

Ophavs- og markedsføringsrettens beskyttelsessfære

The scope of protection in copyright and marketing law

af JASPER KLOSTER PINGEL

Specialet behandler bredden af henholdsvis ophavsrettens og markedsføringsrettens beskyttelse af produkter mod kopier og efterligninger. Fokus er særligt den variation i beskyttelsesomfanget, som især nyere retspraksis synes at være udtryk for.

Afhandlingen tager udgangspunkt i en separat behandling af efterligningsbeskyttelsen efter henholdsvis OPHL og MFL. Behandlingen af hvert regelsæt er videre inddelt i en undersøgelse af beskyttelsens genstand, henholdsvis bredde.

Det påvises, at bredden af efterligningsbeskyttelsen inden for både ophavsretten og markedsføringsretten er variabel. For markedsføringsrettens vedkommende tilskrives variationen på baggrund af den behandlede Nørgaard-dom i vidt omfang produkternes fysiske særpræg. For ophavsrettens vedkommende findes variationen med baggrund i behandlingen af de to Tripp-Trapp-domme særligt at kunne tilskrives værkernes originalitetsgrad og værkstype.

Det konkluderes, at markedsføringsrettens krav om "særpræg" indholdsmæssigt er temmelig lig ophavsrettens krav om "originalitet". På denne baggrund konkluderes det, at variationen i beskyttelsesomfanget efter de respektive regelsæt til dels afhænger af den samme faktor: Graden af selvstændig formgivningsindsats i frembringelserne.

The thesis concerns the scope of protection against copies and imitations in copyright and marketing law. The focus is namely on the variation in the scope of protection which in particular recent case law seems to express.

The thesis addresses the protection after the respective sets of rules separately. The treatment of each set is further divided into a study of the protected object and the scope of protection.

It is shown that the scope of protection in both copyright and marketing law is variable. Based on the Nørgaard decision the variation in marketing law is largely attributed to the physical distinctiveness of the concerned products. Based on the two Tripp-Trapp decisions the variation in copyright law is attributed chiefly to the level of originality in the work as well as the type of work.

It is concluded that the marketing law requirement of "distinctiveness" is pretty similar in content to the copyright law requirement of "originality". On this basis it is concluded that the variation in the scope of protection after the respective sets of rules is in part dependent on the same factor: The level of independent design effort in the creations.

Indhold

1 Indledning	3
1.1 Problemformulering.....	4
1.2 Systematik, afgrænsning og terminologi	4
2. Ophavsrettens genstand	5
2.1 Den fiktive objektbeskyttelse.....	5
2.2 Værket.....	5
2.3 Værkshøjde – kravet om originalitet	5
2.3.1 Værkshøjdekra­vets st­reng­hed	6
2.4 Forskellige originalitetsdefinitioner	7
2.5 Dobbeltfrembringelseslæren	8
2.5.1 Tipsdommen	11
2.6 Sammenfatning	11
3 Den ophavsretlige beskyttelses omfang og bredde	12
3.1 De relevante retsregler	12
3.2 Efterligningsbeskyttelsen	12
3.3 Krænkelssituationen.....	13
3.4 Beskyttelsessfæren	14
3.4.1 Originalitetsgrad	14
3.4.2 Værskategori	15
3.4.2.1 Ren kunst	15
3.4.2.2 Brugskunst/anvendt kunst.....	16
3.4.2.3 Edb-programmel	17
3.4.2.4 Beskrivende værker	18
3.4.2.5 Bygningskunst	19
3.4.3 Andre faktorer.....	19
3.5 Den indskrænkede beskyttelses reelle årsag.....	20
3.5.1 Myren-dommen	20
3.5.2 Dommene Tripp-Trapp I og II.....	21
3.6 Sammenfatning	22
4 Markedsføringsrettens genstand	23
4.1 Generalklausulen MFL § 1.....	23
4.2 Markedsførings- kontra immaterialretlig beskyttelse	23
4.3 Beskyttelsens genstand - markedspositionen	24
4.3.1 Konkurrencerelationen	25
4.3.2 Omfattede produkter.....	26
4.4 Særpræg.....	26
4.4.1 Indarbejdelse	27

4.5 Dommen New Balance mod Bestseller.....	28
4.6 LEGO II-dommen.....	29
4.7 Sammenfatning.....	30
5 Den markedsføringsretlige beskyttelses omfang og bredde.....	30
5.1 Konkurrencens forudsætninger – det frie marked.....	30
5.2 Subjektive forhold.....	31
5.3 Forvekslelighed.....	31
5.4 Krænkelssituationen.....	33
5.5 Varierende beskyttelsesbredde.....	34
5.5.1 Grad af særpræg.....	34
5.5.2 Produkttyper.....	34
5.5.2.1 Modevarer.....	35
5.5.3 To 2004-domme om modetøj.....	36
5.5.4 Nørgaarddommen.....	37
5.6 Sammenfatning.....	39
6 Sammenfatning.....	39
6.1 Forskelle og ligheder mellem ophavs- og markedsføringsrettens efterligningsbeskyttelse.....	39
6.2 Originalitet versus særpræg.....	40
6.2.1 Beskyttelsesbreddens fællesnævner.....	41
7 Konklusion.....	41
Anvendte forkortelser.....	42
Bilag.....	42
Litteratur.....	43
Praksis.....	44

1 Indledning

Samfundet generelt og erhvervslivet i særdeleshed har en væsentlig interesse i at kunne beskytte produkter mod eftergørelse. Både det ophavsretlige og det markedsføringsretlige regelsæt er i nærmere bestemt omfang anvendelige til dette formål.

Evnen til at beskytte produkter mod efterligning er en væsentlig del af nutidens ophavsret. Der er ikke længere tale om et retsværn reserveret den klassiske kunsts udtryksformer, men en bredt favnende immaterialretsdisciplin af anseelig økonomisk betydning for erhvervslivet. Særligt har introduktionen og accepten af fænomenet brugskunst tilføjet ophavsretten en betydelig kommerciel dimension.

Markedsføringsrettens efterligningsværn er baseret på generalklausulen MFL § 1, som ifølge retspraksis yder en vis beskyttelse mod illoyal efterligning af produkter.

De to regelsæt har grundlæggende meget lidt til fælles, men supplerer i praktiske produktefterligningssager hinanden i ganske betydeligt omfang. Det er således efterhånden mere reglen end undtagelsen, at MFL § 1 påberåbes subsidiært i forhold til OPHL i efterligningssager. Markedsføringsrettens efterligningsværn kommer på denne måde til at fungere som et sikkerhedsnet under ophavsretten; det tager over, hvor ophavsrettens krav om værkshøjde ikke findes opfyldt.

For begge regelsæt gælder imidlertid, at det nærmere beskyttelsesomfang ikke fremstår med nogen særligt høj grad af klarhed. Det er simpelthen ikke åbenbart, hvornår en frembringelse udgør en ulovlig efterligning af en anden. Retspraksis synes i visse afgørelser at indsnævre efterligningsbeskyttelsen, men uden nærmere at angive årsagen dertil. Heller ikke i teorien ydes noget entydigt svar, på trods af at problemstillingen er genstand for flittig diskussion. Denne retsusikkerhed er u hensigtsmæssig.

1.1 Problemformulering

Det er denne specialeafhandlings formål at undersøge bredden af henholdsvis ophavsrettens og markedsføringsrettens beskyttelse af produkter mod kopier og efterligninger.

Afhandlingens fokus er særligt den variation i beskyttelsesomfanget, som især nyere retspraksis synes at være udtryk for. Det er målsætningen at finde frem til de faktorer, der efter de respektive regelsæt virker bestemmende for beskyttelsesbredden.

1.2 Systematik, afgrænsning og terminologi

Afhandlingen tager udgangspunkt i en separat behandling af efterligningsbeskyttelsen efter henholdsvis OPHL og MFL. Behandlingen af hvert regelsæt er videre inddelt i en undersøgelse af beskyttelsens genstand, henholdsvis bredde.

Behandlingen af beskyttelsesobjektet er i fremstillingen tillagt væsentlig betydning, da denne fungerer som fundamentet for de efterfølgende overvejelser omkring beskyttelsesbredden.

Afhandlingens naturlige tyngdepunkt bliver brugskunst og industrielt design.

Inddraget teori og praksis diskuteres i vidt omfang løbende. Dog er fremstillingen opbygget således, at der til hvert hovedafsnit er knyttet en afsluttende sammenfatning af afsnittets væsentligste pointer samt en særskilt diskussion og perspektivering heraf.

Afhandlingen baserer sig i betydelig grad på fortolkning af retspraksis. Domme, der er opfattet som værende af særlig betydning, er tildelt egne afsnit.

For så vidt angår behandlingen af det ophavsretlige objekt, er fokus lagt på dobbeltfrembringelseslæren. Den samlede værkslære er så omfattende og facetteret, at ethvert forsøg på at producere en ubeskåret fremstilling heraf i en specialeafhandling vil være aldeles omsonst. Dobbeltfrembringelseslæren var således det naturlige fokus. Læren benyttes i den øvrige afhandling, ligesom den giver et udmærket generelt indblik i de problemstillinger, der omgiver det ophavsretlige objekt.

Forholdet til yderligere efterligningsværn behandles ikke. Den til en vis grad overlappende designbeskyttelse holdes dermed uden for fremstillingen.

Udtrykket »værk« er i afhandlingen reserveret det ophavsretlige objekt. Udtrykkene »produkt« og »frembringelse« bruges som generel betegnelse for objekter uden hensyn til deres eventuelle status som værker og/eller beskyttelighed efter MFL § 1.

Hvor andet ikke fremgår specifikt af fremstillingen, benyttes udtrykkene »originalitet« og »værkshøjde« synonymt som betegnelse for de ophavsretlige beskyttelsesbetingelser. Som det beskrives i fremstillingen, giver et generelt terminologisk skel ikke længere mening.

Afhandlingen gør brug af to forskellige typer anførelsestegn for at tydeliggøre skellet mellem citater og begreber/udtryk.

2. Ophavsrettens genstand

2.1 Den fiktive objektbeskyttelse

På lige fod med den resterende immaterialret, beskrives ophavsretten gennem en objektorienteret terminologi. Man taler således om, at genstanden for den ophavsretlige beskyttelse er »værket«. Ud fra en formel sproglig betragtning af OPHL er dette da også utvivlsomt korrekt. Hvad dette »værk« så rent faktisk består i, er det derimod ikke muligt at definere særligt præcist. Værket er i hvert fald hverken et egentligt immaterielt gode, da det ikke eksisterer løsrevet fra dets manifesterede eksemplarer, ligesom det heller ikke alene består i hverken eksemplarerne eller summen af disse.

Det giver muligvis slet ikke mening at tale om, at ophavsretten har et egentligt objekt. Ophavsretten er udtryk for, at visse handlinger med visse frembringelser af den ene eller den anden grund ikke er samfundsmæssigt acceptable og derfor må afskæres. Dette hensyn er søgt varetaget gennem et forbud mod nogle handlinger med konstruktionen »værket«.

Terminologien må dermed siges at være udtryk for en hensigtsmæssig fiktion. Det er juridisk praktisk at tale om, at et *subjekt* besidder visse *rettigheder*, som knytter sig til et bestemt *objekt*. I ophavsretten har man valgt »værket« som objektet for subjektets (frembringerens) ret. Morten Rosenmeier taler om, at værksbegrebet har ”karakter af en slags symbolsprog”.¹

Ophavsrettens fiktive objektbeskyttelse er praktisk, hensigtsmæssig og brugbar, og videre overvejelser omkring ophavsrettens sande objekt – i det omfang, der overhovedet kan tales om et sådant – kan uden de store problemer henvises til retsfilosofien.

2.2 Værket

Når der bortses fra de såkaldte naborettigheder, retter OPHL’s beskyttelse sig mod »værket«. Lovens § 1 tildeler frembringeren af et ”litterær eller kunstnerisk værk” en ophavsret. Loven eksemplificerer i § 1, stk. 1 beskyttelsen via en række konkrete udtryksformer, som værket kan antage. At opregningen ikke er udtømmende, fremgår af bestemmelsens afsluttende ord: ”eller det er kommet til udtryk på anden måde”. Retserhvervelsen er formfri og indtræder som umiddelbar refleksvirkning af værkets opståen.

For at en frembringelse kan nyde ophavsretlig beskyttelse, skal den først og fremmest kunne siges at være af litterær eller kunstnerisk karakter. Dette krav følger umiddelbart af OPHL’s ordlyd. Afgrænsningen er meget fri, og varierer med samfundets rådende kunstopfattelse. Som følge af nutidens særdeles liberale opfattelse af kunstformer, anfører Morgens Kockvedgaard, at begrebet har ”i sin abstrakte afgrænsning en betydelig bredde”.²

2.3 Værkshøjde – kravet om originalitet

Som videre krav til ophavsretlig beskyttelse gælder der dernæst, at det frembragte skal besidde »værkshøjde«. Dette krav kan godt nok ikke læses udtrykkeligt af OPHL, men må nødvendigvis indfortolkes i termen ”værk” i § 1.³

Kravet er udtryk for, at det ikke er enhver litterær eller kunstnerisk frembringelse, der er værdig at beskytte. Ophavsretten søger at værne om det personlige, skabende moment i kunsten og litteratu-

¹ Rosenmeier 2001 s. 45

² Kockvedgaard 2002 s. 41

³ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 63

ren, og yder i fraværet af dette ingen beskyttelse af frembringelser. Kravet om værkshøjde er særdeles komplekst, og udtrykkes sædvanligvis som et krav om »originalitet« i frembringelsen.

Kravet om originalitet er kravet om, at værket skal være udtryk for en menneskelig, skabende indsats.⁴

Det er dermed først og fremmest en forudsætning for beskyttelse, at værket rent faktisk hidrører fra en ophavsmands egen hånd. Pæne ting fundet i naturen kan i uforarbejdet tilstand således aldrig gøres til genstand for ophavsret, ligesom helt tilfældighedsprægede frembringelser er ubeskyttelige allerede grundet fraværet af en menneskelig bagmand. Kunst og litteratur skabt af dyr eller af computerprogrammer falder på samme baggrund uden for ophavsretten.

Originalitetskravet indebærer herudover, at ophavsmandens indsats tillige skal have været udtryk for en eller anden form for kreativitet. Denne kreativitet kan sættes i kontrast til den rent håndværksmæssige udfoldelse, som ligger til grund for eksempelvis ordrette oversættelser af breve eller udfærdigelse af spisekort. Sådanne frembringelser er godt nok skabt af en menneskelig bagmand, men desuagtet ophavsretlig ubeskyttede.⁵

I yderpunkterne er skellet mellem det originale og det uoriginale fænomen ikke svært at drage. 1812 Ouverturen er åbenlyst udtryk for kreativitet, hvorimod noteringen af ingredienserne til kageglasur ikke er det. I grænseområdet bliver det straks sværere. Det er den gængse opfattelse, at originalitetskravet ikke er særligt strengt, men præcis hvor lidt kreativitet, der egentlig kræves til ophavsretlig beskyttelse, er umuligt at sige.⁶ Kreativitet er i det hele taget et begreb, der vanskeligt lader sig kvantificere, men det synes trods alt korrekt at antage, at der næppe skal særligt megen kreativ indsats til, før en frembringelse kan betegnes som et værk.

De tre EU-direktiver 91/250 EF, 93/98 EF og 96/9 EF fastslår på tre områder et værkshøjdekrav, der alene kan baseres på, hvorvidt der er tale om "ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse". Dette originalitetskrav angår efter sin ordlyd kun computerprogrammer, databaser og fotografier,⁷ men det anføres af Mogens Koktvedgaard som udtryk for et mere generelt, EU-retligt originalitetsbegreb, som må tillægges en "vis almen gyldighed".⁸ Koktvedgaards fortolkning bakkes op af EU-domstolens afgørelse af 16.07.2009 (Infopaq), som ifølge Peter Schønning "muligvis" kan fortolkes sådan, at de tre direktivers originalitetsdefinition finder "horisontal anvendelse på alle værksarter".⁹

2.3.1 Værkshøjdekravets streghed

Det har tidligere været diskuteret, om der for brugskunst, sideløbende med kravet om originalitet, gjaldt et yderligere krav om egentlig »værkshøjde«, i form af en vis kvalitet i frembringelsen. Mogens Koktvedgaard argumenterede tidligere for en sådan værkshøjdelære,¹⁰ hvilken han dog senere forlod, som følge af fremkomsten af den ovenfor nævnte EU-ret.¹¹ Der er da heller ikke længere den store tvivl om, at der i praksis ikke stilles sådanne yderligere krav til hverken brugskunst eller andre værkstyper, hvorfor et terminologisk skel mellem »værkshøjde« og »originalitet« ikke har nogen betydning. Det almindelige ophavsretlige originalitetskrav er gældende på tværs af alle værkstyper. For brugskunstens vedkommende har dette støtte i 1961-lovens forarbejder: "[v]ed bedømmelsen af, om en brugsgenstand skal anses for beskyttet, bør lægges vægt på, om der er tale om en kunst-

⁴ Koktvedgaard 2002 s. 47

⁵ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 64

⁶ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 64

⁷ Edb-direktivet art. 1, stk. 3, beskyttelsestidsdirektivet art. 6, databasedirektivet art. 3, stk. 1

⁸ Koktvedgaard 2002 s. 52

⁹ Schønning 2011 s. 106

¹⁰ Koktvedgaard 1996 s. 70

¹¹ Festschrift 1999 s. 345

nerisk frembringelse, der opfylder *de almindelige betingelser* for at udgøre et værk i lovens forstand” (min kursivering).¹²

Det kan dog stadig overvejes, om selve stregheden af originalitetsvurderingen skærpes ved visse værkstyper. En forskellig bedømmelse forudsættes af Peter Schønning inden for fire typer kunstværker: billedkunst, bygningskunst, brugskunst og fotografiske værker.¹³ Ligeledes antager Morten Rosenmeier, at originalitetskravet godt nok i udgangspunktet er mildt, men at dets styrke kan variere, alt efter hvilken værkstype der er tale om.¹⁴ Palle Bo Madsen synes derimod ikke at tillægge værkers art nogen afgørende betydning for originalitetsvurderingen.¹⁵ Helt afvisende over for variationer i styrken af kravet forekommer han imidlertid heller ikke at være.¹⁶

Betragtes retspraksis, synes to ting at kunne konkluderes: (1) Der er vel nok en vis variation i styrken af originalitetskravet, men (2) der er ikke tale om nogen egentlig rød tråd, der retfærdiggør at tale om et generelt skærpet krav på visse områder. Som eksempler på ret strenge krav til værkshøjde kan nævnes U 1981.946 H, hvor ophavsret til brugskunst i form af et bordstel ikke blev anerkendt, U 1965.394 H, hvor ophavsret til en sceneinstruktørs iscenesættelse ikke blev anerkendt, og en norsk Højesteretsdom gengivet i NIR 2009 s. 206, hvor en kort forestilling ikke tilfredsstillende kravet om værkshøjde. Originalitetskravet forekommer i eksemplerne godt nok skærpet, men som sagt ikke som udtryk for nogen mere generelt anlagt linje.

Morten Rosenmeier nævner som ”vejledende kriterium”, at det taler for et skærpet krav til originalitet, hvis ophavsmandens omgivelser har en anerkendelsesværdig interesse i, at ophavsmanden ikke udstyres med et juridisk monopol.¹⁷

2.4 Forskellige originalitetsdefinitioner

Der er gennem tiden gjort et utal af forsøg på at fastlægge, hvad der nærmere ligger i kravet om »originalitet« i værket. Willi Weincke taler om et ”skabende åndsarbejde”, præget af ”ophavsmandens individualitet”; Mogens Koktvedgaard taler om en ”personlig, skabende indsats”; Palle Bo Madsen taler om en ”individuel, skabende åndsvirksomhed”.¹⁸ Definitionerne er mange, og Morten Rosenmeier har som del af sin ph.d.-afhandling udarbejdet en ganske omfattende – om end på ingen måder udtømmende – eksemplificerende liste, som udmærket illustrerer, hvilken ombejlet genstand for begrebsnørkleri originalitetsbegrebet egentlig er.¹⁹

Arbejdet med originalitetsbegrebet synes dog mere end noget andet at have koncentreret sig om, hvilken abstrakt formulering, der måtte være at foretrække over de andre, uden egentligt nogensinde at komme afklaringen af selve indholdet særligt meget nærmere. Om man vælger den ene eller den anden formulering over den tredje, synes dermed ret underordnet. Ingen traditionel »definition« siger alligevel særligt meget om, hvad originalitet egentligt består i.

De traditionelle definitioner fortæller os, at originalitet på eller anden måde er det personlige, skabende moment i værket. Den ubundne del af skabelsen, hvor ophavsmandens kreativitet har frit spil. For at komme begrebets indhold lidt nærmere, kan man måske sætte det i kontrast til den engelske »sweat of the brow«-doktrin. Ifølge denne er det tilstrækkeligt til beskyttelse af et værk, at en vis grad af »skill, labour and judgment« er lagt i dets frembringelse. Doktrinen kan ses som et udslag af den gamle engelske opfattelse af, at en frembringelse, der er værd at kopiere, umiddelbart også må

¹² FT 1960/1961 (2. samling), Tillæg B, spalte 628

¹³ Schønning 2011 s. 116

¹⁴ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 65

¹⁵ Madsen 3 2008 s. 62

¹⁶ Madsen 3 2008 s. 60, 63 og 65

¹⁷ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 65

¹⁸ Weincke 1976 s. 32, Koktvedgaard 2002 s. 47, Madsen 3 2008 s. 57

¹⁹ Rosenmeier 2001 s. 119-120

være værd at beskytte. Indtil 1991 var doktrinen tillige en del af den amerikanske ophavsret, men blev med Supreme Court's dom i Feist v. Rural endeligt afvist.²⁰ Doktrinen har derimod aldrig været gangbar i dansk/kontinentaleuropæisk ophavsret. I kontinentaleuropæisk ophavsret er det faktisk lige netop dét skabende moment, der ligger ud over »skill and labour«, som gør en frembringelse original og dermed beskyttelsesværdig. Uanset hvor meget arbejde en person så måtte lægge i frembringelsen af et produkt, kan det aldrig i sig selv opfylde det kontinentaleuropæiske krav om originalitet.

Skal man herefter komme originalitetskravets indhold nærmere, må man hente hjælp i andet end de gængse, abstrakte originalitetsdefinitioner. Dobbeltfrembringelseslæren, som er behandlet umiddelbart nedenfor, forekommer til dette formål særdeles anvendelig. Under alle omstændigheder er det ikke hensigtsmæssigt, at selve grundforudsætningen for ophavsretten – hvornår en frembringelse er et beskyttet værk – ikke fremstår med større klarhed.

2.5 Dobbeltfrembringelseslæren

Som moment i bedømmelsen af, hvorvidt kravet om værkshøjde/originalitet er opfyldt, kan den såkaldte dobbeltfrembringelseslære inddrages. Visse steder i teorien omtales begrebet som dobbeltskabeskriteriet eller dobbeltfrembringelseskriteriet, men indholdsmæssigt dækker begreberne over det samme princip. Det taler herefter for et værks ophavsretlige originalitet, såfremt en uafhængig person sandsynligvis ikke ville kunne skabe et tilsvarende værk uden kendskab til det oprindeligt frembragte, hvor det på den anden side vil tale imod originalitet, hvis en sådan dobbeltfrembringelse må anses for at være sandsynlig.²¹

Dobbeltfrembringelseslæren baserer sig altså øjensynligt på en rent objektiv standard i form af den nøgterne, matematiske sandsynlighed for en hændelse.

Hvornår en egentlig lære om fravær af dobbeltfrembringelsesrisiko som ophavsretlig beskyttelsesbetingelse er opstået, er uvist,²² men princippet kan vel ses som en udvikling af valgfrihedslæren, hvorefter en person i kraft af sine kreative valgmuligheder skaber et værk, som ikke kunne hidrøre fra andre end netop ham. I Norden vinder princippet indpas i retsteorien op gennem 50'erne og 60'erne.²³

En vis støtte for et dobbeltfrembringelseskriterium kan muligvis hentes i forarbejderne til 1995-loven. Fotografiske billeder havde indtil da ikke nydt beskyttelse efter OPHL, men havde været henvist til beskyttelse via en særlig lov om retten til fotografiske billeder, hvilket gennem en årrække havde været genstand for kritik. Med 1995-ændringen lod man udtrykket ”fotografisk værk” indgå blandt de opregnede værskategorier i § 1, stk. 1. Ifølge lovbemærkningerne til § 1, stk. 1, er det afgørende, for at kunne anse et fotografi som et § 1-værk, at det er resultatet af en selvstændigt skabende indsats, hvor elementer som ”komposition, beskæring, motivvalg, perspektiv, billedvinkel, skarphedsdybde og lyssætning” kan have betydning for bedømmelsen, og videre at ”[d]et afgørende er, at der foreligger en selvstændigt skabende eller kreativ indsats på grundlag af flere valgmuligheder” (min kursivering).²⁴

I den danske og skandinaviske teori behandles og anvendes kriteriet i dag hyppigt, og det opfattes i dansk teori normalt som et hjælpeværktøj i originalitetsvurderingen. Palle Bo Madsen anfører, at sandsynligheden for dobbeltfrembringelser ”antageligt” vil kunne påvirke værkshøjdebedømmelsen

²⁰ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

²¹ Rosenmeier 2001 s. 132

²² Rosenmeier 2001 s. 134

²³ Rosenmeier 2001 s. 136

²⁴ FT 1994/1995, Tillæg A, side 1333

i negativ retning.²⁵ Thomas Riis siger om dobbeltfrembringelseslæren, at "[d]en praktiske betydning af de mulige variationer i et værks udformning taler for at knytte originalitetsvurderingen til et dobbeltfrembringelseskriterium således at jo større sandsynlighed for at to personer uafhængigt af hinanden frembringer det samme værk, des mindre originalt må værket være".²⁶ Spørgsmålet om værkshøjde baserer han dog stadig på en mere traditionel originalitetsvurdering, med værkets oprindelig og individualitet som de væsentlige kriterier.²⁷ En lignende tilgang ses hos Peter Schønning, der ser dobbeltfrembringelsessandsynlighed som et udtryk for "manglende selvstændigt skabende indsats", og han konstaterer, at "[e]t væsentligt moment ved værkshøjdebedømmelsen er sandsynligheden for dobbeltfrembringelser".²⁸

Mads Bryde Andersen kalder dobbeltfrembringelseslæren en "praktisk tommelfingerregel".²⁹ Andersen antager dog tilsyneladende, at dobbeltfrembringelseslæren kun afskærer de frembringelser fra værksbeskyttelse, hvor valgfriheden er så begrænset, at dobbeltfrembringelse er uundgåelig.³⁰ Synspunktet adskiller sig fra den almindelige antagelse, at dobbeltfrembringelseslæren afskærer en frembringelse fra værksbeskyttelse, allerede hvor en realistisk mulighed for dobbeltfrembringelse eksisterer. Hertil bør det rimeligvis bemærkes, at det forhold, at Andersens primære sigte er beskyttelsen af software, kan spille ind. Synspunktet er i hvert fald næppe holdbart generelt set, da det vil reducere dobbeltfrembringelseslæren til et område så langt under kravet om værkshøjde, at beskyttelse alligevel aldrig vil blive tildelt. Hvis dobbeltfrembringelseslæren skal give mening som hjælpemiddel i originalitetsbedømmelsen på tværs af værkstyper, er det nødvendigt at lægge den nedre grænse for originalitet så højt, at frembringelser udelukkes fra ophavsretlig beskyttelse, allerede hvor en senere dobbeltfrembringelse er *sandsynlig* uden at være direkte *uundgåelig*. Ophavsretten kan ikke yde beskyttelse i situationer, hvor ide og udtryk smelter sammen i en sådan grad, at valgfriheden i realiteten er ikkeeksisterende. Dette må gøre sig gældende, uanset om man vælger at læne originalitets-spørgsmålet op ad et dobbeltfrembringelseskriterium eller ej.

En varm fortaler for en mere gennemført anvendelse af et dobbeltfrembringelseskriterium er Morten Rosenmeier, som ligeud kalder kriteriet "det bedste originalitetskriterium, der til dato er udtænkt i den teoretiske ophavsret".³¹ Han anfører hertil, at kriteriet fremstår både "klarere", "skarpere" og "mere anvendeligt" end de traditionelle kriterier, og han ser det i det hele som velegnet til at skabe en mere "ensartet, konsekvent retspraksis og en mere klar, forudsigelig retstilstand".³²

Rosenmeier anser tilsyneladende også dobbeltfrembringelseslæren som dækkende over et i realiteten objektivt nyhedskrav.³³ Dette må siges at stå i kontrast til den almindelige antagelse, at nyhedskravet i ophavsretten alene er subjektivt. Ophavsretten kan ikke yde prioritetsbeskyttelse, og normalt anses subjektivt ukendskab (det rent bevismæssige spørgsmål sat til side) til et værk som tilstrækkeligt til opnåelse af en sidestillet ophavsret. Det fremgår ikke ganske klart, hvad Rosenmeiers udtryk, en "slags objektivt nyhedskrav",³⁴ indebærer, men hans konklusion på dette punkt virker ikke umiddelbart indlysende. Det er i den sammenhæng igen vigtigt at holde sig for øje, at matematisk usandsynlighed, som følge af en vurdering af en dobbeltfrembringelsesrisiko, ikke medfører matematisk umulighed. Det forhold, at en dobbeltfrembringelse er uhyre usandsynlig, betyder ikke andet, end at den meget sjældent vil forekomme. En streng matematisk tilgang til problemet dikterer sågar, at en dob-

²⁵ Madsen 3 2008 s. 60

²⁶ Riis 2001 s. 26

²⁷ Riis 2001 s. 21

²⁸ Schønning 2011 s. 108

²⁹ Andersen 2005 s. 295

³⁰ Andersen 2005 s. 295

³¹ Rosenmeier 2001 s. 139

³² Rosenmeier 2001 s. 139

³³ Rosenmeier 2001 s. 134

³⁴ Rosenmeier 2001 s. 134

beltfrembringelse med sikkerhed vil finde sted over en tilstrækkeligt vid tidshorizont. Så længe vi ikke stiller krav om matematisk *umulighed* – men alene matematisk *usandsynlighed* – for dobbeltfrembringelser, kan der ikke blive tale om et objektivi-nyhedskrav i noget omfang, og beskyttede dobbeltfrembringelser både kan og vil eksistere sideløbende. På dette punkt bør dobbeltfrembringelseslæren ikke opfattes anderledes end de mere traditionelle værkshøjdekriterier, som tillader, at en uafhængig frembringer skaber et identisk værk, så længe det er udtryk for hans kreativitet, personlighed eller lignende.

Ovenstående betragtning leder imidlertid hen til et væsentligt problem ved dobbeltfrembringelseslæren: Hvilken grad af dobbeltfrembringelsesrisiko må der kræves, for at udelukke frembringelser fra beskyttelse? Kriteriet stiller som nævnt ikke krav om, at en uafhængig person *nødvendigvis* må komme frem til det samme værk, men alene at *risikoen* derfor eksisterer, og det er således givet, at grænsen mellem den acceptable og den uacceptable risiko må drages et eller andet sted – i hvert fald i teorien. Styrken ved dobbeltfrembringelseslæren er netop dens mulighed for objektivisering af originalitetsbedømmelsen, hvilket må indebære en præcisering af, hvilken konkret risiko for dobbeltskabelse der er acceptabel. En fast procentvisgrænse vil næppe give nogen mening, eftersom den præcise sandsynlighed vil være umulig at fastslå bare nogenlunde præcist, men et krav om, at noget blot skal være »usandsynligt«, er for vagt til at blive andet end endnu et subjektivt kriterium. Morten Rosenmeier anfører, at spørgsmålet om, hvorvidt et værk kunne være skabt af to ophavs-mænd uafhængigt af hinanden, er et ”simpelt, præcist spørgsmål”.³⁵ Helt så enkelt er det vel ikke. Uden en angivelse af, hvad der nærmere forstås ved sandsynligt/usandsynligt, giver spørgsmålet ikke mening. Det er usandsynligt at slå en 6'er med en terning, og det er usandsynligt at vinde i lotto. Det ville være gavnligt at afklare, hvor mellem disse to usandsynligheder dobbeltfrembringelseskriteriet befinder sig. Kritikpunktet ses til dels fremført af Per Jonas Nordell, der opererer med en "osannolikhetsgrænse",³⁶ som han tilsyneladende vil fundere i andre originalitetsfaktorer. Den konkrete sandsynlighed siger han dog ikke noget om, og det virker ikke indlysende, at "[s]annolikheten skall vara så liten att dubbelskapelser inte kan uppstå".³⁷ Man kan muligvis anlægge en så streng risikovurdering, at dobbeltskabelser i realiteten aldrig vil finde sted, men den teoretiske risiko vil altid bestå.

Nordell anfører videre imod dobbeltskabelseskriteriet, at det opererer med en ikke-defineret "skillnadsfaktor", forstået på den måde, at kriteriet ikke siger noget om, hvor stor lighed der skal være mellem to frembringelser, før der er tale om en dobbeltfrembringelse.³⁸ Rosenmeier løser dette problem ved at anvende den almindelige krænkelseterminologi, hvorefter en dobbeltfrembringelse foreligger, når to frembringelser er så ens, at den ene objektivi set krænker den anden.³⁹ Løsningen virker både korrekt og ligetil, og nødvendigheden af at involvere krænkelseterminologien kan vel næsten siges at ligge implicit i dobbeltfrembringelseslæren. Det er i øvrigt væsentligt at bemærke, at en sådan identitetsvurdering ikke er fremmed for domstolene, der nødvendigvis må tage stilling til denne »skillnadsfaktor«, hver eneste gang krænkelseterminologien bliver dem forelagt.

Også spørgsmålet om det varierende værkshøjdekrav fra værkstype til værkstype er blevet anført imod anvendelsen af et dobbeltskabelseskriterium. Ifølge Nordell er "[e]tt faktum som särskilt komplicerar bedömningen [...] att verkshöjdsgransen i praktiken varierar i förhållande till vilken verkstyp det ar fråga om".⁴⁰ Umiddelbart virker dette korrekt. Dobbeltfrembringelseslæren lader sig vanskeligt anvende i praksis, så længe kravet til værkshøjde ikke er homogeniseret på tværs af værkstyperne. Læren er i sin natur objektiv og kan alene tage stilling til matematisk sandsynlighed. Ved nærme-

³⁵ Rosenmeier 2001 s. 139

³⁶ Nordell NIR 1995 s. 635

³⁷ Nordell NIR 1995 s. 635

³⁸ Nordell NIR 1995 s. 635

³⁹ Rosenmeier 2001 s. 140

⁴⁰ Nordell NIR 1995 s. 635

re eftersyn er kritikken dog ikke nødvendigvis helt så holdbar, for man kunne vel også anse det varierende krav til originalitet som et udtryk for, at der for visse typer værker simpelthen er større sandsynlighed for dobbeltskabelse end andre – med brugskunst versus traditionel kunst som et nærliggende eksempel. Morten Rosenmeier er af denne opfattelse.⁴¹

2.5.1 Tipsdommen

Dansk retspraksis omhandlende dobbeltfrembringelseslæren er særdeles sparsom, og der lader til at være betragtelig forskel på den anvendelse begrebet finder i den teoretiske ophavsret, og den måde hvorpå begrebet anvendes ved domstolene (eller i det mindste den måde, hvorpå det kommer til udtryk i præmisserne). På trods af den generelle opfattelse i teorien, at en art dobbeltfrembringelseslære har betydning i hvert fald som hjælpemiddel i værkshøjdevurderingen, har princippet kun været anvendt udtrykkeligt i en enkelt dansk afgørelse.

U 1993.17 H (Tipsdommen) omhandlede ophavsretten til tipssystemer. Disse bestod i matematiske modeller, som kunne lade en tipper udfylde et større antal tipskuponer med en nærmere defineret risiko til følge. I den konkrete sag havde disse modeller fundet udtryk i edb-programmer, der var i stand til at udskrive tipskuponer med hel- og halvgarderinger efter brugerens (tipperens) ønske, og i overensstemmelse med det valgte tipssystem. Disse software-baserede tipssystemer repræsenterede økonomisk værdi, og var som resultat genstand for handel. Der var altså egentligt ikke tale om edb-programmer, men derimod de bagvedliggende systemer, som edb-programmerne handlede ud fra. Dette til trods, var der tilsyneladende enighed mellem parterne om, at sagens genstand angik edb-programmer. Under sagen påstod en forhandler af et bestemt tipssystem sin ophavsret til systemet krænkede af en anden forhandler. Den anden forhandler bestred, at tipssystemet overhovedet havde værkshøjde.

På baggrund af en omfattende syn- og skønserklæring nåede retten frem til, at tipssystemerne ikke nød ophavsretlig beskyttelse, da de bagvedliggende ideer og metoder til at konstruere et tipssystem var så enkle, at to uafhængige konstruktører uafhængigt af hinanden med stor sandsynlighed ville kunne nå frem til det samme system.

Dommen er fra før edb-direktivet, men dette bør ikke have betydning. Betragtningerne er stadig valide.⁴²

2.6 Sammenfatning

Det må erkendes, at dobbeltfrembringelseskriteriet ikke finder udstrakt anvendelse i dansk praksis. Tipsdommen udmærker sig som den i realiteten eneste afgørelse, der anvender princippet udtrykkeligt, om end enkelte domme muligvis kan siges at anvende det implicit som del af en originalitetsvurdering (eksempelvis U 1932.211 Ø, hvor et slogan ikke var "særpræget", og U 1983.981 Ø, hvor en prisliste ikke var udtryk for "selvstændigt åndsarbejde"), men en forudsætning for inklusionen af sådanne domme må være både farvede briller og en noget subjektiv agenda. Kontrasten til svensk ret, hvor kriteriet ses anvendt gang på gang, er både skarp og bemærkelsesværdig. Eksempler på anvendelsen ved svensk HRD findes i domme givet i NIR 1995 s. 349 og NIR 2004 s. 585.

Dette ændrer dog ikke på, at dobbeltfrembringelseskriteriet virker tiltalende. Ikke mindst som løsning på den manglende gennemskuelighed, som den ophavsretlige originalitetsvurdering længe har lidt under, og som Morten Rosenmeier kalder svingende og inkonsekvent.⁴³ Immaterielle rettigheder repræsenterer efterhånden så store værdier, at en mere konsekvent retspraksis og deraf følgende retssikkerhed må være ikke alene ønskværdig, men også direkte nødvendig. Alene det at tilvejebringe et enkelt, klart kriterium for bedømmelsen vil være en betydelig forbedring.

⁴¹ Rosenmeier 2001 s. 140-141

⁴² Madsen 3 2008 s. 66

⁴³ Rosenmeier 2001 s. 141

Helt alene kan dobbeltfrembringelseskriteriet imidlertid næppe eksistere. Ganske åbenbart er det ikke egnet til at varetage de friholdelseshensyn, som bør begrunde, at eksempelvis kontraksformularer kun i meget begrænset omfang bør nyde beskyttelse. Ifølge Mogens Koktvedgaard er den samfundsmæssige interesse i ikke at monopolisere sådanne hensigtsmæssige formuleringer så betydelig, at ophavsretlig beskyttelse kun kan anerkendes under "exceptionelle omstændigheder".⁴⁴ Hvor og i hvilket omfang friholdelseshensyn af denne art gør sig gældende, er en politisk vurdering, snarere end et spørgsmål om værkshøjde. Friholdelsesbetragtninger må derfor nødvendigvis supplere enhver originalitetsvurdering, uanset om denne funderes i en dobbeltfrembringelseslære eller ej.

Morten Rosenmeiers konkluderende spørgsmål virker korrekt: "Hvis et produkt efter sin art kan betegnes som et litterært eller kunstnerisk værk, hvis det er skabt af en bestemt ophavsmand, og hvis det er af en sådan unik karakter, at det ikke kan antages, at andre kunne have skabt det uafhængigt af ophavsmanden, hvorfor skal man så nægte beskyttelse?"⁴⁵

3 Den ophavsretlige beskyttelses omfang og bredde

3.1 De relevante retsregler

En frembringelses beskyttelsesværdighed efter immaterialretlig lovgivning får kun praktisk betydning, i det omfang der til beskyttelsen er knyttet konkrete retsvirkninger. En rettighed kommer alene til udtryk gennem den omstændighed, at den kan tilpligte en uafhængig aktør enten at foretage eller undlade at foretage en handling. Det er derfor centralt for enhver immaterialret at fastlægge ikke alene objektet for beskyttelsen, men i høj grad også dennes præcise indhold. For ophavsretlige værker findes de relevante bestemmelser i henholdsvis OPHL § 2 og § 3. Heri defineres værksbeskyttelsen.

For denne fremstilling er alene § 2 interessant, da det er her, de til værket hørende enerettigheder fastlægges. § 3 fastlægger de ideelle rettigheder, som de udtrykkes i henholdsvis faderskabsretten og respektretten. Denne såkaldte *droit morale* står som et særkende for ophavsretten,⁴⁶ men den er noget uinteressant for så vidt angår spørgsmålet om, hvornår en frembringelse udgør en krænkelse af en anden. Denne side af værksbeskyttelsen vil derfor ikke blive behandlet videre.

3.2 Efterligningsbeskyttelsen

De ofte benævnte økonomiske rettigheder, som de fremgår af OPHL § 2, stk. 1, kan videre opdeles i henholdsvis eneretten til at råde over værket ved eksemplar fremstilling og eneretten til tilgængeliggørelse af det. Værksbeskyttelsen mod mere eller mindre nærgående efterligninger/benyttelser er indeholdt i begge disse enerettigheder, og omfatter ifølge bestemmelsens ordlyd råden over værket i "oprindelig eller ændret skikkelse, i oversættelse, omarbejdelse i anden litteratur- eller kunstart eller i anden teknik". Ophavsretten afskærer altså ikke alene den *identiske* gengivelse af et værk, men også den benyttelse som finder sted, når en frembringelse baserer sig på værket i en sådan grad, at den reelt må siges at være udtryk for det beskyttede værk i *ændret skikkelse*. Derved opstår efterligningsbeskyttelsen.⁴⁷

Over for denne nødvendige og rimelige betragtning, at ophavsmanden bør være beskyttet bredere end blot mod slavisk kopiering, står det tilsvarende rimelige hensyn, at ikke enhver løsgjort bearbejdelse af værket kan udgøre en krænkelse. Grænsen for frembringerens eneret er udtrykt i OPHL § 4, stk. 2, hvorefter der eksisterer en adgang til såkaldt "fri benyttelse". Loven definerer ikke nærmere, hvor grænsen for denne frie benyttelse skal trækkes.

⁴⁴ Koktvedgaard 2002 s. 55

⁴⁵ Rosenmeier 2001 s. 143

⁴⁶ Schovsbo og Rosenmeier 2008 s. 137

⁴⁷ Schønning 2011 s. 142

Krænkelser forudsætter lighed, men det er ikke enhver lighed, der udgør en krænkelser. En ganske udmærket terminologi anvendes af Henrik Udsen, der taler om, at ligheden skal være "kvalificeret".⁴⁸ Heraf udspringer krænkelserproblematikken: Hvis et værk på den ene side er beskyttet bredere end blot mod identisk eksemplar fremstilling, men på den anden side ikke krænkes af den mere inspirative benyttelse, må der nødvendigvis finde en grænsedragning sted. Det interessante bliver ganske konkret at trække grænsen mellem den frie benyttelsesadgang og frembringerens eneret til værket i ændret skikkelse.⁴⁹

3.3 Krænkelser situationen

Det er en grundlæggende forudsætning for krænkelser, at der er sket en efterligning, hvor selvstændigt beskyttet stof er overtaget fra originalværket. Ophavsretten stiller intet krav om objektiv nyhed, men kun at det frembragte subjektivt set er nyt for ophavsmanden. Krænkelser kan derfor aldrig komme på tale, hvor en frembringelse er skabt uden kendskab til originalværket. Det er derimod ikke noget krav, at efterligningen er udtryk for en egentligt bevidst handling.⁵⁰ Hvis der er overtaget beskyttet stof, er efterlignerens »onde vilje« – i modsætning til den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse – uden betydning. Krænkelser kan heller ikke komme på tale, hvor det overtagne ikke i sig selv er ophavsretligt beskyttet. Banale dele af et værk, der ikke selvstændigt opfylder originalitetskravet, kan derfor frit overtages og inkorporeres, ligesom princippet om den manglende idebeskyttelse tilsiger, at værkets bagvedliggende abstrakte ideer er frit benyttelige. Det er dog muligt at overtage så meget ubeskyttet materiale fra et værk, at selve værkets struktur i realiteten må anses for overtaget. Strukturen er selvstændigt genstand for ophavsret, og en så omfattende overtagelse vil derfor udgøre en krænkelser.⁵¹

En frembringelse kan kun udgøre en ophavsretlig krænkelser af et eksisterende værk, såfremt denne i en eller anden grad kan siges at ligne værket.⁵² Lighedsvurderingen er i sidste ende domstolens, og baserer sig på en sammenligning af frembringelserne i deres helhed. Ifølge Mogens Koktvedgaard er det springende moment i krænkelservurderingen, om der ved en sådan sammenholdning opnås en vis "identitetsoplevelse".⁵³ Hvis ligheden er så stor, at en dommer får en oplevelse af, at de to fænomener er et og samme værk, vil han finde krænkelser. Med Koktvedgaards ord er det afgørende, "om man opfatter de to fænomener [...] som så ligeartede, at de med føje kan siges at hidføre samme (æstetiske) oplevelse – at de er det samme »værk« – ganske uanset de eventuelle forskelle".⁵⁴ Morten Rosenmeier og Peter Schønning tilslutter sig denne opfattelse.⁵⁵

Koktvedgaards tilgang er både fornuftig og praktisk anvendelig. Ved betragtning af den langvarige retspraksis på området, er det dog også umiddelbart klart, at identitetsoplevelsen kun kan fungere som et teoretisk udgangspunkt for krænkelservurderingen. I hvert fald må tilgangen nuanceres en smule. Som det beskrives i det følgende, tillader domstolene varierende grader af lighed fra værk til værk, hvorfor det ikke giver mening at tale om identitetsoplevelsen som et »enten eller«. Der er snarere tale om, at domstolene tillader en oplevelse af en vis intensitet for ethvert værk; når denne grænse konkret overskrides, vil de finde krænkelser.

Som noget særegent for brugskunst, har forvekslings synspunkter længe spillet en rolle i domstolens krænkelservurdering. Ud fra en traditionel betragtning er dette mærkværdigt, da overvejelser om produkters kommercielle identitet eller forvekslelighed er et for ophavsretten systemfremmed

⁴⁸ Udsen 2009 s. 487

⁴⁹ Borchert 2003 s. 98, Schovsbo og Rosenmeier 2008 s. 149

⁵⁰ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 148

⁵¹ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 150

⁵² Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 147

⁵³ Koktvedgaard 1965 s. 118

⁵⁴ Koktvedgaard 2002 s. 129

⁵⁵ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 147, Schønning 2011 s. 143

element.⁵⁶ Ophavsretten bekymrer sig i sin natur alene om, hvorvidt der er sket overtagelse af beskyttet stof, og overlader overvejelsen omkring det eventuelle markeds-mæssige indtryk, som dette måtte gøre, til markedsføringsretten. Det unægtelige faktum er og bliver dog, at Højesteret endda meget længe har taget udgangspunkt i en egentlig kommerciel forvekslingslære ved pådømmelsen af brugskunst. I U 1972.992 H var det af betydning, at der ikke var ”væsentlig eller nærliggende mulighed for at forveksle de to pejse”. Nyere eksempler på inddragelsen af markedsføringsretlige forvekslings-synspunkter findes i de to Tripp-Trapp-domme behandlet nedenfor under afsnit 3.6.2.

3.4 Beskyttelsessfæren

Det fremgår umiddelbart af OPHL § 2, at den helt slaviske kopiering af et værk er forbeholdt ophavsmanden som følge af hans ret til værket i dets oprindelige skikkelse. Da ophavsmandens eneret imidlertid strækker sig videre og også omfatter værket i ændret skikkelse, kan der siges at blive etableret en egentlig beskyttelsessfære omkring værket.⁵⁷ Inden for denne sfære lander de frembringelser, der er så lig værket, at de er omfattet af ophavsmandens eneret, hvorimod frembringelser uden for denne sfære har fjernet sig fra værket i tilstrækkelig grad til ikke længere at kræve ophavsmandens samtykke.

Om en efterligning herefter falder inden for værkets tildelte beskyttelsessfære, må bero på en konkret vurdering.⁵⁸

Den ophavsretlige beskyttelsessfære kan ses som den *generelle* bredde af den tildelte beskyttelse, som et værk nyder mod efterligninger/bearbejdelser, på baggrund af hvilken den *konkrete* vurdering, om efterligningen i det forestående tilfælde falder inden for sfæren, må foretages. At en vurdering er konkret, er dog ikke ensbetydende med, at den ikke er udtryk for en generelt anlagt linje, men snarere, at vurderingen er så kompleks, at den ikke fyldestgørende lader sig beskrive i det abstrakte. Vurderingen, der i sidste ende er domstolenes, må stadig foretages sagligt, rimeligt og objektivt.⁵⁹

Det er teoretisk interessant sådan at opdele krænkelsspørgsmålet i (1) en overvejelse omkring værkets beskyttelsessfære og (2) en efterfølgende placering af efterligningen i eller uden for denne sfære. Dette skyldes, at den ophavsretlige beskyttelsessfære ikke er en fast størrelse, men derimod variabel i omfang fra værk til værk. Den baggrund, hvorpå domstolene foretager den konkrete krænkel-sesvurdering, er altså ikke den samme for alle værker, og et værk kan følgelig være beskyttet bredt mod efterligninger eller snævrere mod kun de mere nærgående af slagsen. Af betydning for fastlæggelsen af beskyttelsesbredden er blandt andet og særligt værkstypen og graden af originalitet i værket.

3.4.1 Originalitetsgrad

Det anføres af Morten Rosenmeier som et ”alment synspunkt”, at et værks originalitetsgrad har betydning for dets beskyttelsessfære.⁶⁰ Værker, der kun har lidt originalitet, krænkes herefter kun, hvis efterligningen er slavisk eller nærgående, hvorimod værker med mere originalitet også er beskyttet mod efterligninger, der ikke er nærgående.

Synspunktet tiltrædes af Schönning, der anfører, at ”[b]eskyttelsessfærens størrelse står i relation til graden af originalitet hos det værk, der påstås krænket [...] dvs. jo mere originalt et værk er, desto bredere er beskyttelsen”.⁶¹

⁵⁶ Madsen 3 2008 s. 77

⁵⁷ Schönning m.fl. 2009 s. 44, Schönning 2011 s. 142

⁵⁸ Schönning m.fl. 2009 s. 44, Schovsbo og Rosenmeier 2008 s. 149

⁵⁹ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 147

⁶⁰ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 152

⁶¹ Schönning 2011 s. 142-143

Ligeledes konstaterer Henrik Udsen, at det er "generelt anerkendt, at beskyttelsens bredde afhænger af originalitetsgraden".⁶² Han anser endvidere ikke princippet som et særligt ophavsretligt fænomen, men snarere som en variation af en generel informationsretlig grundsætning, hvorefter der er en fælles sammenhæng mellem den indsats, der ligger til grund for informationen, og beskyttelsens bredde. Han formulerer det således, at "[j]o større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen".⁶³

Palle Bo Madsen synes mindre tilbøjelig til at lade bredden af beskyttelsen afhænge af originalitetsgraden, og ser i højere grad variationen i beskyttelsessfærens udstrækning som afhængende af den pågældende værkskategori. Han anfører, at beskyttelsens omfang "*formentlig* generelt må udvides i takt med stigende originalitets- og individualitetsgrader" (min kursivering),⁶⁴ og i forbindelse med behandlingen af brugskunstbeskyttelsen videre, at "den konkrete »værkshøjde« [kan] fremstå med varierende grader af originalitet – og hvor der vurderes at være tale om »stor« eller »banebrydende« (brugs)kunst, er der *givetvis* en tilbøjelighed til at udmåle en relativt bredere beskyttelse" (min kursivering).⁶⁵ Madsen udtrykker sig godt nok i vagere vendinger, men synes i det hele ikke afvisende over for originalitetsgradens betydning for beskyttelsens bredde.

3.4.2 Værkskategori

Den centrale inddeling i værskategorier består i et skel mellem den »rene kunst« på den ene side, og den »anvendte kunst« eller »brugskunsten« på den anden side. Rene kunstværker er frembragt alene med det kunstneriske formål for øje, hvorimod brugskunstværker i en eller anden grad er influeret af yderligere tekniske, funktionelle og modemæssige hensyn. Opdelingen tager udgangspunkt i det forhold, at formgivningen af (og dermed det kunstneriske moment i) et brugskunstværk nødvendigvis er mindre fri end for et rent kunstnerisk værk, da valgfriheden allerede i udgangspunktet er begrænset.

3.4.2.1 Ren kunst

Sprogværker, malerier, skulpturer, musik og anden ren kunst tillægges i retspraksis en beskyttelse af betydelig bredde. Overførsel til andre kunstarter vil ofte udgøre en krænkelse, på trods af den ganske betydelige modifikation der nødvendigvis må være foretaget. Det vil eksempelvis således som absolut hovedregel kræve ophavsmandens samtykke at filmatisere en bog eller at fremstille en tegning af en skulptur.⁶⁶ Princippet er dog ikke undtagelsesfrit, og der kan konkret blive tale om, at to kunstarter ligger så fjernt fra hinanden, at det ved overførsel fra det ene til det andet ikke længere giver mening at tale om, at værket optræder i ændret skikkelse.⁶⁷

På trods af, at ophavsretten i sin essens er en fremtrædelsesbeskyttelse, hvor de bagvedliggende ideer er ufredede, kan det give god mening at tale om, at et værk er beskyttet både i sin ydre form såvel som i sin indre.⁶⁸ Dette er særligt relevant for litterære værker, hvor overtagelse af værkets indre form (indhold, struktur og opbygning) vil udgøre en krænkelse på lige fod med en overtagelse af dets ydre form (ordlyden). Morten Rosenmeier lader til at koncentrere princippet til litteraturen,⁶⁹ men det kan udmærket anvendes noget bredere på den rene kunst i almindelighed. Det fungerer eksempelvis udmærket som begrundelse for, at et musikalsk værks komposition er beskyttet brede- re end blot mod kopiering af selve toneforløbet.

⁶² Udsen 2009 s. 487

⁶³ Udsen 2009 s. 488

⁶⁴ Madsen 3 2008 s. 75

⁶⁵ Madsen 3 2008 s. 78

⁶⁶ Madsen 3 2008 s. 75

⁶⁷ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 152

⁶⁸ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 153

⁶⁹ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 153

Beskyttelsen af værkets indre form bør derimod ikke kunne udstrækkes til at omfatte udtrykte holdninger, teorier eller livsbetragtninger. Beskyttelse er muligvis allerede afskåret som følge af den manglende idebeskyttelse, men selv i det omfang, der er tale om ganske konkrete, udtrykte anskuelser, bør disse frit kunne overtages. Som anført af Rosenmeier, er der her en så væsentlig interesse i "fri meningsudveksling og en hensigtsmæssig forskning", at beskyttelse allerede derfor bør være udelukket.⁷⁰

De fiktive personer i en roman er næppe selvstændigt genstand for ophavsret, men overtagelse af en tilstrækkeligt stor del af et univers (herunder og måske særligt persongalleriet) kan efter omstændighederne udgøre en krænkelse. En fortsættelse eller anden videreførelse af en romans handlingsforløb vil således formentlig kræve ophavsmandens samtykke.⁷¹ Afbildning af karakterer er beskyttet i det omfang, illustrationerne har værkshøjde. Tegneseriefigurer vil dermed oftest være selvstændigt beskyttede billedkunstværker.⁷²

Billedkunst nyder tilsvarende i det hele en ganske bred beskyttelse. Dimensions- eller materialeændring er normalt uden betydning, ligesom fotografisk gengivelse af et værk sædvanligvis vil udgøre en ret selvfølgelig krænkelse.⁷³

Egentlige fotografiske værker beskyttes på lige fod med andre kunstformer. Nærliggende krænkende handlinger omfatter beskæringer, farvelægninger og retoucheringer. Beskyttelsen kan ikke udstrækkes til at omfatte eneret til fotografering af et bestemt motiv,⁷⁴ hvilket fremgår af forarbejderne til OPHL § 1,⁷⁵ men i øvrigt bør fremstå lige så selvfølgelig, som at en maler ikke nyder eneret til sit motiv. Dette betyder dog ingeniende, at fotografiske værker ikke er beskyttet mod efterligning. Forudsætningen for, at et fotografi udgør en krænkende efterligning af et andet, må være, at der overtages et eller flere originale elementer. Morten Rosenmeier nævner som eksempler "den originale måde, motivet er arrangeret på, eller dets belysning, perspektiv eller den slags".⁷⁶ Det bør i øvrigt retmæssigt nævnes, at der indtil videre ikke eksisterer dansk retspraksis om efterligning af fotografiske værker,⁷⁷ hvorfor beskyttelsens præcise omfang vanskeligt lader sig ansætte nøjagtigt.

3.4.2.2 Brugskunst/anvendt kunst

Kerneområdet for diskussionen om den varierende beskyttelsesbredde som følge af værkstyper, er den anvendte kunst. Dels er værkstypen af naturlige årsager ofte repræsenteret i krænkelsessager, og dels benytter domstolene tit vendinger, der indikerer et generelt indskrænket beskyttelsesområde.

At lighedsbedømmelsen må modificeres i forhold til den rene kunst, forekommer da også umiddelbart nærliggende. Først og fremmest har brugskunst et funktionelt moment, der dikterer en større eller mindre del af udformningen, ligesom den er stærkt påvirket af tidens generelle modetendenser. Disse forhold begrænser den beskyttelige kunstneriske indsats til det tiloversblivende frie formgivningselement. Der er dernæst særligt for brugskunst et væsentligt konkurrencemæssigt modhensyn, som taler imod en bred beskyttelse.⁷⁸

Man har tidligere haft svært ved overhovedet at anerkende masseproducerede og teknisk påvirkede genstande som beskyttelig kunst. I U 1958.1211 S måtte retten "nære betænkelighed" ved at aner-

⁷⁰ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 153-154

⁷¹ Schønning 2011 s. 146-147

⁷² Schønning 2011 s. 148

⁷³ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 155-156

⁷⁴ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 156

⁷⁵ FT 1994/1995, Tillæg A, side 1333

⁷⁶ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 156

⁷⁷ Schønning 2011 s. 149

⁷⁸ Madsen 3 2008 s. 75, Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 157-158

kende beskyttelse, blandt andet grundet produktets fremstilling i masseproduktion. I U 1960.762 S var varens formål "rent praktisk", hvilket på tilsvarende vis fik retten til at "nære betænkelighed" ved at betragte den som et originalt åndsarbejde. Usikkerheden er i dag helt afklaret, og det ligger fast, at brugskunsten er beskyttelig i ophavsretten på lige fod med den rene kunst.⁷⁹

Det ligger dog samtidig også fast, at den resulterende beskyttelsessfære for brugskunsten er indsnævret i forhold til den rene kunst. Således anfører Morten Rosenmeier, at brugskunst typisk har et "ganske særligt *snævert beskyttelsesområde*".⁸⁰ Tilsvarende udtrykkes af Thomas Schønning, at brugskunst er underlagt en "*forholdsvis snæver beskyttelsessfære* og dermed en snæver efterligningsbeskyttelse" (min kursivering).⁸¹ Også ifølge Palle Bo Madsen må en krænkelse "ikke blot kræve en *betydelig lighed*, men tillige at ligheden knytter sig til det efterlignede værks kunstneriske særkende" (min kursivering).⁸²

Mere konkret antages den indsnævrede beskyttelse almindeligvis at bestå i et værn mod »nærgående« eller »meget nærgående« efterligninger.⁸³ Palle Bo Madsen vælger i stedet formuleringen "ret nærgående efterligninger".⁸⁴ Hos domstolene bruges ikke ét uniformt udtryk, hvorfor en fastlæggelse af beskyttelsens korrekte betegnelse er vanskelig – og vel egentligt også temmelig formålsløs. Om man bruger det ene eller det andet udtryk er mindre interessant end den faktiske, resulterende beskyttelse. Og domstolenes vurdering af den tilladelige lighed er alligevel så kompleks, at betegnelsen vil være af rent formel betydning.

Uhåndgribeligt og svævende som dette er, lader det væsentligste at bemærke sig om brugskunstbeskyttelsen i dansk ret til at være, at beskyttelsessfæren utvivlsomt er mindre end den anvendte kunsts. En domstol vil derfor, som Morten Rosenmeier udtrykker det, kun dømmes for krænkelse af et brugskunstværk, "hvis sagsøgte værk ligner det *virkeligt meget*" (min kursivering).⁸⁵

Retstilstanden baseres traditionelt på den såkaldte Langeliniedom U 1961.1027 H, men er først i det nuværende årtusinde blevet fastslået med sikkerhed – startende med dommen U 2001.747 H, hvor det blev bebudet, at værker skabt i et "funktionalistisk formsprog" kun har et snævert beskyttelsesområde, og kun beskyttes mod meget nærgående efterligninger.⁸⁶

Beklædningsgenstande får en særligt hård medfart i ophavsretten. Domstolene nøjes her ikke med at indsnævre beskyttelsen, men er utilbøjelige til overhovedet at tildele denne form for frembringelse ophavsretlig beskyttelse. Beklædning er derfor henvist til beskyttelse efter øvrige regelsæt – herunder og navnlig det markedsføringsretlige.⁸⁷ Ifølge Mogens Koktvedgaard er ophavsretlig beskyttelse dog ikke helt udelukket.⁸⁸

3.4.2.3 Edb-programmel

Edb-programmer henregnes til litterære værker, hvilket fremgår direkte af OPHL § 1, stk. 3. Beskyttelsen må altså i udgangspunktet sidestilles den, der ydes den øvrige litteratur. Softwares særlige karakter gør dog, at visse modifikationer i beskyttelsesudmålingen bør overvejes.

⁷⁹ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158

⁸⁰ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158

⁸¹ Schønning 2011 s. 120

⁸² Madsen 3 2008 s. 76

⁸³ Koktvedgaard 2002 s. 56-57, Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158

⁸⁴ Madsen 3 2008 s. 76

⁸⁵ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158

⁸⁶ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158

⁸⁷ Schønning 2011 s. 121

⁸⁸ Koktvedgaard 2002 s. 60

De mere trivielle og brugsorienterede stykker software såsom, programmer til tekstbehandling, regnskabsføring og internetsurfing, vil ofte have karakter af værker med relativt begrænsede udformningsmuligheder, da både funktioner og grænseflader af brugerne forventes at være nogenlunde ens. Yderligere er erhvervslivets modstående interesse i at kunne lægge sig endog ganske tæt op ad konkurrerende produkters programfunktioner betragtelig og rimelig.

Andre typer software – med computerspil som det vel nok væsentligste eksempel – har ikke til formål at opfylde et funktionelt behov hos brugeren, men alene at underholde og skabe adspredelse. De er mindre konventionsbundne, og deres udformning som resultat deraf noget mere fri. Med større valgfrihed øges også konkurrenternes muligheder for at skabe et afvigende produkt, hvorved deres modstående interesse i friholdelse mindskes.

Palle Bo Madsen finder, at beskyttelsens bredde bør afhænge af, hvilken type edb-program, der er tale om. De såkaldte "brugsprogrammer" sidestiller han med den øvrige anvendte kunst, hvorefter beskyttelsen må være "ret snæver". For computerspil, "hvor fantasien i højere grad har frit slag", vil han lade beskyttelsen nærme sig "hvad der gælder for den rene kunst".⁸⁹

Madsens tilgang virker absolut korrekt. Skellet mellem brugsprogrammer og friere underholdningsprogrammer er ganske vist umuligt at drage skarpt, men ikke desto mindre helt essentielt. Et program til regnskabsføring er væsensforskelligt fra et computerspil. Førstnævnte er et virtuelt værktøj og bør sidestilles med de materielle af slagsen, hvorimod sidstnævnte har mere til fælles med et filmværk eller en litterær fortælling.

3.4.2.4 Beskrivende værker

Tekniske tegninger såsom arkitekt- eller ingeniørtegninger henregnes til litterære værker efter OPHL § 1, stk. 2. De er ikke sproglige værker (i hvilket tilfælde de allerede ville nyde beskyttelse efter § 1), men beskrivende grafiske afbildninger, som har til formål at danne basis for udformningen af et produkt, en bygning, en maskine eller lignende.⁹⁰ Er tegningen ikke beskrivende eller af teknisk karakter, kan den ikke henregnes under stk. 3, men må i stedet eventuelt beskyttes som kunstværk efter stk. 1.

Væsentligt er det at bemærke, at beskyttelsen alene angår selve de tekniske tegninger, og altså ikke det færdige produkt. At føre en teknisk tegning ud i livet udgør ikke i sig selv en ophavsretlig krænkelse, og bestemmelsen får dermed ikke karakter af en indirekte produktbeskyttelse.⁹¹ Dette er en ren og skær nødvendighed, da ophavsretten ellers ville omgå patentrettens krav til nyhed og opfindelseshøjde og udgøre en meget lidt hensigtsmæssig eneretsbeskyttelse af tekniske produkter. Den manglende indirekte produktbeskyttelse er endnu ikke fastslået i praksis.⁹²

For værker med selvstændig værkshøjde efter § 1, stk. 1, gælder den væsentlige modifikation til ovenstående udgangspunkt, at deres beskyttelse også omfatter de forberedende tegninger, skitser og lignende. Tegninger af denne type kan ikke alene henregnes under § 1, stk. 2, men må anses for indeholdt i stk. 1 som følge af § 2, stk. 1's ordlyd om værkets beskyttelse i "ændret skikkelse".⁹³ De er som resultat heraf beskyttet mod uautoriseret virkeliggørelse.

Dermed sættes også et afgørende teoretisk skel mellem arkitekttegninger og ingeniørtegninger. Arkitekttegningen og den færdige bygning anses for et og samme værk, hvorved ophavsmandens samtykke kræves for at opføre bygningen. Ingeniørtegningen er kun beskyttet i sig selv, og der er derfor intet ophavsretligt i vejen for, at en ubemyndiget aktør fører den beskrevne konstruktion ud i

⁸⁹ Madsen 3 2008 s. 82

⁹⁰ Madsen 3 2008 s. 79-80

⁹¹ Schønning 2011 s. 126, Madsen 3 2008 s. 80-81

⁹² Schønning 2011 s. 126, Madsen 3 2008 s. 81

⁹³ Schønning 2011 s. 127

livet. Som Palle Bo Madsen anfører, må det afgørende for beskyttelsesudmålingen naturligvis være tegningernes faktiske "beskaffenhed" snarere end deres formelle betegnelse.⁹⁴

3.4.2.5 Bygningskunst

Som det fremgår af eksemplificeringen i OPHL § 1, stk. 1, er værker af bygningskunst ophavsretligt beskyttet.

Uden for området for den helt åbenlyse krænkelse, at opføre en bygning på baggrund af en andens tegning eller at opføre et direkte plagiat af en eksisterende bygning, lader den ophavsretlige beskyttelse af bygningskunst til at være ganske snæver. Morten Rosenmeier sidestiller lidt svævende beskyttelsen med den ydet til brugskunstværker og anfører dertil, at huse "nok tit" kun har et snævert beskyttelsesområde.⁹⁵ Palle Bo Madsen drager samme parallel til brugskunsten og ser bygningsværker tildelt et normalt "ret snævert retsværn".⁹⁶ Eric Boesgaard går skridtet videre og erklærer ligeud, at beskyttelsen er som et "fugleskræmsel", der kun kan "styre de krager, der ikke kender dets begrænsning".⁹⁷

3.4.3 Andre faktorer

Antallet af variationsmuligheder ved værksskabelsen kan ifølge Morten Rosenmeier være af betydning for beskyttelsens bredde.⁹⁸ Henrik Udsen opstiller en grundsætning omfattende også ophavsretten med ordlyden: "Jo mindre risikoen er for dobbeltfrembringelser, jo bredere beskyttelse tildeles informationen."⁹⁹ Variationsmuligheder og risikoen for dobbeltfrembringelser er to sider af samme sag, og momenterne kan vel nok benyttes særskilt i krænkelsessituationen, men det virker mere oplagt at se dem som allerede indeholdt i originalitetsgraden. Dette er særligt tilfældet, hvis dobbeltfrembringelseslæren antages som grundlag for originalitetsvurderingen (jf. afsnit 2.6). Risikoen for dobbeltfrembringelser bevirker en lav grad af originalitet, hvilken som nævnt antages at være af betydning for beskyttelsens omfang. Antages risikoen for dobbeltfrembringelser derimod ikke som selvstændigt moment i originalitetsbedømmelsen, virker det omvendt mere korrekt at benytte momenterne særskilt i krænkelsesvurderingen.

Også et værks værdi kan muligvis have betydning for beskyttelsessfæren.¹⁰⁰

I hvert fald for brugskunst kan hensynet til konkurrencen spille en rolle for bredden af beskyttelsen. Et eksempel findes i den utrykte Sø- og Handelsretsdom af 07.07.2009 (V-123-07) omhandlende en påstået krænkelse af Hermès' Birkin-taske. Flertallet udtalte: "Udsmykning på tasker anvendes i meget vidt omfang, hvorfor der ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget må tages hensyn til andre virksomheders mulighed for at anvende samme formelementer". Dommen blev 24-01-2012 stadfæstet af Højesteret i sag 228/2009 (behandlet sammen med sag 227/2009). Højesterets henvisning til den tidligere instans' flertals betragtninger er dog lettere tvetydig, og det fremgår således ikke klart, hvorvidt retten rent faktisk vedkender sig konkurrencesynspunktet som værende af betydning for beskyttelsens bredde.

Ifølge Erling Borchert, bør beskyttelsessfærens omfang for industrielt design "tillige fastlægges ud fra konkurrencemæssige overvejelser".¹⁰¹ Således bør brugsgenstande, hvor den kunstneriske frihed er større, beskyttes bredere end de mere enkle og forbundne.¹⁰²

⁹⁴ Madsen 3 2008 s. 81

⁹⁵ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 160

⁹⁶ Madsen 3 2008 s. 80

⁹⁷ Boesgaard U.1990B.369 s. 371

⁹⁸ Rosenmeier NIR 2005 s. 507

⁹⁹ Udsen 2009 s. 489

¹⁰⁰ Rosenmeier NIR 2005 s. 507

¹⁰¹ Borchert 2003 s. 98-99

Også Palle Bo Madsen mener, at udmålingen af den ophavsretlige beskyttelse bør inddrage som moment "hensynet til andres anerkendelsesværdige krav på kunstneriske og erhvervmæssige udfoldelsesmuligheder".¹⁰³

3.5 Den indskrænkede beskyttelses reelle årsag

Morten Rosenmeier anfører en ganske interessant kritik af de domme, der godt nok indskrænker beskyttelsesområdet for brugskunst, men ikke nærmere anfører årsagen dertil. Dommene kan på den ene side være udtryk for et egentligt kvalificeret lighedskrav, hvorefter krænkende lighed først foreligger, når sammenfaldet med sagsøgerens værk er særligt stor. De kan på den anden side også være udtryk for det almene princip, at beskyttelsesbredden afhænger af originalitetsgraden, hvilken for brugskunstværker oftest er meget lav.¹⁰⁴ Rosenmeier behandler problemet indgående i en artikel, hvor han skelner mellem det egentlige kvalificerede identitetsprincip og filtreringsprincippet, som han beskriver som en "*praktisk konsekvens af almindelige krænkelsesprincipper*", snarere end en egentlig retsregel.¹⁰⁵ Han ser ikke nogen rød tråd i domstolenes terminologi.¹⁰⁶

Ved umiddelbar betragtning af det nuværende årtusindes retspraksis på området i form af U 2001.747 H, U 2002.1715 H, U 2003.1219 H og Højesterets utrykte dom af 28.06.2011 (306/2009), synes årsagen til den indskrænkede beskyttelse af brugskunstværker da heller ikke at fremgå entydigt. Det ligger godt nok fast, at brugskunstværker kun krænkkes af frembringelser, der går dem særdeles nært, men der kan – som Rosenmeier gør klart – lige så godt være tale om, at det er brugskunstens generelt lave originalitetsgrad, der får domstolene til at skærpe bedømmelsen. Den strenge krænkelsesvurdering behøver altså ikke være udtryk for en kategorisk stillingtagen til brugskunstens beskyttelsesfære som sådan, men kunne i stedet dække over, at domstolene opfatter brugskunst som oftest indeholdende meget lidt ophavsretligt beskyttelig substans. Hvis dette er tilfældet, bliver det springende punkt i den indskrænkede beskyttelse i virkeligheden værkets originalitet, og det forhold, at brugskunst beskyttes snævert, må i stedet alene ses som en refleksvirkning.

3.5.1 Myren-dommen

Dommen U 2002.1715 H synes at pege i retning af et egentligt kvalificeret lighedsprincip.

Sagen omhandlede en påstået krænkelse af Arne Jacobsens stol »Myren« af stolen »Jackpot«, der ved umiddelbar betragtning mindede ganske meget om den. Retten lagde indledningsvist til grund, at Myren var ophavsretligt beskyttet, men da den var en "funktionsbestemt genstand skabt i et funktionalistisk formsprog", var den under henvisning til U 2001.747 H kun beskyttet mod "meget nærgående efterligninger". På baggrund af en skønserklæring konstaterede retten herefter, at Myren var en "for sin tid banebrydende nyskabelse", men genfandt ikke stolens "særprægede udseende" i Jackpot, der i sin fremtoning mindede mere om andre stole på markedet. Der forelå derfor ikke krænkende lighed, og Højesteret frifandt.

Værket Myren var altså særdeles originalt, men blev til trods for dette kun givet et snævert beskyttelsesområde. Det virker dermed nærliggende at tolke dommen sådan, at i hvert fald visse former for brugskunst per definition kun nyder et snævert beskyttelsesområde, uanset originalitetsgraden. Morten Rosenmeier er af denne opfattelse.¹⁰⁷

¹⁰² Borchert 2003 s. 99

¹⁰³ Madsen 3 2008 s. 74

¹⁰⁴ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 158-159

¹⁰⁵ Rosenmeier NIR 2005 s. 511

¹⁰⁶ Schovsbo og Rosenmeier 2011 s. 159

¹⁰⁷ Rosenmeier NIR 2003 s. 396

Af Højesterets præmisser og skønserklæringen i særdeleshed fremgik tydeligt, at stolen var nærmest enestående original. Dette kunne stadig ikke redde værket fra sin skæbne som brugskunst. Den på forhånd tildelte snævre beskyttelsessfære kunne der ikke rokkes ved.

3.5.2 Dommene Tripp-Trapp I og II

At linjerne ikke er trukket helt så skarpt op, som det kunne fremgå ved isoleret betragtning af Myren-dommen, tydeliggøres af de to henholdsvis tidligere og senere domme U 2001.747 H (Tripp-Trapp I) og HD af 28.06.2011 (306/2009) (Tripp-Trapp II). Begge sager omhandlede påståede krænkelse af den velkendte Tripp-Trapp børnestol.

I U 2001.747 H var modparten den danske møbelfabrik Tvilum, som havde fremstillet en høj børnestol »2-step«, som bar visse udtryksmæssige lighedspunkter med Tripp-Trapps originale stoledesign. Tripp-Trapp-stolen havde tidligere være været beskyttet af et patent, men dette var nu udløbet. Indledningsvis konstaterede retten derfor ganske naturligt, at den ophavsretlige beskyttelse kun kunne ”angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé”. Det udtaltes herefter, at stolen var skabt i et ”funktionalistisk formsprog”, og som følge deraf kun kunne nyde beskyttelse mod ”meget nærgående efterligninger”. På baggrund af en skønserklæring blev det blandt andet lagt til grund, at Tripp-Trapp-stolen havde et ”helt usædvanligt og selvstændigt design”, og at 2-Step-stolen var forvekslelig hermed for personer ”uden møbelfaglig baggrund eller interesse”. Flertallet fandt herefter, blandt andet fordi Tripp-Trapp-stolen havde et ”banebrydende formmæssigt design”, og fordi de to stole var forvekslelige ”for personer, der ikke er fagfolk”, at 2-Step-stolen var en ”så nærgående efterligning”, at der forelå krænkelse.

Den generelle stillingtagen til brugskunstbeskyttelsens udstrækning, var på dette tidspunkt en ny-skabelse. Med dommen kunne der ikke længere være tvivl om, at brugskunst var underlagt en snæver beskyttelse. Ved en umiddelbar betragtning af de to stole er det dog, som Palle Bo Madsen fremhæver, ganske vanskeligt at se, hvori den snævre beskyttelse rent konkret skulle bestå.¹⁰⁸ Da Højesteret samtidig valgte at henvise til det ”banebrydende design”, virker det naturligt at antage, at værkets originalitet har spillet en rolle. Palle Bo Madsen og Morten Rosenmeier anlægger denne forståelse.¹⁰⁹

I den anden Tripp-Trapp-dom, HD af 28.06.2011 (306/2009), fandt Højesteret igen Tripp-Trapp-stolen ophavsretligt krænkede – denne gang af Lulu Babys børnestol »Lulu«. Afgørelsen baserede sig i betydeligt omfang på den tidligere Tripp-Trapp-dom, og retten kunne således ved henvisning hertil umiddelbart lægge til grund, at stolen var beskyttet mod ”meget nærgående efterligninger”, men samtidig også at den havde et ”banebrydende formmæssigt design”. Ligesom i Tripp-Trapp I fandtes de pågældende stole ”forvekslelige for personer uden møbelfaglig baggrund eller interesse”. Lulu var efter en helhedsvurdering ikke frigjort tilstrækkeligt fra det ”særegne ved Tripp-Trapp-stolens udformning”, men måtte betragtes som en ”meget nærgående efterligning” af Tripp-Trapps værk, og dermed en ophavsretlig krænkelse.

Den snævre beskyttelse, som Højesteret påstår stolen underlagt, er igen svær at se udmøntet i den faktiske krænkelsesvurdering. Det særegne ved Tripp-Trapp-stolen er ifølge Højesteret knyttet til stolens linjeføring og L-form. Denne form synes ikke gentaget i Lulu, der nærmere er baseret på en T-form. At finde værket krænkede på denne baggrund, forekommer derfor særdeles svært foreneligt med en snævert anlagt beskyttelse. Begrundelsen må givetvis igen hentes i værkets betydelige originalitet.

¹⁰⁸ Madsen 3 2008 s. 78

¹⁰⁹ Madsen 3 2008 s. 78 og Rosenmeier NIR 2002 s. 281

3.6 Sammenfatning

Ophavsretten tildeler ifølge sin ordlyd den samme beskyttelse til alle værker. Beskyttelsen er i sit udgangspunkt ret bred, og omfatter efterligninger i anden kunstart, overtagelse af værkets indre struktur med videre. Der argumenteres i teorien for, at beskyttelsens konkrete udstrækning kan og bør variere med en række faktorer, såsom og navnlig værkstype, originalitetsgrad og konkurrencehensyn.

Der synes at være et vist belæg for, at konkurrencehensyn i praksis tillægges betydning.

Det indtil videre eneste område af ophavsretten, hvor Højesteret helt udtrykkeligt har modificeret beskyttelsesomfanget, er imidlertid den anvendte kunst. På baggrund af det nye årtusindes retspraksis startende med Tripp-Trapp-I-dommen, kan det således med sikkerhed siges, at beskyttelsen af brugskunst er reduceret til et ganske snævert område for nærgående eller meget nærgående efterligninger.

Det havde været gavnligt, om Højesteret i skabelsen af denne nye retstilstand havde ladet sine bevæggrunde bag den reducerede beskyttelse fremgå tydeligt. Ikke mindst fordi synspunkternes rækkevidde for ophavsretten som helhed således ville kunne bestemmes. Dette er imidlertid desværre ikke tilfældet, og det centrale spørgsmål – hvad der får Højesteret til at indsnævre beskyttelsen – henstår derfor stadig ubesvaret. Den reducerede beskyttelse kan bestå i en skarpere anlagt krænkel-sesvurdering i form af et kvalificeret lighedsprincip, eller den kan være et udslag af værkernes originalitetsgrad. Alternativt kan begge faktorer spille ind i rettens vurdering. Den ovenstående sammenholdning af henholdsvis de to Tripp-Trapp-domme og Myren-dommen synes at pege i sidstnævnte retning.

Højesteret havde næppe udtalt sig som den gør, at brugskunstbeskyttelsen er begrænset til meget nærgående efterligninger, hvis ikke den på forhånd anlagde en eller anden form for skærpet vurdering. Og tilsvarende havde Højesteret på den anden side næppe nået det resultat den gjorde i de to Tripp-Trapp-domme, hvis ikke originalitetsgraden i et eller andet omfang spillede ind.

Yderligere retspraksis er påkrævet, før en egentlig afklaring af spørgsmålet kan komme på tale, men det virker indtil videre ikke ukorrekt at antage, at både værkers status som ren, henholdsvis anvendt kunst, såvel som graden af originalitet i de enkelte værker spiller ind i domstolens vurdering af beskyttelsens udstrækning. Således lader det til, at brugskunstværker i udgangspunktet er underlagt en formindsket beskyttelsessfære, men at denne også samtidig kan influeres af de individuelle værkers originalitet.

Uden for brugskunstens område er betydningen af værkers originalitet endnu mere usikker. Hvis der rent faktisk er tale om, at Højesteret i de to Tripp-Trapp-domme tillagde værkets originalitet betydning, virker det dog nærliggende at antage, at princippet vil blive udstrakt til andre dele af ophavsretten. Det bør dertil bemærkes, at det i svensk ret synes antaget, at originalitetsgraden har betydning, ikke blot for brugskunstværker, men mere bredt i ophavsretten som helhed. Et eksempel ses i den svenske Højesteretsdom gengivet i NIR 1994 s. 143, hvor beskyttelsesomfanget for et jordbærmønster på stof skulle "bestämmas med beaktande av verkets originalitet".

Hvis det antages, at originalitetsgraden har betydning for (visse) værkers beskyttelse, melder der sig det nærliggende spørgsmål, hvordan en sådan originalitetsgrad overhovedet kan fastlægges nogenlunde meningsfuldt. Hvor vurderingen af en frembringelses beskyttelsesværdighed under ophavsretten altid er i fare for at blive underlagt subjektive kvalitetsvurderinger, må vurderingen af et værks præcise originalitet være det i endnu højere grad. En mere objektiv vurdering af originalitetsgraden kan med fordel tage udgangspunkt i en dobbeltfrembringelseslære, som beskrevet under afsnit 2.6, hvorefter værkets beskyttelsessfære mindskes, jo mere risikoen for dobbeltfrembringelse øges. Bli-

ver risikoen utilladeligt stor, vil værket slet ikke besidde værkshøjde, og således ikke være beskyttet under ophavsretten.

4 Markedsføringsrettens genstand

4.1 Generalklausulen MFL § 1

Ved siden af den ophavsretlige beskyttelse af visse frembringelser, eksisterer der i markedsføringsretten en sideløbende og til en vis grad overlappende beskyttelse i medfør af generalklausulen i MFL § 1. Hvor den ophavsretlige beskyttelse er funderet i værksbeskyttelsen i OPHL § 1, baserer den markedsføringsretlige beskyttelse sig på generalklausulens universelle udelukkelse af illoyal markedsadfærd.¹¹⁰ MFL indeholder altså ikke et udtrykkeligt forbud mod efterligning af andres produkter, og følgelig må al regulering i den henseende i overensstemmelse med § 1's ordlyd alene ses som et udslag af manglende overholdelse af "god markedsføringsskik".

Som med enhver anden generalklausul er bestemmelsens velsignelse lig dens forbandelse, derved at dens nærmere indhold må fastlægges i retspraksis. Dette er på den ene side fordelagtigt, idet bestemmelsen er altomsluttende, og dens nærmere indhold kan tilpasses samfundsudviklingen, selvstændig sideløbende normdannelse og varierende brancheadfærd. Omvendt er netop denne løbende tilpasningsmulighed også problematisk, da den unægteligt resulterer i en vis grad af retsuisikkerhed. Dette er ikke et særligt karakteristikum ved MFL § 1, men velkendte egenskaber ved generalklausuler i almindelighed.

Det konkrete indhold af kravet om »god markedsføringsskik« må, både for så vidt angår produktet-terligningsspørgsmålet såvel som for øvrig kommerciel markedsadfærd, fastlægges på baggrund af en række mere eller mindre håndgribelige momenter. I forholdet mellem konkurrerende erhvervsdrivende, vil normal brancheadfærd og gængs skik og brug ifølge Palle Bo Madsen formentligt være et solidt udgangspunkt.¹¹¹ Erling Borchert nævner "kutymer og traditioner i branchen" som centrale elementer.¹¹² Som vejledende og udfyldende regelsæt, må det af ICC udfærdigede kodeks om etisk adfærd i vidt omfang antages at være anvendeligt. Madsen anfører hertil, at erhvervslivets sådanne egne regler – herunder ICC's kodeks – dog kun kan opfattes som "minimumskrav", og at den retlige fastlæggelse af »god skik« er ganske fri.¹¹³

4.2 Markedsførings- kontra immaterialretlig beskyttelse

Markedsføringsretten kan ikke betragtes som en del af immaterialretten, men med hensyn til efterligningsværnet lægger reguleringen sig så tæt op ad både ophavs- og designretten, at dens beskyttelse i et vist omfang i realiteten kommer til at ligne en immaterialretlig beskyttelse. Som Palle Bo Madsen konstaterer, minder beskyttelsen i kraft af sin formløshed og fokusering på produkternes ydre fremtræden til dels om den ophavsretlige værksbeskyttelse.¹¹⁴ Erling Borchert har i relation til retspraksis observeret, at "beskyttelsen af den markeds-mæssige indsats [udviskes] stadig mere til fordel for en objektorienteret beskyttelse".¹¹⁵

En faktisk immaterialret kan der dog aldrig blive tale om, idet selve det objekt, som søges beskyttet i markedsførings- og immaterialretten, er grundlæggende væsensforskelligt. Ud fra denne betragtning, kan der vel således med nogen vægt argumenteres for, at enhver sammenligning af markedsføringsrettens loyalitetskrav med OPHL's værksbeskyttelse er direkte umulig. Omvendt må det også anerkendes, at MFL § 1 i retssager vedrørende produktet-terligninger efterhånden påberåbes næsten

¹¹⁰ Madsen 2 2007 s. 127

¹¹¹ Madsen 2 2007 s. 22

¹¹² Borchert 2003 s. 155

¹¹³ Madsen 2 2007 s. 22

¹¹⁴ Madsen 2 2007 s. 127

¹¹⁵ Borchert 2003 s. 153

som en form for sekundær værksbeskyttelse. For det tilfældes skyld, at retten ikke finder tilstrækkelig originalitet i produktet til at statuere ophavsret, er det håbet, at modpartens snyltende opførsel så alligevel kan fanges som udslag af illoyal markedsadfærd.

Hertil kommer, at MFL § 1 påberåbes subsidiært i forhold til OPHL, selv i situationer hvor dette forekommer ganske overflødig. Erling Borch er mener, at dette udspringer af en kombination af advokaters behov for at "gå med seler og livrem", men også domstolenes tendens til i præmisserne at slå den ophavs- og markedsføringsretlige bedømmelse sammen i et "ubestemt forvekslingskriterium".¹¹⁶

Realiteten er den, at den resulterende beskyttelse i medfør af MFL's generalklausul i de konkrete situationer ofte viser sig lige så anvendelig for den erhvervsdrivende som en ophavsret. På trods af den åbenlyse teoretiske betydning, må det erkendes, at det for de fleste erhvervsdrivende er ganske uinteressant, hvilket regelsæt der anvendes, så længe konkurrentens adfærd bringes til ophør. Resultatet i form af erstatning, destruktion etc. er i vidt omfang det samme. Erling Borch udtrykker det således, at den markedsføringsretlige beskyttelse "tager over", hvor det ophavsretlige krav til originalitet ikke kan opfyldes.¹¹⁷

4.3 Beskyttelsens genstand - markedspositionen

Hvor OPHL i lighed med den øvrige egentlige immaterialret har et defineret beskyttelsesobjekt, er den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse afledt. Dette komplicerer beskyttelsen. Skønt få jurister vil omtale det ophavsretlige beskyttelsesobjekt »værket« som direkte gennemskueligt, eller for den sags skyld bare nogenlunde afklaret, er det markedsføringsretlige beskyttelsesobjekt (for så vidt angår efterligningsbeskyttelsen) i en vis forstand yderligere komplekst.

MFL stiller krav til erhvervsdrivende om, at de udviser »god markedsføringsetik«. I relation til produktbeskyttelse, udmønter det sig i en beskyttelse af et produkts markedsposition. Dette er det markedsføringsretlige beskyttelsesobjekt,¹¹⁸ og dette er, hvad de øvrige agerende på markedet ikke illoyalt må gøre indgreb i eller snylte på.

Markedsføringsrettens efterligningsbeskyttelse er, som Erling Borch udtrykker det, funderet i, at en "bevidst tilegnelse af tredjemands produkt og dets markedsposition gennem salg af identiske eller nærgående efterligninger, [...] naturligt er blevet henført under illoyal markedsfortrængning eller utilbørlig udnyttelse af tredjemands indsats".¹¹⁹ Helt væsentligt er det at holde sig for øje, at det aldrig kan blive produktet eller frembringelsen selv, der beskyttes. Det er derimod den mere udefinerbare blanding af renommé, goodwill og indtjeningspotentiale, som produktet har oparbejdet i kraft af sin tilstedeværelse og promovning på markedet, der må værnes om. Produktet beskyttes ikke; det konkrete indtryk produktet har gjort på markedet gør.

I ophavsretten er der tale om en krænkelse, så snart en anden end frembringeren råder over et beskyttet værk. I markedsføringsretten må der endvidere stilles krav om utilbørlighed. Som (helt teoretisk) udgangspunkt er efterligningsadgangen i markedsføringsretten ganske fri, for så vidt denne kan udføres loyalt. I realiteten vil det naturligvis oftest være vanskeligt at bringe en tro kopi af en konkurrents produkt på markedet, uden samtidig at tage utilbørlig fordel af hans til produktet knyttede indsats. Det teoretiske udgangspunkt er dog vigtigt at holde sig for øje, at det eneste der i markedsføringsretten egentligt begrænser efterligningsadgangen, er kravet om loyalitet.¹²⁰ Og en overtræ-

¹¹⁶ Borch 2003 s. 153

¹¹⁷ Borch 2003 s. 153

¹¹⁸ Madsen 2 2007. s. 132

¹¹⁹ Borch U.2009B.151 s. 151-152

¹²⁰ Madsen 2 2007 s. 129

delse finder følgelig kun sted, i det omfang produktefterligningen konkret overskrider grænserne for rimelig og sund konkurrence i markedet.¹²¹

Hvis man vælger ganske ukritisk at beskytte produkter, der ikke er i stand til at opnå immaterialretlig beskyttelse, vil dette selvsagt udgøre et ganske betragteligt indgreb i den frie konkurrence. Om dette siger Erling Borchert, at de konkurrencebegrænsninger, som en sådan regulering medfører, altid må holdes op mod, hvad der er "samfundsmæssigt acceptabelt".¹²² Palle Bo Madsen anfører, at det ikke er "ubetænkeligt" at lægge bånd på konkurrerende aktører i et marked, hvor løbende gensidig produkttilpasning er et led i den fri konkurrenceudøvelse.¹²³ Borchert understreger videre vigtigheden af, at den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse "ikke har og ikke bør gives status som en altomfattende fremtoningsbeskyttelse, der tager sin begyndelse, hvor den lovfæstede immaterialretlige beskyttelse hører op".¹²⁴ Disse betragtninger virker ganske korrekte, men samtidig virker det også umiddelbart rimeligt, at man ikke aldeles ublu skal kunne snylte på en andens indsats i form af markedsføring og opbygget renommé, gennem slavisk kopiering af vellidte og populære produkter. En sådan retstilstand ville næppe heller være til gavn for markedet, da en stor del af incitamentet til produktudvikling og -promovering ville falde bort.

Erling Borchert vil stille som grundlæggende krav for at finde en efterligning ulovlig efter MFL § 1, at den enten (1) gennem forvekslingsrisiko udnytter og fortrænger originalproduktet fra markedet, eller (2) at den i øvrigt utilbørligt snylter på originalproduktets renommé og goodwill (jf. dog afsnit 5.3).¹²⁵

4.3.1 Konkurrencerelationen

I forholdet mellem erhvervsdrivende søger den markedsføringsretlige beskyttelse at værne mod tredjemands illoyale markedsfortrængning og/eller tilegnelse af en konkurrents indsats. Et grundlæggende krav for at anvende MFL § 1 i produktefterligningssituationer må derfor være, at der foreligger en (aktuel eller potentiel) konkurrencesituation.¹²⁶ Der skal næppe meget til, før en konkurrencerelation kan siges at foreligge, og vurderingen vil ofte forekomme næsten automatisk. Ganske åbenbart har et kopiprodukt jo som oftest til formål at lukrere på den position, originalproduktet besidder. Problematisk er det dog, at kundekredsen ofte er forskellig for henholdsvis original- og kopiproduktet, hvilket taler imod en foreliggende konkurrencerelation. Som Erling Borchert fremhæver, er det dog i den forbindelse væsentligt at holde sig for øje, at allerede den "fremtoningsmæssige degeneration" af originalproduktet kan være tilstrækkelig til at indfortolke en konkurrencerelation.¹²⁷ Kravet forekommer dermed i realiteten ret lempeligt.

I kontrast hertil står Mogens Koktvedgaards krav (vedrørende den dagældende konkurrencelovs § 15) om en mere direkte konkurrencerelation, der kun består, når ganske samme vare markedsføres i samme kundekreds.¹²⁸ Retspraksis synes ikke i overensstemmelse med Koktvedgaards strengere krav. Et eksempel herpå ses i U 1999.1859 S, hvor markedsføringen af »Team«-reolen tilstræbte at udnytte »Montana«-reolens markedsposition på trods af en noget forskellig målgruppe.

Hvis et produkt skal besidde en beskyttelsesværdig markedsposition, må det som udgangspunkt være bragt på markedet.¹²⁹ Dette virker i udgangspunktet ganske logisk, og fungerer i øvrigt udmær-

¹²¹ Borchert 2003 s. 154

¹²² Borchert U.2009B.151 s. 152

¹²³ Madsen 2 2007 s. 129

¹²⁴ Borchert 2003 s. 154

¹²⁵ Borchert 2003 s. 154

¹²⁶ Borchert 2003 s. 175

¹²⁷ Borchert 2003 s. 175-176

¹²⁸ Koktvedgaard 1965 s. 360

¹²⁹ Madsen 2 2007 s. 128

ket til at sætte beskyttelsen i kontrast til ophavsretten. Ganske absolut er kravet imidlertid ikke, og Erling Borchertaler således for at lade beskyttelsen omfatte også produkter, hvortil der er knyttet goodwill, selv efter salg er ophørt.¹³⁰ Betragtningen virker ganske rimelig, ud fra den forudsætning at det er en markedsposition, der beskyttes, og ikke selve produktet. Et meget karakteristisk produkt kan have betydning for producenten, længe efter egentlig markedsføring er ophørt.

Borchert vil videre udstrække beskyttelsen til at omfatte produkter under udvikling.¹³¹ Holdningen virker igen aldeles rimelig, men unægtelig noget sværere at fundere i en markedspositionsbeskyttelsesbetragtning.

4.3.2 Omfattede produkter

Den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse er ikke artsbestemt, og kan grundlæggende omfatte enhver frembringelse, der besidder en markedsposition.¹³² I praksis angår efterligningsspørgsmålet oftest enkelte produkter, hvorfor beskyttelsen let kommer til at fremstå som supplement til ophavsrettens beskyttelse af brugskunstværker. Overlappet er naturligt, idet den designmæssige indsats, som fører til påberåbelsen af værkshøjde som brugskunst, ofte vil have resulteret i en markedsposition, der kan påberåbes som værende beskyttelsesværdig i sig selv. Markedsføringsrettens beskyttelse eksisterer imidlertid også helt adskilt fra enkeltprodukter, og der er ikke noget grundlæggende i vejen for at påberåbe beskyttelsen i forbindelse med hele produktkollektioner eller forretningskoncepter.¹³³ Tilsvarende er samtidig markedsføringsretlig beskyttelse heller ikke en refleksvirkning af værkshøjde. Et originalt brugskunstværk, der ikke har gjort markedsomt indtryk, nyder ingen beskyttelse efter MFL § 1.

4.4 Særpræg

I lighed med de ophavsretlige beskyttelsesbetingelser kan der ikke blive tale om at yde markedsføringsretlig beskyttelse af en ide, men derimod alene og højst af dennes fremtrædelsesform.¹³⁴ Som konkret krav til denne fremtrædelsesform må der stilles, at den er i stand til at besidde en eller anden form for position på markedet, som er beskyttelsesværdig. Resultatet af dette må blive et vist krav om kommerciel adskillelsesevne i form af ydre særpræg i et produkt. Palle Bo Madsens forklaring er meget rammende: "En forudsætning for efterlignings- eller fremtoningsbeskyttelse efter MFL er derfor, at det produkt, der efterlignes, har et vist *særpræg*. Kun gennem et sådant særpræg, hvorved produktet i det ydre adskiller sig fra andre af samme art, kan det opnå en markedsposition, som er tilstrækkelig beskyttelsesværdig."¹³⁵ Erling Borchert går et skridt videre og inddrager en traditionelt ophavsretlig term, og stiller det krav, at "produktet [må] besidde en passende grad af særpræg, *originalitet* [...] eller tilsvarende" (min kursivering).¹³⁶ Betragtningerne er vel fornuftige nok, derved at et produkt umuligt kan besidde en markedsposition, hvis den relevante kundekreds ikke er i stand til at skelne det fra de konkurrerende. Borcherts brug af begrebet »originalitet« kan dog lede tankerne i den uheldige retning af det ophavsretlige værksbegreb, med hvilken beskyttelsen i medfør af MFL § 1 grundlæggende har meget lidt til fælles. Det må i hvert fald erindres, at markedsomt »originalitet« ikke kan sidestilles med ophavsrettens krav om værkshøjde.

Kravet om særpræg er ikke et krav om hverken objektiv eller subjektiv nyhedsværdi.¹³⁷ Den kommercielle nyhedsværdi, der ligger i, at produktet har sin egen selvstændige identitet i markedet, er til-

¹³⁰ Borchert U.2009B.151 s. 156

¹³¹ Borchert U.2009B.151 s. 156

¹³² Madsen 2 2007 s. 133

¹³³ Madsen 2 2007 s. 133

¹³⁴ Madsen 2 2007 s. 129

¹³⁵ Madsen 2 2007 s. 130

¹³⁶ Borchert 2003 s. 163

¹³⁷ Madsen 2 2007 2 s. 133

strækkelig, uanset om produktet er baseret udelukkende på en sammenstilling af kendte fordele.¹³⁸

Det (kommercielle) særpræg kan først og fremmest knytte sig til selve produktets fremtoning, men også måden hvorpå produktet er markedsført må have betydning, da en sådan indarbejdelse selv sagt vil få betydning for produktets kommercielle adskillelsesevne.¹³⁹ Faktorer, såsom særpræget emballering eller et markant varemærke, kan videre forøge adskillelsesevnen.¹⁴⁰ Omvendt vil tilstedeværelsen på markedet af lignende produkter tale imod særpræg.¹⁴¹ Hvis et produkt ikke adskiller sig fra de øvrige på markedet, så har det selv sagt heller ikke noget marked at blive fortrængt fra.¹⁴²

Kun frembringelser, der er udtryk for en vis designmæssigt fri indsats, kan beskyttes. Et produkt, der alene er formgivet efter sit brugsmæssige formål, kan ikke siges at besidde særpræg, og må allerede derfor være udelukket fra beskyttelse. Kravet er dog ikke strengt. Erling Borchert anfører, at der ikke skal megen selvstændig formgivning til, før domstolene er villige til at beskytte overvejende tekniske produkter.¹⁴³ Udgangspunktet er imidlertid det samme, som kendes fra ophavsrettens håndtering af brugskunst, at produktets udformning ikke må være hverken rent funktionelt begrundet eller alene udtryk for en teknisk ide. Det er almindeligt antaget, at beskyttelse af sådanne foranstaltninger må søges andetsteds i immaterialretten.¹⁴⁴ I overensstemmelse hermed blev en spand i U 2004.835 H nægtet beskyttelse, da dens form overvejende var funktionelt begrundet. I U 1994.72 H var to madrassers lighed alene udtryk for den fælles "tekniske ide", som ikke nød beskyttelse. Til gengæld var en såkaldt farehytte tilstrækkeligt særpræget til at nyde beskyttelse i U 2001.1006 H.

På trods af, at domstolene således søger at holde rent teknisk formgivne produkter uden for den markedsføringsretlige beskyttelse, stiller Borchert sig kritisk over for særprægskravene, som han mener anlægges for lavt ved domstolene, idet tekniske produkter med "et minimum af overskydende formgivning" beskyttes.¹⁴⁵ Han kalder i det hele domstolenes krav til kommerciel adskillelsesevne "betænkelig", og han mener at have observeret en tendens til at give "stadigt mere banale produkter [...] markedsføringsretlig beskyttelse".¹⁴⁶

4.4.1 Indarbejdelse

Markedsføringsretten beskytter ikke produktet som sådant, uanset hvor meget særpræg det objektivt måtte besidde. Særpræget skal være kommet til udtryk i en markedsposition. Palle Bo Madsen bruger udtrykket "markedsrettet særpræg" til at beskrive kombinationen af særpræg i selve produktet og den tilknyttede markedsføringsindsats. Han anfører, at "det markedsrettet særpræg ikke alene [vil] afhænge af selve produktet [...], men også af den pågældende markedsføringsindsats."¹⁴⁷ Særpræg i selve genstanden har dermed kun betydning som den indirekte faktor, der gennem indarbejdelse skaber det »markedsrettet særpræg«. Et produkts kommercielle succes kan følgelig komme til at spille en rolle for beskyttelsesværdigheden.¹⁴⁸ Et objektivt set sparsomt særpræget produkt kan gennem indarbejdelse opnå et betydeligt markedsrettet særpræg.

Indarbejdelsessynspunktet indgår også i praksis som led i bedømmelsen af, hvorvidt et produkt er omfattet af MFL § 1's efterligningsbeskyttelse. Et eksempel ses i U 1999.1859 S, hvor både det "de-

¹³⁸ Borchert 2003 s. 167

¹³⁹ Madsen 2 2007 s. 132, Borchert 2003 s. 163

¹⁴⁰ Borchert U.2009B.151 s. 153

¹⁴¹ Borchert U.2009B.151 s. 153

¹⁴² Borchert 2003 s. 172

¹⁴³ Borchert 2003 s. 168

¹⁴⁴ Borchert 2003 s. 168

¹⁴⁵ Borchert 2003 s. 168

¹⁴⁶ Borchert 2003 s. 172

¹⁴⁷ Madsen 2 2007 s. 132

¹⁴⁸ Riis m.fl. 2011 s. 532

signmæssige særpræg” såvel som den ”meget omfattende markedsføringsindsats” af Montana-reolen blev fremhævet, som begrundelser for at produktet var beskyttet mod efterligninger.

Indarbejdsbetragtningen er altid nødvendig for at lade et produkt beskytte markedsføringsretligt. Et produkts særpræg giver ingen mening uden for den markedsposition, som særpræget udnytter sig i. Det er derfor uheldigt, når enkelte domspræmisser alene henviser til et produkts design/udseende, uden at tage stilling til den kommercielle betydning af dette. I U 2006.2128 V havde nogle fodboldtrøjer ”et sådant særpræg og er udtryk for en sådan selvstændig designindsats, at de efter MFL er beskyttet mod efterligninger”. En sådan argumentation er ufuldstændig. Som begrundelse for ophavsretlig værkshøjde kunne den være tilstrækkelig, men som begrundelse for efterligningsbeskyttelse efter MFL § 1 kan den kun udgøre første halvdel af rationalet. En fyldestgørende markedsføringsretlig argumentation må inkludere stillingtagen også til den konkrete positionering på markedet. På trods af, at overvejelsen ofte vil fremgå implicit, er det derfor uheldigt, når visse domspræmisser, som Palle Bo Madsen anfører, på denne måde ”kan synes at lade efterligningsbeskyttelsen efter MFL § 1 tendere i retning af en egentlig designbeskyttelse”.¹⁴⁹ Yderligere sløring af den immaterialretlige beskyttelses objekt versus markedspositionsværnet i MFL § 1 synes ikke påkrævet.

4.5 Dommen New Balance mod Bestseller

Et nyere eksempel på en uheldig objektiviseret tilgang til markedsføringsrettens efterligningsbeskyttelse findes i Sø- og Handelsrettens utrykte dom af 15.04.2010 (V-81-07). Afgørelsen fungerer udmærket til at illustrere, hvordan domstolene til tider skubber markedsbetragtningen i baggrunden til fordel for en både objektiviseret og kvalitetspræget særprægsbedømmelse.

Under sagen påstod New Balance sine ophavs-, varemærke-, design- og markedsføringsretlige rettigheder krænkede af Bestseller i kraft af Bestsellers efterligning af to New Balance-sko. Der var tale om såkaldte »retrodesigns«, hvor New Balance havde redesignet og -lanceret to af PF Flyers klassiske skomodeller efter opkøb af samtlige rettigheder til disse. Bestseller havde (blandt andet) ladet producere sko, som kunne minde herom, men bestred at disse skulle udgøre krænkende efterligninger, og at New Balance-skoene overhovedet var beskyttet design-, ophavs- og markedsføringsretligt.

Retten fandt hverken PF Flyers-skoene beskyttet efter OPHL eller som EF-designs, hvorved det markedsføringsretlige aspekt blev centralt. Efter gennemgang af skoens design, hvor blandt andet den ene skos ”elegante form” og ”veldefinerede proportioner” sammen med ”velovervejede detaljer” blev fremhævet, fandt Sø- og Handelsretten herefter uden videre, at skoene havde ”et sådant særpræg og [var] udtryk for en sådan selvstændig indsats, at de [var] omfattet af den beskyttelse mod efterligning, som følger af markedsføringslovens § 1”.

Særpræg og selvstændig indsats, i selv nok så overflødig grad, bør ikke i sig selv afføde markedsføringsretlig beskyttelse, og det er derfor problematisk, at retten undlod at henvise til skoens markeds-mæssige indarbejdelse. Hertil kommer, at Bestseller udtrykkeligt gjorde gældende, at ”New Balance [...] endvidere ikke [havde] erhvervet nogen markedsposition, som de [kunne] kræve beskyttet”. Dette taget i betragtning, burde præmisserne have indeholdt en tydeligere stillingtagen til dette spørgsmål. Hvis retten havde gjort sig overvejelser omkring positioneringen på markedet, så burde det også fremgå af præmisserne. Det er så central en del af markedsføringsretten, at det altid bør nævnes eksplicit.

Dernæst forekommer ordvalget i forbindelse med gennemgangen af skoens design uheldigt, da det leder tankerne i retning af en kvalitetsvurdering. En vurdering af produkternes udformning bør angå graden af særpræg og adskillelse fra andre lignende produkter på markedet, og ikke produkternes eventuelle æstetiske kvaliteter. Beskyttelse er ikke betinget af designmæssig skønhed, og skoens

¹⁴⁹ Madsen 2 2007 s. 130

elegance er derfor i og for sig underordnet. Et meget grimt produkt kan besidde akkurat samme særpræg som et nydeligt.

Bestsellers sko fandtes at udgøre ulovlige slaviske efterligninger af New Balances retrodesigns. Dommens resultat forekommer aldeles korrekt, på trods af at præmisserne lader noget tilbage at ønske.

4.6 LEGO II-dommen

En udmærket anvendelse af det markedsføringsretlige efterligningsværn findes i den såkaldte LEGO II-dom, hvor retten anvendte flere interessante momenter i sin bedømmelse. U 1995.92 S angik den såkaldte Byggis-klods, som i sin udformning var så lig Lego-klodsens, at disse kunne bygges sammen. Spørgsmålet var herefter, om dette udgjorde en ulovlig efterligning.

Retten fremhævede indledningsvis Lego-klodsens position på det danske marked som resultatet af "mangeårig omfattende produktudvikling og markedsføring", og at dette resultat burde beskyttes mod "meget nærgående produktefterligninger" efter MFL § 1. Retten fandt herefter, at Byggis-klodsens lighed med Lego-klodsens var tilstræbt, og at den frie adgang til at eftergøre den tekniske ide bag Lego-klodsens (grundet det udløbne patent) ikke "uden videre" berettigede Byggis til at udforme sine klodser, så de kunne substituere og sammenbygges med Legos.

"Hertil kommer", som retten udtalte, at Byggis i sin markedsføring af klodsens direkte eller indirekte havde angivet, at Byggis-klodsens var sammenbyggelig med Lego-klodsens, ligesom de på adskillige emballager havde vist en byggeklods, som bragte Legos varemærke i erindring.

På denne baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at Byggis-klodserne markedsførtes på en sådan måde, at "Byggis utilbørligt udnyttede[de] Legos position på det danske marked".

Præmisserne synes altså delt i to, hvor den første del alene omhandlede den tilstræbte lighed og tekniske kompatibilitet mellem klodserne, mens den anden tog stilling til markedsføringen. Hvilken betydning henholdsvis selve efterligningen og den utilbørlige markedsføring har spillet i afgørelsen, fremgår ikke klart, men som Palle Bo Madsen anfører, ville det "formentlig være en overfortolkning af dommen, hvis man lod det første helt overskygge det sidste"¹⁵⁰ At en efterligning ikke »uden videre« er berettiget, betyder ikke omvendt, at den automatisk er ulovlig. Særligt med rettens indledende fremhævelse af Lego-klodsens markedsposition som det beskyttelsesværdige efter MFL § 1 in mente må det stå klart, at det var Byggis' *markedsføring* af efterligningerne, der var illoyal. Udformningen af en identisk byggeklods var ikke i sig selv illoyal, men den konkrete markedsføring søgte at snylte på den goodwill og anerkendelse, som Lego-klodsens nød.

Samtidig må det nok også erkendes, at en ganske identisk byggeklods i realiteten næppe vil kunne bringes på markedet, så den ikke udnytter Lego-klodsens markedsposition utilbørligt. Sammenbyggingsmuligheden giver kopiproduktet en umiddelbar mulighed for afsætning til Legos ganske betydelige afsætningskreds, som det ellers ikke ville have haft, og produktet kan derfor konkurrere med originalproduktet, på en måde som et inkompatibelt produkt aldrig vil kunne.

Problemet ved at udforme et kompatibelt produkt, hvor dette ingenlunde er teknisk påkrævet (såsom byggeklodser), er og bliver, at det eneste logiske formål med kompatibiliteten er at opnå adgang til originalproduktets kundekreds via genvej. Dette vil sjældent være overensstemmende med god markedsføringsskik.

Det kan dog muligvis lade sig gøre. I den lignende dom U 1961.46 H (LEGO I) fandt retten ikke, at Puwi-systemets sammenbyggingsmulighed og farvesammenfald med Lego var i strid med redelig forretningsskik. Blandt andet var Puwi-klodsens søgt differentieret fra Legos gennem emballeringen (i

¹⁵⁰ Madsen 2 2007 s. 149

modsatning til Byggis' forsøg på associering), ligesom produktet var videreudviklet i forhold til Legos.

4.7 Sammenfatning

Korrekt anvendt udgør markedsføringsretten et potent retsværn mod efterligninger. Den fungerer endvidere som et udmærket supplement til beskyttelsen ydet efter de immaterialretlige regelsæt, som i deres natur ikke er egnede til at varetage markeds-mæssige hensyn. Netop denne forskel i beskyttelsessigtet er afgørende. Immaterialretten har objekter, som i sig selv er beskyttelsesværdige; markedsføringsretten har kun et krav om »god markedsføringsskik«. Efterligninger er følgelig ikke ulovlige i sig selv, som de er i immaterialretten. De er ulovlige, fordi de er udtryk for illoyal adfærd.

Hvis efterligninger herefter skal findes at være markedsføringsretligt retsstridige, må det være af grunde, der ligger uden for produktet selv. Et ubeskyttet produkt kan besidde en markedsposition, som en udbyder af et konkurrerende produkt ikke må tage utilbørlig fordel af. Af dette krav udspringer det markedsføringsretlige efterligningsværn.

Visse domme skubber markedsaspektet i baggrunden i fokuseringen på produktets særpræg eller undlader helt - som det ses i New Balance mod Bestseller – at tage stilling til det. Ud fra en naturlig forståelse af markedsføringsretten, kan dette næppe være korrekt. Og ud fra en nyttevurdering næppe heller særligt gavnligt for et sundt marked. I en kommentar til LEGO II udtaler Palle Bo Madsen noget ganske væsentligt: "[E]t *loyalt* salg, af helt eller delvis identiske produkter, som *hverken* rummer risiko for vildledning af aftagerne *eller* snylteri på konkurrentens goodwill, bør ikke være ugleset, men tværtimod anerkendes som en sund konkurrenceskabende faktor."¹⁵¹

5 Den markedsføringsretlige beskyttelses omfang og bredde

5.1 Konkurrencens forudsætninger – det frie marked

Et sundt marked eksisterer i området mellem for meget og for lidt konkurrence. Den nedre grænse sættes af konkurrenceretten, hvor markedsføringsretten i den anden ende af skalaen søger at sætte den øvre grænse for tilladelig konkurrerende adfærd, ved at afskære for aggressiv eller hård konkurrence.¹⁵² Den ønskelige markedsadfærd befinder altså sig mellem disse to yderpunkter. De erhvervsdrivende tilpligtes at konkurrere, men det skal ske med tilbørlige midler. Det er derfor med konkurrence som en grundlæggende sund og ønskværdig størrelse in mente, at markedsføringsretten må forstås.

Den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse baserer sig på kravet i MFL § 1 om erhvervsdrivendes udvisning af "god markedsføringsskik". Om dette krav er der først og fremmest at sige, at accepten af konkurrerende markedsadfærd nødvendigvis også indebærer en accept af det uundgåelige resultat i form af økonomiske vindere og tabere.¹⁵³ Udkonkurreringen af en anden erhvervsdrivende – som følge af udbud af et bedre produkt eller bedre markedsføring af et tilsvarende (eller ringere) – kan dermed ikke i sig selv stride mod god markedsføringsskik. Der er som udgangspunkt intet i vejen for, at et produkt fortrænger et andet fra sit veletablerede marked med økonomisk tab til følge, så længe dette gøres med ærlige midler. Beskyttelse mod efterligninger i kraft af MFL § 1 kan kun komme på tale, i det omfang den efterlignende aktivitet besidder et yderligere illoyalt moment.

Hvor loyalitetsgrænsen for produktefterligninger konkret skal trækkes, er en vanskelig afvejning af to uforenelige hensyn: En for stramt anlagt vurdering vil vanskeliggøre pris- og produktkonkurrence,

¹⁵¹ Madsen 2 2007 s. 149

¹⁵² Riis m.fl. 2011 s. 20

¹⁵³ Riis m.fl. 2011 s. 20

hvor en for snæver vurdering vil medføre uvillighed til investering i og udvikling af nye produkter.¹⁵⁴ Palle Bo Madsen anfører, at "[d]et afgørende er, om efterligneren, når alt tages i betragtning, i for høj grad – utilbørligt – tilegner sig en økonomisk fordel af en andens markedsmæssige indsats."¹⁵⁵

Konkurrence på et frit marked forudsætter adgang til gensidig produkttilpasning. Det er, som Palle Bo Madsen formulerer det, ganske naturligt at konkurrenter tager "bestik af hinanden" og tilpasser sig hinandens ideer og produkter.¹⁵⁶ Overhovedet at producere salgbare produkter er betinget af en evne til løbende at tilpasse sig tidens krav.¹⁵⁷ Brud på god markedsføringsskik kommer følgelig kun på tale, hvor udnyttelsen af en konkurrents indsats er særligt grov.

5.2 Subjektive forhold

I lighed med ophavsrettens krav, forudsætter markedsføringsretlig ulovlighed ond tro hos efterligneren. Begge regelsæt forudsætter subjektivt kendskab til originalen og benyttelse af dette kendskab i udformningen af egen frembringelse. Det markedsføringsretlige krav om ond tro strækker sig imidlertid videre til et krav om direkte ond vilje, og forudsætter et subjektivt ønske om, at ligheden har skullet få betydning på markedet. At et produkt er udformet med et andet som forbillede, er således ikke i sig selv en markedsføringsretlig angribelighed. MFL yder kun beskyttelse mod egentlige efterligninger, hvor der hos efterligneren findes en tilegnelsehensigt eller et subjektivt ønske om produktlighed.¹⁵⁸ Han skal have tilstræbt ligheden og bevidst villet udnytte konkurrentens produkts position. Palle Bo Madsen omtaler dette som et krav om "kvalificeret ond tro".¹⁵⁹

Noget selvfølgelig – men ikke desto mindre særdeles væsentligt – er det, at kravet om »ond vilje« ikke samtidig er et krav om forsæt til retsstridighed. En efterligner vurderer selv, hvor tæt han tør gå på et konkurrerende produkt; hvis han trækker tilbørlighedsgrænsen forkert, er det hans eget ansvar.¹⁶⁰

I tilfælde af meget stor objektiv lighed mellem produkter, spiller kravet om ond vilje en noget tilbagetrukket rolle. Domstolene lader ikke til at have meget til overs for decideret slaviske kopier, og påberåbelse af tilfældighed eller dobbeltfrembringelse bliver ofte tilgået og afvist noget rutinemæssigt. Et eksempel ses i U 2006.2128 V, hvor nogle fodboldtrøjer var så "påfaldende tæt på hinanden, at dette ikke [kunne] bero på en tilfældighed, men [måtte] være udtryk for en direkte kopiering".

Illoyaliteten må vurderes på baggrund af den markedsmæssige adfærd, og ond tro kan følgelig foreligge både i producent- og forhandlerled. Afgørelsen U 1982.987 S illustrerer dette. Sagen omhandlede et polsk produceret glas, som blev importeret og markedsført i Danmark i konkurrence med et lignende velkendt dansk glas. Med en lidt mærkværdig argumentation fandt retten det danske glas beskyttet som værk, men afviste ophavsretlig krænkelse. Derimod fandtes importøren at have handlet i strid med god markedsføringsskik ved, med kendskab til det danske glas, at have markedsført det polske, resulterende i "nærliggende forvekslingsmulighed for det købende publikum".

5.3 Forvekslelighed

Retsstridighed i produktefterligningssituationen må som udgangspunkt kræve, at efterligningen udmønter sig i en kommerciel forvekslelighed eller substitutionsmulighed.¹⁶¹ Det er imidlertid ikke gan-

¹⁵⁴ Borcher 2003 s. 173

¹⁵⁵ Madsen 2 2007 s. 128

¹⁵⁶ Madsen 2 2007 s. 129

¹⁵⁷ Borcher 2003 s. 173

¹⁵⁸ Borcher 2003 s. 178-179, Madsen 2 2007 s. 138

¹⁵⁹ Madsen 2 2007 s. 138

¹⁶⁰ Madsen 2 2007 s. 138

¹⁶¹ Madsen 2 2007 s. 138

ske afklaret, om forvekslelighed må antages som en absolut forudsætning for en efterlignings ulovlighed.

Palle Bo Madsen anvender et forvekslelighedskriterium, som han ser udtrykt i et krav om ”*praktisk markeds­mæssig identitet* eller kommerciel substituerbarhed”. Markeds­mæssig identitet foreligger ikke kun i tilfælde af direkte forvekslelighed, men også hvor produkter vil opfattes som værende ”lige­værdige” eller ”substituerbare” i kundekredsen.¹⁶² En lignende terminologi genfindes hos Thomas Riis, som ligeledes taler for, at yderligere illoyale forhold kan bringe en produktefterligning inden for MFL § 1’s område, også hvor utilbørligheden ikke er forårsaget af produkternes lighed i sig selv.¹⁶³ Tilsvarende relaterer Bent Ole Gram Mortensen forveksleligheden til et kriterium om ”praktisk markeds­mæssig identitet”.¹⁶⁴ Han ser det i udgangspunktet som betingelse, for at der overhovedet er en beskyttelses­værdig interesse, at produkterne er forvekslelige, men anfører videre at illoyal tilegnelse af andres indsats kan være i strid med MFL, selv hvor der ikke er tale om forvekslelighed.¹⁶⁵

Den gængse opfattelse i teorien er altså nogenlunde samstemmende, at krænkel­ses­bedømmelsen knytter sig til et forvekslelighedskriterium, hvor ulovlighed efter MFL § 1 i udgangspunktet forudsætter forvekslelighed/vildfarelse i kundekredsen – dog således at yderligere illoyale momenter kan gøre en ellers lovlig produktefterligning retsstridig, også uden for området for egentlig forvekslelighed.

Erling Borchert har foretaget en sammenholdning af præmisserne i et større antal afgørelser, hvor der er sket domsfældelse efter MFL § 1, og på denne baggrund påvist, at forvekslelighedskriteriet anvendes som et blandt flere (inkluderende blandt andet tilstræbt lighed og markedsfor­trængning), snarere end som en absolut forudsætning for en efterlignings ulovlighed.¹⁶⁶ Ganske i tråd med den herskende opfattelse, har han videre vurderet, at der er ”megen logik i at anvende et forvekslingskriterium”, men også, at det ikke bør være ”eneafgørende for bestemmelsens beskyttelses­omfang”.¹⁶⁷

I en nyere artikel fra 2009 lader Borchert imidlertid til at knytte produktefterligningers ulovlighed noget snævrere til et forvekslelighedskriterium. Han beskriver i artiklen, hvorledes der med afgørelsen U 2008.1834 H, hvor (tilstræbt) substitutionsmulighed i fraværet af forvekslingsfare ikke var retsstridig, må siges at være sket en afklaring af retstilstanden, således at forvekslelighed nu kan betragtes som en egentlig forudsætning for en efterlignings markedsføringsretlige ulovlighed.¹⁶⁸

Borcherters tolkning af dommen er ganske vid, og konklusionen ikke umiddelbart indlysende. Præmisserne i den behandlede dom synes ikke at inkludere en generel stillingtagen til forvekslelighedsproblematikken, men fremstår tværtimod ganske konkret begrundet. Det anførte synspunkt, at retstilstanden skulle harmonere bedre med norsk og svensk markedsføringsret,¹⁶⁹ virker heller ikke solidt, da det må erindres, at det danske regelsæt som det eneste af de tre ikke indeholder en specialbestemmelse vedrørende efterligninger. Hvor den norske og svenske generalklausul kan nøjes med at fange de tilfælde af illoyal adfærd, som ikke fanges af specialbestemmelserne, må den danske generalklausul således naturligt favne bredere. Hvis den danske tolkning af generalklausulen ender med at modsvare den svenske/norske tolkning af de respektive specialbestemmelser, vil den samlede danske markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse i det hele bevæge sig længere væk fra den

¹⁶² Madsen 2 2007 s. 134

¹⁶³ Riis m.fl. 2011 s. 546-548

¹⁶⁴ Mortensen og Steinicke 2011 s. 301

¹⁶⁵ Mortensen og Steinicke 2011 s. 302-303

¹⁶⁶ Borchert 2003 s. 181-182

¹⁶⁷ Borchert 2003 s. 185

¹⁶⁸ Borchert U.2009B.151 s. 155

¹⁶⁹ Borchert U.2009B.151 s. 155

øvrige skandinaviske. Tidligere fremførte Borchers i øvrigt også selv det synspunkt, at en "bredere forståelse af dækningsområdet" af den danske generalklausul ville resultere i større overensstemmelse med norsk og svensk ret.¹⁷⁰

Hvis Borchers tolkning af dommen er korrekt, og risiko for forveksling i omsætningskredsen dermed er en forudsætning for efterligningers ulovlighed, forekommer de praktiske konsekvenser ganske vidtrækkende. Forvekslingsfare kan stort set altid afhjælpes ved at gøre klart opmærksom på, at der er tale om et (billigere) kopiproduct, og der åbnes dermed en dør på vidt gab for endda helt platte slaviske eftergørelser.

Det kan imidlertid give mening at reservere selve efterligningstermen til de situationer, hvor forvekslingsfare foreligger, så længe man holder sig den væsentlighed for øje, at MFL § 1 også hindrer illoyal adfærd uden for produktefterligningssituationen. Om man vil kvalificere øvrig snyltende adfærd som »produktefterligning« eller ej, er dermed mindre vigtigt.

For den samlede tolkning af MFL § 1 virker det stadig mest korrekt at henholde sig til Borchers tidligere udsagn, hvorefter en "overtrædelse af bestemmelsen meget vel [kan] foreligge, uden at produktsammenfaldet er så betydeligt, at der er risiko for vildledning af køberne", og at "[d]enne form for markedsfortrængning er et klart eksempel på en overtrædelse af markedsføringslovens § 1, uagtet der ikke foreligger en egentlig vildfarelse i kundekredsen".¹⁷¹

5.4 Krænkelsessituationen

En central forudsætning for den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse er en form for identitet mellem original- og kopiproduct. Der skal være en eller anden grad af sammenfald mellem produkterne, før der kan være tale om en »kopi«. Dette gælder sådan set, uanset om forvekslelighed antages som absolut krav eller ej, da produkterne stadig skal være sammenfaldende i et eller andet omfang, før forvekslingsrisikoen giver mening at overveje.

Identiteten baserer sig på en fiktiviseret lighedsvurdering, som først og fremmest inkluderer selve produkternes fysiske fremtoning, men også omfatter momenter såsom vare- og branchelighed og aftagerkredsens sagkundskab.¹⁷² Det er på denne baggrund, at produkters lighed *overordnet* må vurderes.

Hernæst følger spørgsmålet, om hvor megen lighed, der så *konkret* kan tillades efter MFL § 1. Grænsen for, hvor tæt et efterligningsproduct kan lægge sig op ad en original, er ikke fast, men varierer alt efter produkttyper, handelsbrug og originalproductets særpræg.¹⁷³ En ganske striks grænsedragning besværliggøres yderligere derved, at illoyal markedsføring kan skubbe et ellers tilladeligt kopiproduct ud over tilbørlighedsgrænsen i MFL § 1. Dette vil eksempelvis kunne komme på tale, hvor en efterligner ved emballering, produktopstilling eller annoncering søger at snylte på originalproductets goodwill,¹⁷⁴ eller hvor efterligning foretages systematisk eller gentagne gange.¹⁷⁵

Til trods for både lighedsvurderingens og efterligningsadgangens kompleksitet er realiteten dog, at det helt centrale element i bedømmelsen er og bliver frembringelsernes *fremtoningsmæssige lighed*.¹⁷⁶ Dette er for så vidt ganske naturligt, eftersom MFL § 1 søger at beskytte den erhvervsdrivende mod illoyal markedsfortrængning og snyltende adfærd, hvilket for produktefterligninger normalt

¹⁷⁰ Borchers 2003 s. 186

¹⁷¹ Borchers 2003 s. 185-186

¹⁷² Madsen 2 2007 s. 134

¹⁷³ Madsen 2 2007 s. 141, Riis m.fl. 2011 s. 546, Borchers 2003 s. 186-187

¹⁷⁴ Riis m.fl. 2011 s. 547-548

¹⁷⁵ Borchers 2003 s. 190

¹⁷⁶ Borchers 2003 s. 181

må forudsætte "ganske betydeligt" sammenfald mellem original og kopi, som Erling Borchert udtrykker det.¹⁷⁷

Det er således almindeligt antaget, at det kun er mod nærgående kopier, at markedsføringsretten kan udgøre et værn.¹⁷⁸ Dette er det maksimale omfang af beskyttelsen, der på visse områder indsnævres yderligere til at omfatte alene slaviske kopier.¹⁷⁹

5.5 Varierende beskyttelsesbredde

Med produkternes fysiske lighed som kernepunkt, er det muligt at opstille visse overordnede regler for domstolenes vurdering af bredden af den markedsføringsretlige produkt efterligningsbeskyttelse, som den varierer med produkttyper og særpræg.

5.5.1 Grad af særpræg

På basis af domsanalyser siger Erling Borchert om betydningen af særpræg i produktet, at "[p]rodukter med ringe særpræg [...] gives en snæver retsbeskyttelse", hvorimod der "gives det originale og/eller velindarbejdede produkt en bredere beskyttelsessfære".¹⁸⁰ Tilsvarende holdning udtrykkes af Thomas Riis, hvorefter "[g]raden af originalproduktets designmæssige særpræg har betydning for beskyttelsesomfanget. Således udmåles et bredere værn ved mere særprægede produkter og et ganske snævert værn for produkter uden væsentligt særpræg".¹⁸¹

Opfattelsen er da også i overensstemmelse med retspraksis, som først og fremmest synes at tildele produkter med ringe designmæssigt særpræg en snæver beskyttelsessfære, således at et kopiproduct i visse tilfælde må lægge sig så tæt op ad originalen, at det udgør en slavisk efterligning eller fremstår næsten identisk. I U 2007.951 H var beskyttelsen af en lampe reduceret til "slaviske og meget nærgående efterligninger". Et yderligere nyligt eksempel på den snævre beskyttelse af meget lidt særprægede frembringelser findes i U 2006.600 H, hvor Adidas ikke var i stand til at forsvare sine tre striber (hverken varemærke- eller markedsføringsretligt) mod nogle jakkers lignende fire-stribede udsmykning. Tilsvarende er produkter med større grad af særpræg beskyttet bredere. I U 1999.1859 S fremhævede retten Montana-reolsystemets "designmæssig[e] særpræg", og fandt at det følgerlig måtte "nyde beskyttelse mod nærgående efterligninger".

5.5.2 Produkttyper

Visse produkttyper besidder i deres natur meget lidt fremtoningsmæssigt særpræg. Dette gælder først og fremmest produkter af teknisk karakter, hvor udformningen er resultatet af de bagvedliggende tekniske hensyn. Et produkt udformet alene efter sin funktion kan ikke besidde særpræg, eftersom det nødvendigvis vil være lig ethvert andet produkt med samme funktion. Heraf følger, at tekniske produkter i udgangspunktet er underlagt en noget snæver beskyttelse.¹⁸²

Da det på den anden side også er givet, at produkter af teknisk karakter kan formgives, ud over hvad deres formål dikterer, er det umiddelbart også klart, at udgangspunktet må fraviges for produkter, der trods deres tekniske formål er udtryk for selvstændig designindsats.¹⁸³

Hos domstolene løses problemet jævnlige ved at bortse fra det tekniske element i formgivningen. Alene det tilovers blivende sammenfald – som altså ikke længere kan være betinget af tekniske hensyn – er herefter interessant for lighedsvurderingen. Tilgangen ses anvendt i U 1992.704 H, hvor

¹⁷⁷ Borchert U.2009B.151 s. 154

¹⁷⁸ Riis m.fl. 2011 s. 544, Borchert U.2009B.151 s. 154

¹⁷⁹ Borchert U.2009B.151 s. 155

¹⁸⁰ Borchert 2003 s. 187

¹⁸¹ Riis m.fl. 2011 s. 546

¹⁸² Borchert 2003 s. 187

¹⁸³ Riis m.fl. 2011 s. 554

Højesteret udtalte: "Der er i det ydre udseende meget betydelig lighed mellem slibevalserne, men det beror på, at udseendet i alt væsentligt er bestemt af valsernes tekniske funktion. De nævnte ligheder kan herefter ikke medføre, at de indstævnte ved fremstillingen og salget af valserne har overtrådt markedsføringslovens § 1."

Produktets overordnede karakter som konsumprodukt eller mere varigt gode må også tages i betragtning. Med forvekslingssynspunktet in mente er dette ganske naturligt, idet forveksling må forekomme mere nærliggende, for produkter der anskaffes uden videre eftersyn, end hvor produktet har været genstand for undersøgelse og overvejelse.¹⁸⁴ Resultatet bør blive, at jo mere overvejelse de potentielle købere må siges at gøre sig om udvælgelsen, desto tættere må en efterligner gå på produktet.

5.5.2.1 Modevarer

Modevarer, og særligt modetøj, er et eksempel på en klasse af varer, der som helhed kun ydes ganske snæver beskyttelse mod efterligninger. Gennem nyere retspraksis kan beskyttelsesområdet for almindeligt modetøj efterhånden formuleres ret præcist som et forbud mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed, men ikke mod selv forholdsvis nærgående efterligninger.¹⁸⁵ I tråd med det tidligere behandlede konkurrencemæssige hensyn, giver den begrænsede beskyttelse på dette område udmærket mening. Moden opstår og udvikles i vidt omfang gennem gensidig design-tilpasning, hvor producenter henter inspiration fra og lægger sig ganske tæt op ad hinanden. Overhovedet at fremstille et afsætteligt modeprodukt er betinget af en evne til at ramme tidens strømninger ret præcist, og særligt for modetøj er der som oftest meget lidt spillerum i den sammenhæng. Falder et produkts design uden for tidens trend, er det uafsætteligt. Det konkurrencemæssige hensyn til ikke at begrænse den gensidige tilpasningsadgang unødigt er altid af betydning i markedsføringsretten, men særligt for modevarer må det være yderligere vægtigt. Det ligger simpelthen i modens natur, at de pågældende produkter nødvendigvis må have stor lighed med andre på markedet, og andet end en snæver efterligningsbeskyttelse vil gøre konkurrence umulig.

På samme måde som et produkts formgivning efter dets funktionelle/tekniske formål reducerer særpræget og dermed beskyttelsesomfanget, kan modevarers begrænsede beskyttelsesfære også opfattes som et udtryk for en ringe særprægsgrad i produktklassen i almindelighed.¹⁸⁶ For modevarer gælder det, at den gensidige tilpasning resulterer i en række fællestræk, hvorved produkterne i vidt omfang kommer til at ligne hinanden. Den udtryksmæssige lighed forårsaget af mere eller mindre grove indbyrdes efterligninger (eller inspirationer om man vil) er vel netop selve modens grundbestanddel.

Parallellen til domstolens fratæknning af de teknisk dikterede elementer i et produkts formgivning synes her naturlig at drage, hvorefter de fællestræk, der er begrundet i almindelige modehensyn, ikke kan indgå i vurderingen af produktsammenfaldet. Sammenholdt med den kendsgerning, at modeartiklers udseende jævnlige ses dikteret alene af modestrømningen, kan produkterne ende med at være endda ganske svære at beskytte mod efterligninger. Således anfører Palle Bo Madsen: "Efter omstændighederne kan det være vanskeligt overhovedet at skabe et beskyttelsesværdigt særpræg, når man blot følger en bestemt modestrømning. Den kommercielle differentiering mellem produkterne/producenterne forekommer her væsentligst knyttet til de anvendte varemærker."¹⁸⁷

Resultatet kan virke stødende, at jo renere et produkt er i stand til at ramme ind i modestrømningen, desto sværere er det at beskytte mod efterligninger. Det er derfor væsentligt at holde sig for

¹⁸⁴ Borcher 2003 s. 186-187

¹⁸⁵ Borcher U.2009B.151 s. 155

¹⁸⁶ Madsen 2 2007 s. 141

¹⁸⁷ Madsen 2 2007 s. 141

øje, at det er den selvstændige designindsats og den resulterende markeds-mæssige identitet, der er beskyttelsesværdig, og ikke producentens evne til dygtigt at kopiere eksisterende produkter.

5.5.3 To 2004-domme om modetøj

To Højesteretsdomme fra 2004 formulerer ret klart beskyttelsessfæren for almindeligt modetøj uden særligt særpræg.

Beskyttelsen havde, ifølge SØ- og Handelsrettens praksis, hidtil med nogenlunde klarhed været koncentreret om et forbud mod identiske eller næsten identiske efterligninger. Eksempler herpå findes i U 1987.240 S, hvor det forhold, at produkter inden for beklædningsbranchen ofte " fremtræder med et særdeles tydeligt præg af ensartethed", dog ikke berettigede sagsøgte til at fremstille "praktisk talt identiske efterligninger af en anden fabrikants – her sagsøgerens – produkter", og U 1993.428 S, hvor en sweatshirt havde sådant "beskedent særpræg", at den var beskyttet "over for andre sweatshirts, der må anses for identiske eller næsten identiske med den". Beskyttelsen af tøj og beklædning var altså tydeligt indsnævret som følge af den generelt lave grad af særpræg i produkterne. Det præcise omfang af beskyttelsen var imidlertid ikke afklaret, ligesom det ikke fremgik klart, for hvilke produkter den begrænsede beskyttelse ville komme på tale. Dette ændrede sig med dommene U 2004.737 H og U 2004.1302 H, hvor Højesteret beskrev beskyttelsen af modevarer med ringe særpræg ganske klart i en formulering, som flere gange senere er gentaget i efterfølgende domme, og som nu må anses for at udgøre gældende ret på området. Modevarer med ringe særpræg er herefter kun beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed.

Den første dom, U 2004.737 H, omhandlede Bestsellers markedsføring af en buksemodel »Streetpocket P«, som ifølge Diesel udgjorde en slavisk og dermed ulovlig efterligning af deres »Kannothe«-bukser. Begge modeller var i army-look og fremstod meget ens uden væsentlige designelementer. Højesteret fandt da også, at der var "tale om en *modevare med et meget ringe særpræg* i forhold til en række andre lignende bukser", men dette til trods var produktet "efter markedsføringslovens § 1 [...] beskyttet mod *slaviske efterligninger og hvad der må sidestilles hermed, men ikke mod selv forholdsvist nærgående efterligninger*" (mine kursiveringer). I kraft af Diesels placering af et udvendigt varemærke, afvigelse i lukningen, sidelommer og stofkvalitet fandt retten herefter, at Streetpocket P fremtoningsmæssigt afveg tilstrækkeligt fra Kannothe til ikke at udgøre et brud på god markedsføringskik, og Bestseller frifandtes derfor.

Dommen er interessant i kraft af sin klarhed. Lidt overraskende lod Højesteret MFL § 1 omfatte et produkt med "meget ringe særpræg", men begrænsede til gengæld den resulterende efterligningsbeskyttelse til slaviske efterligninger. Retten udtrykte sig i præmisserne ganske kort og generelt, og dommen kan dårligt anses for andet end en generel stillingtagen til modevarers beskyttelsessfære.

Dommen illustrerer i øvrigt, hvor tæt man reelt kan gå på et modeprodukt uden at bryde med god markedsføringskik. Det er naturligvis umuligt at forudse, hvor Højesteret konkret vil trække grænsen for, hvornår en »nærgående« efterligning bliver direkte »slavisk«, men det udseendemæssige sammenfald mellem Kannothe/Streetpocket P-bukserne taget i betragtning må det erkendes, at der skal endda ganske meget til. De udseendemæssige forskelle mellem Diesels og Bestsellers modeller var minimale, og et eventuelt udvisket erindringsbillede hos køberen kan i hvert fald ikke findes afgørende for denne type produkter.

I den anden dom, U 2004.1302 H, var Bestseller igen på banen. Tvisten omhandlede denne gang to buksemodeller og en nederdelmodel, som D.CO anså for at være slaviske efterligninger af modeller, som blev markedsført af dem. Under anbringende af, at der forelå overtrædelse af MFL § 1, søgte D.CO at hindre modellernes markedsføring af Bestseller.

Om den ene buksemodel udtalte Højesteