig til brugergrænseflader, og at de potentielt kan være omfattet af ”den almindelige ophavsretlige beskyttelse i henhold til infosoc-direktivet”<sup>67</sup>. Med henvisning til C-05/08 (Infopaq) påpeger EUD, at det er muligt, når det er ”originalt i den forstand, at det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”. Herved konkluderer EUD, alene ud fra sin egen fortolkning, at brugergrænseflader beskyttes særskilt efter infosoc-direktivet, jf. præmis 45 og 46.

I dommen svarer EUD således på langt mere end, hvad den bliver spurgt om, og endnu en gang udvides området for infosoc-direktivet, hvilket giver yderligere støtte til argumentet om at forstå originalitetskravet som harmoniseret i en ret omfattende grad. Uanset at de enkelte medlemsstater ved implementering af edb-direktivet har accepteret, at deres nationale suverænitet til at råde over edb-

---

<sup>66</sup> Schovsbo: ”Mod et harmoniseret ophavsretsligt originalitetsbegreb? (...)”, i *Henrichsen m.fl.*: ”Ret, informatik og samfund”, s. 591

<sup>67</sup> C-393/09 (BSA), præmis 44



programmer i *det regulerede omfang* formindskes, så anser EUD sig kompetent til at indskrænke det nationale råderum yderligere, da brugergrænseflader nu omfattes af infosoc-direktivet. Hvad der så reelt er tilbage til de nationale stater at regulere bliver mere og mere begrænset, hvis der da overhovedet er noget tilbage? Når EUD i præmis 44 henviser til brugergrænsefladerne som omfattede af ”den almindelige ophavsretlige beskyttelse i henhold til direktiv 2001/29”, så er det nærliggende at forstå dette sådan, at EUD mener direktivet udgør en massivt harmoniseret retlig ramme, som giver den fornødne hjemmel til en vidtgående EU-regulering af ophavsretten i et uafgrænset omfang.

EUD har også i andre domme anvendt forudsætningerne fra C-5/08 (Infopaq) til at give infosoc-direktivet en omfattende rækkevidde. Det gælder blandt andet de forenede sager C-403/08 og C-429/08 (Premier League), C-406/10 (SAS) og endelig C-145/10 (Painer). Den første sag angik sammenslutningen bag Premier Leagues muligheder for at beskytte sine rettigheder over de fodboldkampe, som ligaen omfattede, samt kontrollen med visningen af disse kampe i forskellige geografiske områder. EUD udtaler i sagen, at selve fodboldkampene ikke kan nyde ophavsretlig beskyttelse, da de ikke lever op til forudsætningerne for at være værker, jf. præmis 96. Herefter konstateres, at et værk alene beskyttes, når det er ”originalt i den forstand, at det er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, og der henvises tilbage til C-5/08 (Infopaq), jf. præmis 97. Resultatet bliver, at fodboldkampe ikke beskyttes efter EU-retten, men dog kan beskyttes efter nationale regler eller aftale, jf. præmis 100 og 102. Væsentligt i relation til værkshøjdekravet er, at EUD her anvender ”originalitetskravet” til at vurdere, om der er tale om et beskyttet værk, og at infosoc-direktivet således teoretisk også kunne bredes ud til at dække sportsskampe, hvis altså blot de konkrete betingelser for originalitet havde været opfyldte.

Sagerne C-406/10 (SAS) og C-145/10 (Painer) skal nævnes kort her, fordi EUD også i disse sager anførte, at ”originalitetskravet”, i form af kravet om værket som værende ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, også blev bragt på banen med henvisning tilbage til C-05/08 (Infopaq). I dommene udtalte EUD en anelse mere tydeligt, hvad der reelt skulle forstås ved dette kriterium. Det ligger herefter fast, at nøgleord, kommandoer, valgmuligheder og gentagelser af ord, tal og matematiske formler ikke i sig selv kan udgøre et værk, som er ”ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, men at placeringen, valget og kombinationen heraf kan udtrykke en ”kreativ ånd på en original måde”, som får værket indenfor rammen af ”originalitetskravet”.<sup>68</sup> Videre gælder at et værk er beskyttet, når ophavsmanden har kunnet udtrykke ”kreative evner ved frembringelsen af værket pga. frie og kreative valg”.<sup>69</sup>

#### 2.4.2.3 Er der sket en total harmonisering af værkshøjdekravet?

Tilbage står så spørgsmålet om, hvilken rækkevidde man med rimelighed kan udlede af EUD’s udtalelser i C-05/08 (Infopaq) og de efterfølgende domme i relation til det EU-harmoniserede ”originalitetskriterium”. Schönning anfører, at en udvidende fortolkning af begrebet ”muligvis” kan være en forståelse af C-05/08 (Infopaq), og at der således er sket en horisontal harmonisering af værkshøjde-/originalitetskravet.<sup>70</sup> Andetsteds påstår han, at dommen medfører, at originalitets-kriteriet, ”ophavsmandens egen intellektuelle opfindelse”, er generelt, og at det finder anvendelse for alle værksarter, men dog med henvisning tilbage til hans første påstand.<sup>71</sup> Den mest korrekte forståelse af hans holdning må derfor umiddelbart være, at dommen kun ”muligvis” kan anses for at udgøre en total harmonisering. Rosenmeier er i imidlertid enig med Schönning i dennes sidste påstand, da Rosenmeier tager

<sup>68</sup> C-406/10 (SAS), præmis 66-67

<sup>69</sup> C-145/10 (Painer), præmis 89

<sup>70</sup> Schönning: ”EU-direktiverne om ophavsret”, s. 34f.

<sup>71</sup> Schönning: ”EU-direktiverne om ophavsret”, s. 112

EUD's afgørelse C-05/08 (Infopaq) og de senere afgørelser til udtryk for, at der nu gælder et EU-retligt originalitetskriterium for alle former for værker.<sup>72</sup>

Schovsbo, der i øvrigt er medforfatter til det netop refererede værk af Rosenmeier, mener dog ikke, at man kan se helt så entydigt på det. Han påpeger, at infosoc-direktivets rækkevidde er diskutabelt, og at der ikke med C-05/08 (Infopaq) kan siges at gælde et EU-harmoniseret princip om "originalitet", da der uden for de direktivregulerede områder stadig må være national jurisdiktion til at have en anderledes opfattelse af begrebet originalitet (værkshøjde).<sup>73</sup> Hvor stort, eller måske rettere småt, dette område så er, vil imidlertid være anderledes svært at afgøre. Dette understreges især også af C-393/09 (BSA), hvor EUD netop griber ind i dette nationale råderum, som var efterladt rundt om edb-direktivet, da den fastslog, at en del heraf nu er EU-harmoniseret med vedtagelsen af infosoc-direktivet. Schovsbo og Rosenmeier anfører dog i en fælles artikel, at de mener, originalitetskravet er EU-harmoniseret, og at dette også omfatter brugskunsten, uanset at spørgsmålet ikke endeligt er afklaret.<sup>74</sup> Andre forfattere synes at støtte denne opfattelse.<sup>75</sup>

Debatten i faglitteraturen illustrerer rammende, at C-05/08 (Infopaq) repræsenterede en meget nyskabende forståelse af EU-rettens betydning for værkshøjdelæren. Dommen giver ikke noget entydigt klart billede af, hvor omfattende dens præmisser om værkshøjdekravet skal forstås, men efterlader i stedet en noget usikker retstilstand. En udvidende forståelse af særligt præmis 36 vil føre til, at infosoc-direktivet skal forstås som en "harmoniseret retlig ramme for ophavsret" i almindelighed, og den i dommen præsenterede forståelse af originalitet (værkshøjde) derfor er gældende for alle værksarter. Kritikere vil dog omvendt stille spørgsmålstejn ved, hvorvidt dommen i sig selv giver tilstrækkelig hjemmel hertil, og om den i det hele taget er tilpas tydelig til, at man kan udlede en så omfattende forståelse heraf. Det egentlige omfang af dommen i relation til øvrige værksarter, så som brugskunst, må derfor formelt betegnes som uafklaret, da der endnu ikke er praksis fra EUD herom. Reelt er det nok blot kun et spørgsmål om tid, og den reelle retstilstand er derfor øjensynligt, at alle værksarter, der kan indgå i infosoc-direktivets brede virkeområde, må anses for underlagt det EU-harmoniserede værkshøjdekrav i form af "originalitetskravet".

## 2.5 Konsekvenser for brugskunst i dansk ret

Det synes således at kunne udledes af EUD's praksis, at det, vi i dansk terminologi kalder værkshøjdekravet, er blevet EU-harmoniseret, og det må derfor forstås og fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Det er derfor også særlig relevant at undersøge, om vi i Danmark er nødt til at forkaste vores nuværende "værks-terminologi" helt generelt, samt om vi fortsat kan fastholde vores hidtidige praksis for bedømmelse af værkshøjde for brugskunstværker.

### 2.5.1 Hvad betyder EU-harmoniseringen for det danske værkshøjdebegreb?

EUD's formulering af originalitet, som udtrykt ved "egen intellektuelle frembringelse", giver ikke det store indblik i indholdet heraf, men som nævnt kan den øvrige domspraksis, jf. afs. 2.4.2.2 og edb-, database- samt beskyttelsestidsdirektivet være til hjælp. En stram og meget tekstnær fortolkning kunne føre til, at der nationalt alene må anvendes dette kriterium i en ordret forstand, og at vi derfor i dansk ret må afstå fra, at bruge "værkshøjde"-begrebet til fordel for det EU-harmoniserede originalitetskrav. Det vil dog umiddelbart være at udstrække EUD's praksis for langt, og reelt er det tvivlsomt, hvor stor forskel der egentlig er på de to begreber. Det gælder således efter EUD's praksis, at

<sup>72</sup> Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 78f.

<sup>73</sup> Schovsbo: "Mod et harmoniseret ophavsretsligt originalitetsbegreb? (...)" i *Henrichsen m.fl.*: "Ret, information og samfund", s. 591

<sup>74</sup> Schovsbo og Rosenmeier: U 2015B.181 (182)

<sup>75</sup> Madsen: "Markedsret del 3", s. 67

når ophavsmanden med sin indsats udviser ”kreativ ånd på en original måde”<sup>76</sup>, så beskyttes værket. Henset til at der også kræves, at værket er ophavsmandens ”egen” intellektuelle frembringelse, så er det ikke langt fra den eksisterende danske praksis. Her forudsætter vi som nævnt ovenfor, at værket er blevet til ved en ”selvstændig” og ”kreativ” indsats fra ophavsmandens side, hvilket passer godt med EUD’s definition. Dette understøttes kun yderligere af, at der i C-145/10 (Painer) forudsættes, at ophavsmanden har udvist ”kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg”<sup>77</sup>. Videre kan der bl.a. i den 8. betragtning til edb-direktivet læses, at der i prøvelsen af hvorvidt et værk er originalt ikke skal tages hensyn til kvalitet og æstetik. Det passer med at vi i dansk ret ikke stiller krav til værkets kvalitet eller graden af det æstetiske element, når bare det er markant nok til at leve op til kravene om værkshøjde, jf. ovenfor i afs. 2.2.2.3 og 2.3.1. Ej heller det subjektive nyhedskrav, som vi i dansk ret klart stiller som betingelse for, at et værk omfattes af ophavsretslovens beskyttelse, synes at konflikte med EU-harmoniseringen. Som nævnt tidligere rummer dette krav reelt ikke andet end, at ophavsmanden skaber sit eget værk, og at dette har en tilstrækkelig nuancering og kreativitet i forhold til det allerede kendte, jf. afs. 2.2.3. Der synes ikke af praksis fra EUD at kunne udledes et forbud mod en sådan forståelse af originalitetskravet. Det synes derfor heller ikke at være korrekt, når nogle forfattere påstår, at EUD’s originalitetskrav ikke kan rumme kravet om ”værkshøjde” eller at værket skal være ”nyt”.<sup>78</sup> Madsen påpeger således modsat, at der i sagen C-05/08 (Infopaq)’s præmis 34 henvises tilbage til Bernerkonventionen, og dennes formulering af beskyttelse, som betinget af at værket udgør ”intellektuelle frembringelser”.<sup>79</sup> Konventionen har vi som nævnt tiltrådt længe før EU, og de grundlæggende principper, som det EU-harmoniserede originalitetskrav er baseret på, er således allerede inkorporeret i dansk ret. Madsen er da også af den opfattelse, at den EU-retlige praksis og det danske værkshøjdebegreb er udtryk for det samme, hvorfor han heller ikke ser nogen grund til, at vi forlader et ”indarbejdet juridisk systemudtryk”.<sup>80</sup> Sammenfattende fremstår det korrekt at tillade en mere abstrakt forståelse af ”originalitetskravet” og ikke alene en rigid og tekstnær forståelse, hvorfor de traditionelle nationale formuleringer fortsat må tillades.<sup>81</sup> Der er således ingen vægtige argumenter for, at vi i dansk ret er nødsaget til at skifte terminologi, da det danske værkshøjdebegreb øjensynligt baseres på de samme principper, som gælder for det EU-harmoniserede originalitetskrav.

### 2.5.2 Hvilken betydning har EU-harmoniseringen for dansk retspraksis?

Mere problematisk bliver det dog, når vi i dansk ret – antageligt – i visse tilfælde kræver mere end indholdet af det EU-harmoniserede originalitetskrav og derved bøjer det i en skærpene retning. Dette er angivet tidligere i afs. 2.3.3, hvor nogle forfattere påstår, at vi i dansk ret stiller skærpede krav til brugskunstværker i form af et skærpet værkshøjdekrav eller et objektivi nyhedskrav. Ud fra en ren national ramme udgjorde det imidlertid en noget tvivlsom påstand, og det måtte klart afvises, jf. diskussionen herom i afs. 2.3.3. Når der nu i relation til EU-retten påstås, at denne adfærd udgør et problem, så må det også her kunne afvises allerede fordi, vi i dansk ret netop ikke har en sådan påstået skærpene praksis for brugskunst, og dansk ret derfor også er på linje med indholdet af det EU-harmoniserede originalitetskrav. Den danske retspraksis for værkshøjdebedømmelse af brugskunst er således umiddelbart EU-konform.

<sup>76</sup> C-406/10 (SAS), præmis 67 samt C-05/08 (Infopaq), præmis 45

<sup>77</sup> C-145/10 (Painer), præmis 89

<sup>78</sup> Schovsbo: ”Mod et harmoniseret ophavsretsligt originalitetsbegreb? (...)”, i *Henrichsen*: ”Ret, information og samfund”, s. 587

<sup>79</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 58, note 37

<sup>80</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 58, note 38

<sup>81</sup> Rosenmeier i: ”Immaterialret”, s. 82f.

Et hjørne af brugskunsten udgør dog måske alligevel et mindre problem. Vedrørende den ophavsretlige beskyttelse af tøj, er det i afs. 2.3.4 ovenfor fastslået, at vi i Danmark har en meget restriktiv praksis. Det er ikke i sig selv et stort problem, da det kan forklares med, at modetendenser i sig selv sætter en markant begrænsning for ophavsmandens kreative råderum og derved helt naturligt gør det sværere for en sådan frembringelse at leve op til kravene om værkshøjde. Set i forhold til det EU-harmoniserede originalitetskrav er der ikke noget konfliktende heri, så længe det er på baggrund af en konkret vurdering, at den enkelte beklædningsfrembringelse ikke gives beskyttelse grundet manglende værkshøjde. Dommen U 2012.129 H (Nørgaard) indeholder dog, som nævnt i afs. 2.3.4, nogle meget skarpe formuleringer, som muligvis kan fortolkes sådan, at vi i Danmark har en generel høj barriere for beklædningsgenstande, hvilket umiddelbart ikke er i overensstemmelse med EU-retten. Udover helt saglige og tilladelige argumenter om, at værket i dommen ikke har den fornødne originalitet, da den alene består af allerede kendte elementer, så kommer SØ- og Handelsretten (stadfæstet af Højesteret med samme begrundelse) med en meget generel formulering om, at der grundet markedshensyn, så "(...) stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsmæssigt flygtige."<sup>82</sup> At dette stiller dansk retspraksis i en lidt uheldig situation overfor EU-harmoniseringen er flere forfattere i faglitteraturen enige om.<sup>83</sup>

Det er dog imidlertid helt afgørende i den anledning, om U 2012.129 H (Nørgaard) blot var en "svipser" eller udtryk for en reel holdning fra domstolene, og derved en EU-stridig praksis. Rosenmeier anfører i et værk fra 2015, at der ikke umiddelbart synes at være nyere domme, som støtter op om en strengere praksis for tøj generelt.<sup>84</sup> Endnu nyere retspraksis synes øjensynligt også at være mere neutralt formuleret. Et eksempel herpå kan ses i en nylig kendelse fra SØ- og Handelsretten afsagt d. 20. marts 2017.<sup>85</sup> Sagen omhandler tøjproducenten "Rains", der overvejende fremstiller regntøj, som følte sig krænket af en anden producents produkter. De mente selv, at deres produkter nød ophavsretlig beskyttelse, da de kombinerede æstetik, mode og design samt et praktisk funktionelt formål. Retten fandt dog ikke, at der var ophavsretlig beskyttelse, da produkterne "(...) i alt væsentligt bestod i at sammenstille enkeltstående designelementer, som var en del af det almene formforråd på frembringelses-tidspunktet."<sup>86</sup> Sagen minder på den måde om U 2012.129 H (Nørgaard), da en simpel sammensætning af kendte og simple designelementer heller ikke her kunne udgøre en tilstrækkelig selvstændig skabende indsats. Mindre dominerende, set i forhold til U 2012.129 H (Nørgaard), udtaler retten, at kravene i ophavsretsloven om "en vis nyhed og individualitet" således ikke er opfyldt, og derfor er der ikke ophavsret til produkterne. Hvis de danske domstole fortsat formulerer sig på denne mere neutrale måde i relation til tøj, og man ikke lægger for stor vægt på den enkeltstående skærpene formulering i U 2012.129 H (Nørgaard), så vil der heller ikke for beklædningsgenstande være forskel på den danske praksis for bedømmelse af værkshøjde og det EU-harmoniserede originalitetskrav.

### 3. Beskyttelsesomfanget for brugskunst

Den konkrete vurdering af hvor meget et givent værk beskyttes imod vil oftest ikke være skarpt afgrænset fra den ovenfor gennemgåede værkshøjdebedømmelse. Overvejelserne er da også baseret på mange af de samme principper, men må alligevel mest rigtigt adskilles i to, hvis man ønsker at nå

---

<sup>82</sup> U 2012.129 H (157f.)

<sup>83</sup> Madsen: "Markedsret del 3", s. 65, småtryk & SRP, s. 83

<sup>84</sup> Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 104

<sup>85</sup> SØ- og Handelsrettens kendelse af 20. marts 2017 (A-4-17)

<sup>86</sup> SØ- og Handelsrettens kendelse af 20. marts 2017 (A-4-17), s. 12

den materielt mest korrekte afgørelse. Behandlingen af krænkelserbedømmelsen vil tage udgangspunkt i en kort præsentation af de ophavsretlige enerettigheder, og de konkurrencemæssige overvejelser, som der i beskyttelsens omfang må tages højde for (afs. 3.1). Videre undersøges hvilke faktorer der anvendes i efterligningsvurderingen, og hvordan denne foretages i praksis for brugskunstværker (afs. 3.2). Endelig analyseres EU-rettens holdning til beskyttelsesomfanget, inden det vurderes, hvilken betydning dette har for dansk retspraksis' EU-konformitet (afs. 3.3).

### **3.1 Hvilket indhold har beskyttelsen af brugskunst?**

Brugskunst er omfattet af de samme beskyttelsesregler, som beskytter de øvrige værksarter, der omfattes af ophavsretsloven. Reglerne herfor er opdelt sådan, at de økonomiske rettigheder er søgt beskyttet med OHL § 2, og de mere ideelle rettigheder er beskyttet med OHL § 3. Denne sondring, og indholdet af de to rettighedstyper, behandles nedenfor (afs. 3.1.1), ligesom der præsenteres nogle generelle konkurrenceretlige overvejelser (afs. 3.1.2), som påvirker beskyttelsesomfanget.

#### **3.1.1 Økonomiske- og ideelle rettigheder**

En nærmere definition af de til ophavsretten tilknyttede rettigheder fremgår som nævnt af OHL §§ 2 og 3. Der sondres mellem økonomiske rettigheder og ideelle rettigheder. Førstnævnte kommer til udtryk ved, at ophavsmanden har "eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden (...)", jf. OHL § 2, stk. 1. Eneretten til eksemplarfremstilling giver ophavsmanden et væsentligt værn mod kopiering af sit værk, og der henses således ikke til, om evt. kopier er midlertidige eller permanente, omfatter hele værket eller kun dele heraf, eller i hvilken form kopien kommer til udtryk, jf. OHL § 2, stk. 2. Ophavsmandens eneret til at gøre sit værk tilgængeligt for almenheden, jf. OHL § 2, stk. 3, medfører en eneret til at sælge, udleje, udlåne eller på anden måde sprede værket. Endelig gives eneret til at fremvise værket offentligt og til at fremføre det offentligt, hvis dette er muligt for den konkrete værksart. De økonomiske rettigheder er formuerettigheder og kan derfor overdrages fra ophavsmanden til andre. For brugskunst har det en stor betydning, da værkerne netop fremstilles med et kommercielt fokus, og enerettighederne er derfor afgørende for, at ophavsmandene kan profitere på deres værker. Enerettighederne er dog ikke uden indskrænkninger, hvilket følger af OHL kap. 2 og de her nævnte undtagelser. For brugskunst er også konkurrenceretlige hensyn en modvægt til den frie eneret, hvilket må huskes i relation til beskyttelsesomfanget, jf. mere uddybende i afs. 3.1.2. Foruden de økonomiske rettigheder beskytter OHL § 3 de mere ideelle rettigheder knyttet til et værk. Beskyttelsen omfatter en "faderskabsret" og en "respektret" som har betydning for, hvordan ophavsmanden til et værk fremstilles, jf. OHL § 3, stk. 1 og 2. Den ideelle ret har ikke umiddelbart nogen økonomiske betydning. Dog må man ikke undervurdere brandingværdien i, at en ophavsmand tydeligt forbindes med sine værker, hvilket i realiteten rummer en ikke helt uvæsentlig økonomiske betydning.<sup>87</sup> Af betydning for brugskunsten må bemærkes, at OHL § 3 er indskrænket af OHL § 29, som medfører at private ejere af et konkret eksemplar af et brugskunstværk frit kan ændre dette uden samtykke fra ophavsmanden.

#### **3.1.2 Hensyn til den frie konkurrence**

Brugskunst udgør et område af ophavsretten, som i særlig grad er påvirket af konkurrence, og hvor der må tages – mere eller mindre eksplicitte – hensyn for at undgå monopolisering. Uanset at retspraksis for statuering af værkshøjde kan synes noget liberal, så skader det øjensynligt ikke konkurrencen, hvilket umiddelbart kun kan forklares med, at der tages hensyn hertil ved udmåling af beskyttelsesomfanget.<sup>88</sup> Allerede i 1965 påpegede Kockvedgaard, at man ikke måtte lægge "utålelige bånd" på det øvrige marked, når man fastlægger beskyttelsesomfanget for anvendt kunst, da det i givet fald

---

<sup>87</sup> *Schønning*: "Ophavsretsloven med kommentarer", s. 200

<sup>88</sup> *Schønning*: "Ophavsretsloven med kommentarer", s. 134f.

vil være stærkt hæmmende for erhvervsudøvelsen.<sup>89</sup> Videre må man huske, at det i nogle tilfælde direkte er normen, at værker skal ligne hinanden, fordi de alle følger nogle fælles dikterede moderegler. Her bliver det ikke bare af ideel, men også af kommerciel betydning, at der ikke gives eneret til funktionsbaserede mode-udformninger til én ophavsmand på bekostning af alle andre. Det vil hæmme disses omsætningsmuligheder, men også den frie konkurrence på det givne marked. Beskyttelsesomfanget må ifølge Schmidt begrænses for brugskunst, da der ofte er tale om universelle hverdagsting, som tilhører en fælles kulturarv ingen med rimelighed skal have monopol på.<sup>90</sup> Heri er det svært at være uenig, da det som også er kaldt for ”det fælles formforråd”, ikke bør være én mands ret alene. Mest tydeligt tages der hensyn til konkurrencen ved at den ophavsretlige brugskunstbeskyttelse alene angår de dele af et værk, som ikke er praktisk- eller funktionelt bestemte, og at det som nævnt derfor blot er de dele, som er udtryk for ophavsmandens kreativitet, som får betydning for værkets beskyttelsessfære. I praksis tages de konkurrenceretlige hensyn dog også nogle gange på andre måder, hvilket vil indgå nærmere nedenfor, jf. afs. 3.2.

### **3.2 Beskyttelsesomfanget for brugskunst i dansk ret**

Det konkrete beskyttelsesomfang for et brugskunstværk lader sig ikke let definere, og der er mange forhold, som må tages i betragtning, når man forsøger at klarlægge det. Helt indledningsvist må man gøre sig klart, hvorvidt der overhovedet er tale om en krænkende efterligning, eller om der måske kunne foreligge en bearbejdelse eller et selvstændigt værk (afs. 3.2.1). Herefter må man søge at påvise, at ophavsmanden til det påstået krænkende værk har haft kendskab til det originale værk (afs. 3.2.2). Videre må det undersøges, hvorvidt værkerne ud fra en konkret bedømmelse af deres lighed i fremtoning medfører en identitetsoplevelse (afs. 3.2.3), ligesom man for brugskunstværker må bemærke, at der i retspraksis er skabt en præcedens for en ”snæver” beskyttelsessfære begrænset til ”meget nærgående efterligninger” (afs. 3.2.4).

#### **3.2.1 Adskillelse af efterligninger, bearbejdelser og nye selvstændige værker**

Første skridt i krænkelsevurderingen bør være at undersøge, om der overhovedet er grundlag for at tale om en efterligning, eller om der i stedet foreligger et andet og nyt værk, som ikke krænker. Der må således skelnes mellem, om der foreligger en efterligning af et eksisterende værk, en bearbejdning af et eksisterende værk eller et helt nyt selvstændigt værk. Først herefter skal man overveje, hvilke kriterier der i givet fald må anvendes for at statuere en krænkelse. Grundlaget for at et værk overhovedet nyder efterligningsbeskyttelse findes i OHL § 2, hvor der som nævnt ovenfor gives beskyttelse til værket i såvel original som ændret skikkelse. Af lovmotiverne til 1961-loven følger, at det konkrete værk beskyttes så langt, at det gælder for ”værket i alle de skikkelser, det kan antage uden at tabe identitet”<sup>91</sup>. Beskyttelsen er således som udgangspunkt tillagt et udvidende omfang, men hvor omfattende må afgøres mere konkret. Grænsedragningen mellem et nyt selvstændigt værk og et plagierende/efterlignende værk, lader sig således ikke let foretage, og det volder da også ofte domstolene problemer<sup>92</sup>. Det er i forhold til brugskunst særdeles vanskeligt, hvilket også vil fremgå mere tydeligt af den nærmere fremstilling i afs. 3.2.2, 3.2.3 og 3.2.4.

Det er som nævnt relevant at afgrænse de efterlignende værker overfor de værker, som blot udgør en ikke-krænkende bearbejdelse af et allerede eksisterende værk, jf. OHL § 4. En bearbejdelse foreligger, når et værk videreudvikles eller f.eks. overføres til en anden værksart af en anden ophavsmand, jf. OHL § 4, stk. 1. Det forudsættes, at ophavsmanden til bearbejdelsen bevidst har taget sit udgangs-

---

<sup>89</sup> *Koktvedgaard*: ”Konkurrenceprægede immaterialretsdispositioner”, s. 254

<sup>90</sup> *Schmidt*: ”TRIPP TRAPP - om brugskunst i tiden”, i *Andersen m.fl.*: ”Festskrift til Mogens Koktvedgaard”, s. 549

<sup>91</sup> FT 1959-60, Tillæg A, sp. 2683

<sup>92</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 160

punkt i et kendt værk, men også at denne har tilføjet værket noget nyt eller ændret dets form i tilstrækkeligt omfang sådan, at det tilføjede i sig selv kan løfte værkshøjdekravet. Hvis det er tilfældet, foreligger der en lovlig bearbejdelse og ikke en efterligning/ulovlig bearbejdelse.<sup>93</sup> Dog gælder, at fordi en bearbejdelse baseres på et andet værk, kan ophavsmanden til bearbejdelsen ikke udøve nogen selvstændig ret herover uden samtykke fra ophavsmanden til det originale værk.<sup>94</sup>

Endelig kan der i modsætning til såvel bearbejdelse som efterligning også foreligge et helt nyt værk, som blot er inspireret af et andet værk. Så længe ophavsmanden til det nye værk holder sig for øje, hvilke dele af det originale værk, der er udtryk for kunstnerens eget særpræg, og hvilke der blot udgør ubeskyttede praktisk- eller funktionsbestemte former, så vil et nyt værk – selv med betydelig lighed på de ubeskyttede områder – ikke udgøre en efterligning. Sondringen imellem de forskellige tilfælde foretages ikke let, og især spørgsmålet om der foreligger et nyt selvstændigt værk eller en krænkende efterligning må i relation til brugskunst ofte prøves ved domstolene.

### 3.2.2 Subjektiv viden om det beskyttede værk

En væsentlig del af krænkelsevurderingen ligger i, at det må kunne påvises, at den påståede krænker havde subjektiv kendskab til det krænkede værk. Vurderingen heraf har klare paralleller til spørgsmålet om dobbeltfrembringelser og nyhedskrav i relation til værkshøjdebedømmelsen, jf. afs. 2.2.2.1 og 2.2.3. Da ophavsretten alene giver efterligningsbeskyttelse, og ikke prioritetsbeskyttelse, gælder kun et krav om subjektiv kendskab. Heri ligger, at sagsøger må kunne påvise, at sagsøgte kendte til det påstået krænkede værk, og at alle offentliggjorte værker ikke pr. automatik forudsættes kendt (objektiv kendskab). Ligesom to værker ikke udelukkes fra at opnå værkshøjde, uanset at de er fremstillet samtidig og umiddelbart er ens, når blot ophavsmændene ikke kendte til hinandens værker, kan de to værker naturligvis heller ikke udgøre krænkelser af hinanden. I relation til brugskunsten vil problemstillingen i højere grad angå den situation, hvor værkerne ikke er skabt på samme tid, men hvor skaberen af værk nr. 2 påstår, at han ikke kendte til eksistensen af værk nr. 1. Hvorvidt der foreligger ond tro fra ophavsmanden til værk nr. 2, må oftest afgøres af en konkret bevisbedømmelse. Domstolene udtaler sig ikke eksplicit om, hvordan afvejningen foretages, men det spiller uden tvivl ind, om det kan påvises, at ophavsmanden til værk nr. 2 var inspireret af værk nr. 1, da bevisbyrden så umiddelbart lettere løftes.<sup>95</sup>

Et eksempel på at sagens faktuelle oplysninger kan skabe en overvejende realistisk formodning for kendskab, og derved evt. statuering af krænkelse, kan ses implicit i en dom af ældre dato. I sagen U 1969.851 H (Kaffemølle) blev der taget stilling til, hvorvidt én kaffemølle udgjorde en krænkende efterligning af en anden. Fælles for de to var, at deres form var aflang og cylinderformet – angiveligt skulle det ligne fly – og dette havde ingen funktionel begrundelse, men var et rent æstetisk valg. Sagsøgte, som havde produceret værk 2 efter, at værk 1 var kommet på markedet, kunne dokumenterbart påvises at have ændret sit design i forhold til egne tidligere udgaver i en markant grad efter værk 1's fremkomst. Der var forskelle på de to kaffemøllers overordnede design, men en klar tilstræbt lighed i relation til de valgte ikke-funktionsbestemte dele af designet,<sup>96</sup> hvorfor retten også dømte for krænkelse. Det kan heraf udledes, at fordi det kunne påvises, at ophavsmanden til værk 2 utvivlsomt måtte have haft kendskab til værk 1 – da det radikalt ændrede design med rimelighed ellers ikke ville kunne forklares – forelå der en krænkende efterligning af værk 1. Dette underbygges yderligere af, at en skønsmand i sagen udtalte, at forskellene på de to kaffemøller ”synes fremkommet som ønske om

<sup>93</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 216f.

<sup>94</sup> *Madsen*: ”Markedsret del 3”, s. 81

<sup>95</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 162

<sup>96</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, 3. udg., s. 121f.

dokumenterbare forskelligheder (...) Sagsøgttes kaffemølle bærer typiske karakteristika, som fremkommer, hvor en god design søges ændret på iøjnefaldende men uvæsentlige punkter”<sup>97</sup>. Herved indikeres klart, at det i hvert fald var denne skønsmands opfattelse, at værk nr. 2 klart var fremkommet med kendskab til værk nr. 1.

### 3.2.3 Fremtoning – giver værkerne en opfattelse af lighed?

Når domstolene skal afgøre, hvorvidt ét værk udgør en efterligning af et andet, så er en lighedsbedømmelse baseret på værkernes fremtoning helt central. Først undersøges hvordan værkerne konkret ligner hinanden, og efterfølgende tages der så stilling til – især i relation til brugskunst – hvilken udstrækning beskyttelsen af det evt. krænkede værk har. Fremtonings-bedømmelsens behandler spørgsmålet om, hvorvidt værk nr. 2 kan siges at ligne værk nr. 1 så meget, at de to værker giver en fælles oplevelse af identitet, som kunne hidrøre fra samme ophavsmand. I det tilfælde foreligger der en sådan lighed i værkernes fremtoning, at værk nr. 2 udgør en efterligning af værk nr. 1, som sidstnævnte ikke skal tåle. Det er alene beskyttede dele af værk nr. 1, som skal indgå i lighedsvurderingen. Evt. ubeskyttede form- eller funktionsbestemte elementer indgår således ikke i vurderingen, hvilket for brugskunst ofte medfører, at store dele af værket ikke indgår i sammenligningen med det påstået krænkende værk.<sup>98</sup>

Fremtoningsligheden bliver som oftest afgjort af en konkret bedømmelse af værkets ”helhed”. Dette har støtte helt tilbage fra U 1961.1027 H, hvor Højesteret flertal finder, at der ikke aktuelt kan siges at foreligge en efterligning, da den ved ”udformningen og sammenstillingen af enkelthederne opnåede kunstneriske helhedsvirkning”<sup>99</sup> ikke var efterlignet af sagsøgte. Afgørende er derfor at værket i sin helhed – og dermed implicit de originale og beskyttede delelementer – har en fornøden værkhøjde, som berettiger til en vis beskyttelse, der dog er afgrænset til efterligning af de samme originale træk eller den samme ”helhedsvirkning”. Centralt er derfor, hvordan værkets originale dele fremstår, og at de større eller mindre ligheder på ubeskyttede områder glider i baggrunden. Helhedsvurderingen går igen i en lang række domme<sup>100</sup> og er umiddelbart stadigvæk gældende som ramme for efterligningsbedømmelsen i dag.

Ofte vil det være op til en eller flere skøns mænd at vurdere, hvorvidt der konkret foreligger identitet mellem to brugskunstværker. Domstolene vil tit følge skønserklæringen både i relation til værkhøjde- og efterligningsbedømmelsen, og domstolene er umiddelbart tilbageholdne med selv at foretage et skøn over fremtoningsligheden mellem værkerne i en given sag. Dette er i hvert fald Erling Borchers opfattelse, og han udtaler herom, at hvis skønserklæringen ikke anerkender værkhøjde eller krænkelse, så bør man i stedet som sagsøger søge et forlig,<sup>101</sup> mens det dog også erindres, at domstolene på ingen måde er bundet af skønserklæringen, jf. afs. 2.2.2.2. Alligevel er Borchers ord stadigvæk rammende for problematikken, da skønnet helt korrekt sjældent efterprøves af de juridiske dommere – det er i hvert fald ikke noget, som fremhæves i afgørelserne – og fremtoningssspørgsmålet afgøres derfor i realiteten ofte af skøns mændenes konklusioner.

Udover domstolenes tilbageholdenhed med selv at udøve skøn over værkernes lighed i fremtoning, så er der også en tendens til, at dommerne i deres præmisser for statuering af ophavsretlig efterligning kommer til at bruge argumenter fra den fremtoningsbeskyttelse, som udspringer af MFL § 3’s produkt efterligningsværn. Det er ikke ønskeligt, da forvekslelighed umiddelbart ikke er et kriterium, som

<sup>97</sup> U 1969.851 H (853)

<sup>98</sup> *Schønning*: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 161

<sup>99</sup> U 1961.1027 H (1031)

<sup>100</sup> *Borcher*: ”Produktefterligninger”, s. 102f.

<sup>101</sup> *Borcher*: ”Produktefterligninger”, s. 100f.



anses for værende en betingelse for at statuere krænkelse efter OHL. Det afgørende for lighedsvurderingen er som nævnt alene, om det kan påvises, at den del af værk nr. 1, som værk nr. 2 angiveligt krænker, i sig selv lever op til kravene om værkshøjde. Den efterlignede del af værket skal således i sig selv kunne være et værk.<sup>102</sup> Princippet er i dag klart fastslået med EU-Domstolens praksis i C-05/08 (Infopaq) og de følgende lignende domme, jf. afs. 2.4.2.

I retspraksis ses dog mange eksempler på, at domstolene ikke klart skelner mellem ophavsretlig fremtoning og markedsføringsretlig forvekslelighed. Et eksempel herpå er U 1999.158 SH (Eva Trio) som vedrørte to serier af grydesæt. Eva Trio påstod, at "Luciano-grydesættet" udgjorde en ophavsretlig krænkelse af deres gryder. Retten finder, at der foreligger en efterligning i strid med OHL, men den lægger også vægt på markedsføringsretlige forhold i samme præmis. Retten udtaler, at gryderne fremstod ens, og at "den almindelige køber kan forveksle Luciano-gryder med Eva Trio-gryder"<sup>103</sup>. Netop forvekslelighed i en kommerciel og forbrugerretlig hensigt er kernen af MFL § 3's produktefterligningsværn, og der er således umiddelbart tale om en uheldig sammenblanding af kriterier. Problematikken er den samme i U 1992.909 SH (Superellipsebord), hvor retten finder, at der er sket en efterligning af bordpladen til sagsøgers "Superellipsebord", og at "parternes produkter er forvekslelige for det købende publikum"<sup>104</sup>. Igen lægges der således vægt på et markedsføringsretligt kriterium i afgørelsen af spørgsmålet om ophavsretlig efterligning. Endelig ses samme tendens også U 2011.2736 H (Tripp Trapp II), hvor Højesteret om to stole udtaler, at de "er forvekslelige for personer uden møbelfaglig baggrund eller interesse"<sup>105</sup>.

Sammenblandingen af kriterier fra både ophavsretten og markedsføringsretten er uheldig, og det er i værste fald udtryk for en formel materiel forkert retsanvendelse. I realiteten fører det sjældent til et reelt forkert resultat, da der ofte ligeledes vil være sket krænkelse i henhold til MFL § 3, hvis der statueres ophavsretlig krænkelse. Uanset at den reelle skadesvirkning således er begrænset, så er det principielt og ideelt væsentligt, at domstolen klart forholder sig til, hvorvidt der foreligger en identitet mellem æstetiske elementer i relation til værkernes fremtoning, eller om der i stedet er tale om en lighed, der i højere grad har sit udspring i markedsforvekslelighed.<sup>106</sup> Dette gælder også selvom, der i den konkrete sag er påberåbt beskyttelse efter både OHL og MFL, hvilket ofte er tilfældet i sager om brugskunst, da domstolene bør adskille de to retsregler og deres kriterier fra hinanden.

### 3.2.4 Snæver beskyttelse af brugskunst?

Uanset at de ovenfor oplyste principper lægger op til en objektiv og konkret krænkelsesvurdering værk for værk, så kan der i praksis øjensynligt spores en tendens i retning af en overvejende snæver beskyttelsessfære for brugskunstværker. Der er i hvert fald massiv opbakning i teorien for, at især brugskunstværkets originalitetsgrad bliver afgørende for dets beskyttelse, hvorfor den af ophavsmanden ydede selvstændigt skabende indsats bliver central. Det synes som udgangspunkt at være på linje med fremtoningsbeskyttelsens fokus på de originale delelementer, men det har for brugskunst angiveligt den effekt, at beskyttelsen næsten de facto bliver mindre for disse værker. Rosenmeier udtrykker det sådan at: "Det er et grundprincip, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af, hvor originalt værket er. Værker der kun har lidt originalitet, krænkes kun, hvis efterligningen er mere slavisk og nærgående. Værker, der har mere udtalt originalitet, har derimod et bredere beskyttelsesområde."<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Rosenmeier i: "Immaterielret", s. 211

<sup>103</sup> U 1999.158 SH (164)

<sup>104</sup> U 1992.909 SH (920)

<sup>105</sup> U 2011.2736 H (2744)

<sup>106</sup> Borchert: "Produktefterligninger", s. 102

<sup>107</sup> Rosenmeier i: "Immaterielret", s. 216

At det forholder sig sådan skyldes øjensynligt, at man herved aktivt tager hensyn til den frie konkurrence på det meget kommercielt orienterede marked for brugskunst.<sup>108</sup> Hvordan denne praksis er opstået, og hvilken betydning det har analyseres og diskuteres nærmere netop nedenfor.

#### 3.2.4.1 ”Meget nærgående efterligninger”

Allerede umiddelbart efter 1961-ophavsretslovens indførelse og helt frem til starten af det 21. århundrede, kan der i retspraksis ses forskellige hentydninger til, at der angiveligt skulle gælde en mere begrænset beskyttelsessfære for brugskunstværker. At det skulle forholde sig sådan blev angiveligt udledt af U 1961.1027 H (Langelinie), hvor en bestik-serie alene blev tilkendt beskyttelse mod værker, som havde samme ”helhedsindtryk”, og et bestik med visse identiske træk, men som ikke havde samme helhedsindtryk, krænkede derfor ikke. Retspraksis peger i andre tilfælde fra samme periode dog også i en anden retning, så helt klar var retsstillingen ikke.<sup>109</sup> Et eksempel herpå er U 1991.847 H (PH-lamper), som angik tvisten mellem Louis Poulsen – som ejer af visse rettigheder til Poul Henningsens kendte lamper – og to andre producenter af lamper, som angiveligt fremstillede en række krænkende efterligninger. Hele syv lamper findes at krænke ophavsretten til forskellige PH-lamper, mens to lamper ikke findes at krænke. De to ikke-krænkende lamper adskilte sig markant fra de ”lignende” PH-modeller, da de bl.a. havde flere eller mindre antal skærme. Hertil bemærker Højesteret, at ”Navnlig under hensyn til disse forskelle tiltræder Højesteret, at de nævnte lamper efter en helhedsvurdering adskiller sig så meget fra PH-lamperne, at der ikke foreligger noget krænkelse af ophavsrettighederne (...)”<sup>110</sup>. Dette kan med god vilje anses som en noget bred beskyttelse<sup>111</sup>, da det reelt medfører, at eneretten omfatter PH-lampernes totale udseende, og at en efterligning foreligger i næsten alle tænkelige situationer, hvor en lampe eftergør de samme overordnede træk. Alene ved at ændre udtryk totalt – og i denne sammenhæng fjerne eller tilføje en lampeskærm – var der tale om et ikke-krænkende værk. Det synes umiddelbart ikke at indikere en direkte snæver beskyttelsessfære for brugskunstværker.

Retsstillingen efter årtusindeskiftet er dog mere entydig, da Højesteret med dommen U 2001.747 H (Tripp Trapp) for første gang klart statuerede, at der gjaldt en indskrænket beskyttelsessfære for brugskunstværker, og at dette angiveligt skyldtes værkernes originalitetsgrad. Sagens omdrejningspunkt var den kendte børnestol kaldet ”Tripp Trapp-stolen”. Stolen var nyskabende ved sin fremkomst, og skaberen heraf fik også i første omgang patent på selve konstruktionen. Da patentet udløb begyndte andre producenter imidlertid at vise interesse herfor, og skaberen forsøgte med hjemmel i ophavsretsloven at håndhæve en vis fortsat beskyttelse. I dommens første del (der er dissens om selve krænkelsesspørgsmålet) er Højesteret enige om, at fordi Tripp Trapp-stolen er skabt i et ”funktionalistisk formsprog” – hvilket ofte er kendetegnende for brugskunstværker generelt – så ”bør den ophavsretlige beskyttelse herefter begrænses til meget nærgående efterligninger”<sup>112</sup>. Heraf følger således, at beskyttelsen for brugskunstværker angiveligt er snæver og alene dækker ”meget nærgående efterligninger”. I den aktuelle sag fandt Højesteret dog frem til, at der grundet et ”banebrydende design” og efter en ”helhedsvurdering” af det formmæssige design, forelå en efterligning. Det er muligt at stille spørgsmål ved, hvor snæver beskyttelsen reelt var i den konkrete sag, da de to stole havde egentlige forskellige træk og særligt fra siden ikke ligefrem fremstod med overbevisende lighed. Omvendt kan man ikke underkende betydningen af Højesterets ordvalg, hvorfor U 2001.747 H (Tripp Trapp) angiveligt etablerede vigtig præcedens i dansk ret.

<sup>108</sup> Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 82f.

<sup>109</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 226

<sup>110</sup> U 1991.847 H (857)

<sup>111</sup> Borchert: ”Produktefterligninger”, s. 104

<sup>112</sup> U 2001.747 H (758)

”Meget nærgående”-præmissen er da også fulgt op af retten selv i efterfølgende domme. Et eksempel herpå er U 2011.3451 H (Global-knive), hvor det af Højesteret fastslås: ”Som brugskunst er Global-knivene beskyttet mod meget nærgående efterligninger”<sup>113</sup>, og at de i sagen indstævnte ”Royal-knive” udgjorde en sådan meget nærgående efterligning. Højesterets udtalelse kan her dårligt forstås på andre måder end, at der reelt er tale om en begrænset beskyttelse af brugskunst i en universel forstand. ”Meget nærgående” omtales også i U 2011.2736 H (Tripp Trapp II), der deslige omhandlede Tripp Trapp-stolen, men nu overfor en ny påstået kopi kaldet ”Lulu-stolen”. Her konstaterer Højesteret, at de i U 2001.747 H (Tripp Trapp) har konkluderet, at Tripp Trapp-stolen er beskyttet mod meget nærgående efterligninger, og det må undersøges, hvorvidt en sådan også foreligger i denne sag. Igen finder Højesteret, at – i dette tilfælde Lulu-stolen – ikke udgør en tilstrækkelig frigørelse fra Tripp Trapp-stolen, og at der således foreligger en ”meget nærgående efterligning”.<sup>114</sup> Ikke alle domme falder dog ud til det samme resultat som de allerede citerede. Mest debat har der været om sagen U 2002.1715/2 H (Myren). Sagen angik Arne Jacobsens stol ”Myren”, hvor Fritz Hansen som rettighedshaver mente, at ”Jackpot-stolen” fra producenten Dan-Form udgjorde en krænkende efterligning. Umiddelbart kunne man tro, at sagen ville falde ud som U 2001.747 H (Tripp Trapp), da ”Myren” om muligt var endnu mere kendt end Tripp Trapp, og i henhold til skønserklæringen i sagen var banebrydende og revolutionerende såvel i design som udførelsesmåde. Retten fandt dog her, at selve fremstillingsmetoden og materialevalget i stort omfang var anvendt af andre på tidspunktet for sagen.<sup>115</sup> Det fremhæves, at det særegne ved ”Myren” var udformningen af rygstykket, som netop gav associationer til udseendet af en myre. Dette træk var dog ikke eftergjort på ”Jackpot”, og Højesteret fandt derfor ikke, at der konkret forelå en krænkende efterligning.<sup>116</sup> Schönning har i teorien tolket dette som om, at der for brugskunsts beskyttelsesomfang må tages hensyn til, om værkets formgivning efter skabelsen heraf er blevet almindeligt kendt.<sup>117</sup> Det er i og for sig rigtigt nok, og det må i hvert fald kunne konstateres generelt, at lighedsvurderingen, jf. afs. 3.2.3, alene skal angå de dele af værket, som rent faktisk er originale/nyder værkshøjde. Dog må det også bemærkes, at Fritz Hansens passivitet – da det påpeges af Højesteret, at der er flere andre som anvender samme teknik – kan have ført til, at beskyttelsen ikke kunne gives bredere, da sagsøger så måtte have været noget før ude og håndhæve sine rettigheder. Uanset hvad kan det konstateres, at ”meget nærgående”-doktrinen har betydelig støtte i retspraksis – også i et videre omfang end her angivet, hvilket dog udelades af hensyn til fremstillingens omfang.

#### 3.2.4.2 *Hvordan skal den snævre beskyttelse af brugskunst reelt fortolkes?*

Når det konstateres, at der gælder en praksis, hvor brugskunst alene beskyttes mod ”meget nærgående efterligninger” og derved har et snævert beskyttelsesomfang, så bliver en relevant overvejelse, om dette gælder helt generelt, eller om det blot er det mest forekommende udfald efter en konkret helhedsvurdering fra gang til gang. Rosenmeier har også behandlet denne problemstilling, og han mener, at retspraksis taler i begge retninger. U 2001.747 H (Tripp Trapp) indikerer angiveligt støtte for, at originalitetsgraden konkret har betydning for værkets beskyttelsesomfang, og at der således ikke generelt er tale om en snæver beskyttelse uden hensyn til originalitet. Det udleder Rosenmeier af, at der i dommen tages hensyn til, at værket angiveligt var ”banebrydende”, og derved medfører stillingtagen til værkets originalitet, at der konkret udmåles et passende beskyttelsesomfang.<sup>118</sup> Omvendt fortolker Rosenmeier U 2002.1715/2 H (Myren) sådan, at der her umiddelbart gives støtte til, at alle brugskunstværker – uanset originalitet – alene nyder begrænset beskyttelse. Rosenmeier begrundet ikke

---

<sup>113</sup> U 2011.3451 H (3458)

<sup>114</sup> U 2011.2736 (2744)

<sup>115</sup> U 2002.1715/2 H (1728)

<sup>116</sup> U 2002.1715/2 H (1728)

<sup>117</sup> Schönning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, s. 136

<sup>118</sup> Rosenmeier i: ”Immaterielret”, s. 227

sin påstand specielt omfattende, men påpeger alene, at Højesteret ikke statuerede ”meget nærgående efterligning” desuagtet, at ”Myren” af skønsmændene var fundet ”exceptionelt original”.<sup>119</sup> At sige at dommerne i sagen ikke har forholdt sig til værkets originalitetsgrad vil dog være en tilsnigelse, da det – som fremhævet ovenfor – netop findes af Højesteret, at stolens konkrete originalitet alene begrænser sig til rygdelen udformning, da alle de øvrige dele på tidspunktet for sagen er kendt på markedet, og derved ikke udgør egentlige beskyttelsesværdige objekter i rettens optik. Konkret var resultatet derfor, at Højesteret ud fra fremtoningsbedømmelsen som led i en helhedsvurdering af værkerne, fandt at ”Jackpot” konkret ikke lå så nær på det beskyttelsesværdige i ”Myren”, at der var tale om en meget nærgående efterligning. At dommen omvendt skulle støtte, at der generelt for alle brugskunstværker, uden hensyn til originalitet, alene gives snæver beskyttelse synes således at være noget søgt.

Om problemstillingen udtaler Schmidt, at når retspraksis nævner ”en stram eller snæver lighedsbedømmelse eller meget nærgående efterligning, skal disse udtryk forstås i deres juridiske sammenhæng i relation til ophavsretslovens krav og ikke en rent sproglig fortolkning.”<sup>120</sup> Hermed mener Schmidt, at der netop skal tages hensyn til de øvrige krav i ophavsretten, og derved at der konkret hver gang må foretages en fremtoningsbedømmelse, som forholder sig til værkets originalitetsgrad. Omvendt er der ikke støtte for, at ”meget nærgående” skal tolkes som en hensigt fra Højesteret til at forlade al tidligere praksis og nu blot bedømme brugskunst i et generelt snævert lys. Fokus må derfor lægges på, hvilke dele af det konkrete værk, som har den fornødne værkshøjde/originalitet, og som derfor er centrum for krænkelserbedømmelsen, mens alle andre ubeskyttede praktisk- og funktionsprægede elementer må træde i baggrunden. Derved fremtræder beskyttelsen umiddelbart også som begrænset, da der alt andet lige kan foreligge en større grad af efterligning, uden at der krænkes, når der ikke skal henses til de ubeskyttede delelementer af værket, hvilket let kan opfattes som om, at efterligningen må være ”meget nærgående” for at krænke. En sådan forståelse har også støtte andre steder i faglitteraturen, hvor det bl.a. bemærkes, at der med fordel kan sondres mellem skulpturel og funktionel brugskunst, da førstnævnte ofte vil ligge så fjernt fra et funktionelt tænkt anvendelsesformål, at det næsten tenderer til ren kunst. Omvendt vil den funktionelle brugskunst være dikteret af et konkret praktisk formål, og ofte begrænset af at skulle anvende visse universelle funktionsbestemte dele, som netop ikke nyder beskyttelse. Madsen har derfor argumenteret for, at man kan nøjes med at forholde sig til den indskrænkede beskyttelsessfære i relation til de funktionsbestemte brugskunstsværker.<sup>121</sup> Dette understøtter igen, at vurderingen af hvorvidt der foreligger en ”meget nærgående efterligning” reelt alene medfører, at værkerne kun bedømmes ud fra lighed på de originale delelementer.

### 3.3 Beskyttelsesomfanget for brugskunst ifølge EU-retten

Ligesom det var tilfældet med spørgsmålet om værkshøjdekravet, så må man også forholde sig til EU-retten, når det søges klarlagt, hvordan dansk ret forholder sig til beskyttelsesomfanget for konkrete brugskunstsværker. Det er essentielt, at national praksis ikke er stridende mod EU-retten. Der synes dog ikke klart og eksplicit at fremgå noget omkring værkers beskyttelsessfære af de forskellige EU-direktiver om ophavsret. Nærmest kommer man i infosoc-direktivet, der som omtalt i afs. 2.4.1.2 har harmoniseret reglerne omkring enerettigheder tilknyttet værker, hvorfor spørgsmålet vedrørende omfanget af disse også umiddelbart må fortolkes herudfra. EUD har ikke eksplicit udtalt sig omkring beskyttelsesrækkevidden for brugskunst, men i sagen C-145/10 (Painer) udtaler den sig herom i relation til portrætbilleder (afs. 3.3.1). Spørgsmålet er, om præmisserne herfra kan fortolkes til også at måtte gælde for brugskunsten, og hvilken betydning det så konkret har for det hensyn til værkers

<sup>119</sup> *Rosenmeier i: ”Immaterialret”, s. 227f.*

<sup>120</sup> *Schmidt: ”TRIPP TRAPP - om brugskunst i tiden”, i Andersen m.fl.: ”Festskrift til Mogens Kockvedgaard”, s. 553*

<sup>121</sup> *Madsen: ”Markedsret del 3”, s. 83f.*

originalitet, som vi praktiserer i dansk ret (afs. 3.3.2). Samtidig er det relevant at klarlægge, hvilken betydning de samme præmisser kan have for dansk retspraksis, hvor brugskunst alene beskyttes mod ”meget nærgående efterligninger” (afs. 3.3.3.).

### 3.3.1 C-145/10 (Painer)

Som nævnt er der ingen klar praksis fra EUD som viser, hvordan vi med sikkerhed må forholde os til beskyttelsesomfanget for brugskunstværker. Sagen C-145/10 (Painer) berører dog problemstillingen i relation til portrætbilleder, hvilket af nogle er blevet fortolket udvidende og derved også gældende for f.eks. brugskunst, jf. nærmere i de to følgende afsnit.

EUD afsagde d. 1/12 2011 dom i sagen C-145/10 (Painer). Sagens stridspunkt angik rettighederne til et foto taget af Eva-Maria Painer, som et østrigsk og en række tyske medier valgte at bringe en bearbejdning af (en fantomtegning), da fotografiets motiv var den østrigske pige Natacha Kampusch, der blev bortført som barn, men dukkede op en længere årrække senere. De givne medier mente at have ret til at bringe den fantomtegning, der var udarbejdet under eftersøgningen af Natacha Kampusch med udgangspunkt i Painers portrætfoto af selvsamme, da det angiveligt faldt under undtagelserne til eneret efter infosoc-direktivets art. 5, stk. 3, litra d og e. Undtagelserne angik hhv. citatret og hensyn til den offentlige sikkerhed. De sagsøgte medier var af den overbevisning, at portrætfotografier grundet de ringe variationsmuligheder for fotografen ikke rummede en lige så stor beskyttelse som andre værker, jf. præmis 42. Painer var uenig heri, og da striden således havde EU-retlige dimensioner, blev sagen forelagt EUD.

Af særlig relevans for problemstillingen omkring værkers beskyttelsesomfang, er det 4. spørgsmål, som EUD i sagen anmodes om at besvare. Det fremgår af præmis 43 og angik, hvorvidt man korrekt kunne fortolke undtagelsesadgange til eneret efter infosoc-direktivets art. 5 sådan, at fotografiske værker – og herunder portrætfotografier – nyder en ”svagere” eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse før bearbejdning. EUD henviser i præmis 20 til en lang række betragtninger fra infosoc-direktivet, som tidligere førte til, at domstolen fandt direktivet anvendeligt til harmonisering af værkshøjdekra- vet. Portrætfotografiers berettigelse som værker understreges derfor ikke overraskende også i præmis 87-89, hvoraf det klart følger, at værkerne nyder beskyttelse ophavsretligt, når bare de lever op til det EU-harmoniserede originalitetskrav, jf. nærmere i afs. 2.4. Mere afgørende for den konkrete problemstilling bliver det i præmisserne 95-99. Først slår EU-Domstolens fast, at en ophavsmands eneret- tigheder i henhold til infosoc-direktivets art. 2, litra a gælder på ”en hvilken som helst måde, og i en hvilken som helst form, helt eller delvist”, jf. præmis 95. Dette er i overvejende grad det samme, som vi har implementeret nationalt i OHL § 2, stk. 2, og så langt synes retsanvendelsen at være forenelig. Herefter henviser EUD imidlertid til sin egen praksis i C-05/08 (Infopaq), hvorefter den nævnte be- stemmelse i infosoc-direktivet skal have en ”vid udstrækning”, jf. præmis 96. Yderligere bemærker domstolen, at intet i EU-direktiverne om ophavsret tyder på, at beskyttelsesomfanget for værker kan afhænge af ”eventuelle forskelle i udformningsmulighederne” for disse, jf. præmis 97. Beskyttelsen af portrætfotografier kan derfor ikke lovligt være dårligere end for andre værker, jf. præmis. 98. Af- slutningsvis opsummerer EUD, at hvis en national domstol finder, at et portrætfotografi lever op til værkshøjdekra- vet, så beskyttes de lige så bredt som andre værker, jf. præmis 99. Retsstillingen i helhed fremtræder ikke umiddelbart klart og entydigt, men der er i hvert fald ingen tvivl om, at EUD tydeligt har slået fast, at portrætfotografier beskyttes på lige fod med andre fotografiske værker, og at når fotografens valg har medført værkshøjde for fotografiet, så er det beskyttet bredt. Hvilken rækkevidde dommen har for andre værker end portrætfotografier, og derved brugskunst, diskuteres nærmere nedenfor.

### 3.3.2 Hvilken betydning har EU-Domstolens praksis for originalitetsgraden som kriterium i krænkelsesvurderingen?

I den relevante faglitteratur er der ikke enighed om, hvilken konsekvens C-145/10 (Painer) har for beskyttelsen af brugskunst i dansk ret. Rosenmeier har en meget tekstnær forståelse af EUD's præmisser, da han mener, at: "Det er nærliggende at tolke præmis 96, 97 og 99 som et generelt farvel til det ophavsretlige princip om, at beskyttelsens bredde afhænger af originaliteten".<sup>122</sup> Schovsbo er sammen med Rosenmeier forfatter til en artikel i Ugeskriftet, U 2015B.181, hvor de sammen uddyber denne fortolkning af C-145/10 (Painer). Forfatterne understreger, at der angiveligt med dommen er sket en harmonisering af krænkelsesvurderingen, og at denne nu skal foretages – implicit for alle værkstyper – ud fra præmisserne 96, 97 og 99.<sup>123</sup> På samme grundlag finder de derfor, at originalitetsgraden som vægtstang for beskyttelsesbredden konkret ikke harmoniserer med præmis 96 om "vid udstrækning" og præmis 97, der udelukker, at beskyttelsen "afhænger af forskelle i udformningsmulighederne".<sup>124</sup> Andre forfattere har en mere lempelig forståelse af dommen, og forfatterne pointerer da også selv, at Painer-dommen må undergå fortolkning, og at "det er selvfølgelig ikke evident, at den må forstås som anført her"<sup>125</sup>. Det viser overskud, at man ikke står stålfast på sin egen fortolkning, men konkret er det formentlig også et resultat af, at argumentet må anses for lettere søgt. Madsen har også bemærket, at Rosenmeier og Schovsbo stiller spørgsmålstegn ved problemstillingen, men han spørger i stedet mere nøgternt, om C-145/10 (Painers) præmisser reelt hindrer, at "der (principielt for alle værker) tages hensyn til graden af originalitet", og at "der accepteres en større grad af samlet lighed med et produkt, hvor den beskyttelsesværdige originalitet (som ved brugskunst) alene knytter sig til visse dele af produktet".<sup>126</sup> Herved præsenteres svagheden ved Rosenmeier og Schovsbos fortolkning af domspræmisserne, da det netop er et umiddelbart universelt kriterium, at der tages hensyn til originalitetsgraden – uanset værkstype – når man skal fastlægge beskyttelsesomfanget. Konkret bliver problemstillingen bare det mere relevant for brugskunst, da der her er en mindre del af værket, som har den fornødne originalitet, hvorfor beskyttelsen må forholde sig hertil. Rosenmeier er da også selv bekendt hermed, og han konstaterer andetsteds, at princippet om originalitet er brugt vidt og bredt i ophavsretslitteratur og -praksis, hvorfor det ikke kan udelukkes, at det EUD reelt ønskede at fastslå blot var, at portrætbilleder måtte undergå den samme konkrete fortolkning, og ikke helt generelt kun bedømmes i en snæver forståelse.<sup>127</sup> Det synes umiddelbart at være en mere harmonisk forståelse af dommen, da det ville fremstå højest bemærkelsesværdigt, hvis EUD reelt ønskede at fravige et så universelt princip med så få formuleringer. Hensynet til den frie konkurrence og det indre marked i øvrigt taler i hvert fald imod, at beskyttelsen skulle få en sådan bredde, at der ikke kan ske indskrænkninger heri. Centrale EU-retlige principper synes således at tale imod en så snæver forståelse af domspræmisserne som Rosenmeier og Schovsbo lægger op til, og argumenterne synes samlet set at tale for – i hvert fald på grundlag af den foreliggende retstilstand – at vi i dansk ret ikke skal ophøre med at lade originalitet indgå som afvejningsmoment i relation til krænkelsesbedømmelsen.

### 3.3.3 Hvad betyder C-145/10 (Painer) for anvendelsen af "meget nærgående efterligning"-princippet i dansk ret?

Som det erindres fra afs. 3.2.4 er Rosenmeier af den opfattelse, at den danske praksis med beskyttelse af brugskunst alene mod "meget nærgående efterligninger" skal forstås ordret, og at vi konkret ikke tager hensyn til de enkelte værker individuelt i tilstrækkelig grad. Den opfattelse står han ret alene

<sup>122</sup> Rosenmeier i: "Immaterielret", s. 218

<sup>123</sup> Rosenmeier og Schovsbo: U 2015B.181 (183)

<sup>124</sup> Rosenmeier og Schovsbo: U 2015B.181 (183f.)

<sup>125</sup> Rosenmeier og Schovsbo: U 2015B.181 (184)

<sup>126</sup> Madsen: "Markedsret del 3", s. 88

<sup>127</sup> Rosenmeier i: "Immaterielret", s. 218

med dog i fællesskab med Schovsbo i U 2015B.181, hvor den samme opfattelse præsenteres. Herefter anfører de to i relation til C-145/10 (Painer), at en konform forståelse af EUD's præmisser må føre til, at vi i dansk ret ikke kan have en retsstilling, der er, som de opfatter den. Således udelukker præmis 96's formulering om "vid udstrækning", og præmis 97's udelukkelse af hensyntagen til "forskelle i udformningsmuligheder", at den – angiveligt snævre – danske Højesteretspraksis ikke kan fortsættes.<sup>128</sup> Løsning skal derfor ifølge Rosenmeier og Schovsbo findes i, at EUD enten spørges præjudicielt, om den danske retstilstand er i overensstemmelse med EU-retten, eller ved at Højesteret ganske enkelte fremadrettet ikke anvender formuleringen "meget nærgående efterligning" i relation til brugskunst.<sup>129</sup>

Andre – inklusiv de danske domstole – forholder sig andeledes roligt til problematikken, hvis der da overhovedet er en sådan. Madsen understreger, at Højesteret i domme efter C-145/10 (Painer) ikke har fundet behov for at ændre sin egen praksis, og at kursen med "meget nærgående efterligning" fastholdes.<sup>130</sup> Rosenmeier har bemærket det samme og påpeger, at sagerne U 2014.954 H (Vola) og U 2014.3539 H (Montana II) begge er afsagt med kendskab til netop Rosenmeiers holdning, og U 2015.979 H (Tripp Trapp III) og U 2015.992 H (Tripp Trapp IV) begge er afsagt med direkte reference til C-145/10 (Painer)<sup>131</sup>. Højesteret er således øjensynligt bekendt med EUD's praksis, men den finder stadigvæk ikke, at der er grundlag for at foretage ændringer. Særligt må det bemærkes, at Højesteret i de to sidstnævnte Tripp Trapp-domme henviser direkte tilbage til dens egne formuleringer i U 2001.747 H (Tripp Trapp), U 2011.2736 H (Tripp Trapp II) og U 2014.954 H (Vola), hvorefter efterligningsspørgsmålet grundet den "funktionsbestemte genstand" alene kan begrænses til "meget nærgående efterligninger", og en undersøgelse af om der konkret foreligger en "tilstrækkelige frigørelse fra det særegne", hvilket vurderes ud fra en "helhedsbedømmelse" af disse særegne formler. <sup>132</sup> Højesteret fastholder således med største tydelighed sin egen praksis – også i relation til "begrænsningen" liggende i "meget nærgående efterligning"-princippet. Når dette ikke udgør EU-stridig adfærd, som Rosenmeier og Schovsbo antager det kan være, så skyldes det imidlertid, at "meget nærgående efterligning" som nævnt i afs. 3.2.4 ikke skal forstås fuldstændig tekstnært. Den væsentligste påvirkning fra EU-retten er tydeliggørelsen af, at fokus ved krænkelsevurderingen skal være på, hvorvidt det, som værk nr. 2 har overtaget fra værk nr. 1, har den fornødne værkshøjde (originalitet), og derved en understregelse af, at det alene er de originale dele af et værk, som indgår i krænkelsevurderingen. Rosenmeier og Schovsbo er imidlertid ikke overbeviste om, at Højesteret herved tager tilstrækkeligt hensyn til C-145/10 (Painer), da en sådan opfattelse af krænkelsevurderingen er et grundlæggende princip, som gælder for alle værksarter og derfor ikke har noget specielt med brugskunst at gøre. Princippet følger angiveligt ikke logisk af, at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligninger. Den EU-retlige advarselsslampe blinker altså endnu.<sup>133</sup> Omvendt må blot konstateres, at Højesteret selv har fundet, at den ligger indenfor rammen med sin praksis, og den store forskel må formentlig findes i forståelsen af "meget nærgående"-begrebet.

Det må også bemærkes, at der endnu ikke er efterkommet nogen anmodning om at forelægge sagen præjudicielt, desuagtet at det har været omtvistet. Det ses bl.a. i en kendelse fra Sø- og Handelsrettens af 7. september 2017 i sagen V-58-16, hvor en producent af stentøjservice i en konkret tvist mod en konkurrent ønskede at få forelagt EUD præcis denne problemstilling. Sagsøger i sagen har i overvejende grad taget Rosenmeier og Schovsbos argumenter til sig og forsøger sig med en påstand om, at

<sup>128</sup> Rosenmeier og Schovsbo: U 2015B.181 (184) og Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 229

<sup>129</sup> Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 231 og Rosenmeier og Schovsbo, U 2015B.181, s. 185

<sup>130</sup> Madsen: "Markedsret del 3", s. 88

<sup>131</sup> Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 229f.

<sup>132</sup> U 2015.979 H (991) og U 2015.992 H (999)

<sup>133</sup> Rosenmeier i: "Immaterialret", s. 230f. samt Rosenmeier og Schovsbo: U 2015B.181 (185)

praksis med beskyttelse af brugskunst alene angår ”meget nærgående efterligninger” i en snæver forstand, og at det ikke er i overensstemmelse med C-145/10 (Painer). Her konstaterer retten dog, at den ikke finder, at EU-rettens påvirkning af betingelserne for ”ophavsretlig beskyttelse, herunder af brugskunst, af beskyttelsesomfanget eller krænkelsevurderingen giver anledning til tvivl af en sådan karakter”, at sagen skal forelægges EUD præjudicielt ”for at tage stilling til parternes *konkrete* tvist” (min kursivering). Øjensynligt er kendelsen således til støtte for, at der ikke i EUD’s nuværende praksis er noget som indikerer, at man behøver ændre praksis nationalt i relation til udmålingen af beskyttelse for brugskunst. Dog kan man også – ved en lidt søgt fortolkning – nå den konklusion, at retten grundet formuleringen ”parternes konkrete tvist” ikke vil forelægge EUD præjudicielle spørgsmål på grund af den konkrete sags forhold, og at der således i en national optik ikke er nogen stor materiel tvist. Derfor taler at SØ- og Handelsretten i en kendelse af d. 15/11 2016 med sagsnr. A-19-17, afviste sagsøgers påstand om krænkende efterligning i relation til midlertidigt forbud.

#### 4. Konklusion

Brugskunst er en særegen størrelse indenfor ophavsretten grundet sin kombination af det æstetiske og det praktiske formål. Det bevirker, at værkshøjdevurderingen til tider kan forekomme stram og afgrænsende for værker af denne art. EU-retten er ikke entydigt klar vedrørende spørgsmålet om værkshøjdekravet for brugskunstværker, men det synes at måtte være konklusionen af såvel direktiver som retspraksis fra EUD, at der gælder et fælles EU-harmoniseret originalitetskrav, som er ment til at have en bred rækkevidde. Uanset at der således ikke eksplicit på det foreliggende retsgrundlag kan findes støtte for, at brugskunst er omfattet heraf, så synes det at fremgå implicit heraf, og det vil formentlig blot være et spørgsmål om tid, før end der foreligger praksis som bekræfter denne antagelse. Det spiller dog ikke den store rolle i forhold til dansk national lovgivning, da dansk regulering af værkshøjdekravet for brugskunstværker umiddelbart allerede er på linje med det EU-harmoniserede originalitetskrav. Der gælder således ikke noget skærpet værkshøjdekrav for brugskunst i dansk ret og ej heller et objektivi- nyhedskrav herfor. Beklædningsgenstande udgør muligvis en enkelt knast, da formuleringer i U 2012.229 H (Nørgaard) ikke umiddelbart fremtræder EU-konforme. Nyere afgørelser gentager dog ikke de samme formuleringer, og reelt var der formentlig blot tale om en enkeltstående unøjagtig formulering, som fremkom grundet hensyntagen til modetendenser og ikke-beskyttelsesværdige fordele, som er massivt forekommende i beklædningsgenren af brugskunsten.

Også den danske praksis for udmåling af beskyttelsesomfanget for brugskunst kan fremtræde som værende snæver og begrænsende. Igen må bemærkes at sammensætningen af det æstetiske og det praktiske i brugskunstværker fordrer, at der tages hensyn til andre aktørers mulighed for at anvende samme praktiske og formmæssigt baserede udformning. Der skal således ske en afvejning af den enkeltes interesser overfor de manges. Afgrænsningen af beskyttelsen skal dog ske ud fra de konkrete værkers fremtoning og ikke forvekslelighed i en markedsføringsretlig forstand. I praksis er beskyttelsesgrænsen af Højesteret trukket ved, at det krænkende værk efter en konkret helhedsvurdering skal udgøre en ”meget nærgående efterligning”. Nogle teoretikere har fortolket dette sådan, at vi i dansk ret praktiserer en snæver beskyttelse af brugskunst, som af princip er mere ekskluderende end for andre værksarter. Særligt efter C-145/10 (Painer) er dette blevet en aktuel diskussion, da præmisser fra dommen angiveligt kan fortolkes som om dansk praksis må ophøre. Angiveligt må der ikke længere inddrages hensyn, som f.eks. det konkrete værks grad af originalitet, ligesom formuleringen ”meget nærgående efterligning” og den ekskluderende praksis der påstået ligger bag, heller ikke må fortsætte. Anvendelse af originalitetsgraden, som vægtstang for det enkelte værks beskyttelsesomfang, synes dog at være et så universelt princip, at det ikke uden videre kan anses for i strid med EU-



retten ud fra den pågældende doms sparsomme præmisser. Ligeledes synes ”meget nærgående efterligning” fortsat at være en tilladt formulering, da det umiddelbart ikke skal forstås strengt efter sin ordlyd. En mere dybdegående fortolkning med udgangspunkt i den juridiske kontekst medfører, at formuleringen – og den praksis som den repræsenterer i dansk ret – alene skal tages som en understregning af, at brugskunstværker alene nyder beskyttelse for sine originale delelementer, og ikke for de delelementer, som ikke særskilt nyder værkshøjde. Højesteret synes i hvert fald at støtte en sådan forståelse, og der er ikke nogle klare indikationer for, at den har fundet det nødvendigt at ændre sin praksis. Ej heller er spørgsmålet af nogen dansk domstol endnu fundet egnet til præjudiciel forelægning for EUD. Så længe det EU-retlige retsgrundlag ser ud som det gør aktuelt, er der således ikke tilstrækkelige argumenter for, at praksis i dansk ret bør ændres.

## Litteraturliste

### Bøger og artikler

- *Borcher*, Erling: ”Produktefterligninger”, 2. omarbejdede udg., Forlaget Thomson, København, 2003
- *Evald*, Jens og *Schaumburg-Müller*, Sten: ”Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære”, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Aarhus, 2004
- *Koktvedgaard*, Mogens: ”Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område”, i *Gorton*, Lars m.fl. ”Festskrift till Gunnar Karnell”, 1. udg., Carlson Law Network, Stockholm, 1999
- *Koktvedgaard*, Mogens: ”Konkurrenceprægede immaterialretsdispositioner”, Juristforbundets Forlag, København, 1965
- *Madsen*, Palle Bo: ”Markedsret del 3 - Immaterialret”, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Aarhus, 2017
- *Rosenmeier*, Morten og *Schovsbo*, Jens: ”Brugskunstbeskyttelsen mod ”meget nærgående efterligninger”. Er Højesterets praksis på kant med EU-retten?”, *UfR* 2015B.181
- *Schmidt*, Per Håkon: ”Teknologi og immaterialret. Et studie i patent- og ophavsretten særligt med henblik på retsbeskyttelsen af edb-programmer og micro-cips”, G.E.C. Gads Forlag, København, 1989
- *Schmidt*, Per Håkon: ”TRIPP TRAPP – om brugskunst i tiden”, i *Andersen*, Mads Bryde m.fl. (red.): ”Festskrift til Mogens Koktvedgaard”, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003
- *Schovsbo*, Jens, *Rosenmeier*, Morten og *Petersen*, Clement Salung: ”Immaterialret”, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2015
- *Schovsbo*, Jens: ”Mod et harmoniseret ophavsretligt originalitetsbegreb? Nogle tanker i anledning af den mærkelige men dog tankevækkende EU-dom om Infopaq” i *Henrichsen*, Carsten m.fl. (red.): ”Ret, informatik og samfund. Festskrift til Peter Blume”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010
- *Schønning*, Peter: ”EU-direktiverne om ophavsret”, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2015
- *Schønning*, Peter: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, 3. udg., Forlaget Thompson, København, 2003
- *Schønning*, Peter: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, 6. udg., Karnov Group, København, 2016
- *Udsen*, Henrik (red.) m.fl.: ”Lærebog i informationsret”, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016

## **Retspraksis**

### **Dansk praksis**

#### *Ugeskrift for Retsvæsen*

- U 1956.237 H (Raadvad)
- U 1961.1027 H (Langelinie)
- U 1969.851 H (Kaffemølle)
- U 1981.946 H (Bordunderstel)
- U 1991.847 H (PH-lamper)
- U 1992.34 SH (Montana)
- U 1992.909 H (Superellipsebord)
- U 1993.17 H (Tips)
- U 1999.158 SH (Eva Trio)
- U 2001.747 H (Tripp Trapp)
- U 2002.1715/2 H (Myren)
- U 2011.2736 H (Tripp Trapp II)
- U 2011.3451 H (Global-knive)
- U 2012.129 H (Nørgaard)
- U 2014.3539 H (Montana II)
- U 2015.979 H (Tripp Trapp III)
- U 2015.992 H (Tripp Trapp IV)

#### *Utrykte kendelser*

- SØ- og Handelsrettens kendelse af 15. november 2016 (A-19-16)
- SØ- og Handelsrettens kendelse af 20. marts 2017 (A-4-17)
- SØ- og Handelsrettens kendelse af 7. september 2017 (V-58-16)

### **EU-Domstolens praksis**

- EU-Domstolens dom af 16. juni 2009 i sagen C-05/08 (Infopaq)
- EU-Domstolens dom af 22. december 2010 i sagen C-393/09 (BSA)
- EU-Domstolens dom af 4. oktober 2011 i sagerne C-403/08 og C-429/08 (Premier League)
- EU-Domstolens dom af 1. december 2011 i sagen C-145/10 (Painer)
- EU-Domstolens dom af 2. maj 2012 i sagen C-406/10 (SAS)

## **Lovgivning**

### **Dansk lovgivning**

- Lov nr. 149 af 25. april 1933 om forfatterret og kunstnerret
- Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker
  - o Hertil lovmotiverne i Folketingstidende af 1959-60, Tillæg A
- Lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret
  - o Hertil lovmotiverne i Folketingstidende af 1994-95, Tillæg A, 2. bind
- Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret
- Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring
- Lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017 om rettens pleje

### **EU-retlig lovgivning**

- Direktiv 250/1991/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer. Kodificeret ved direktiv 2009/24/EF
- Direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder. Kodificeret ved direktiv 2006/116/EF

- Direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser
- Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet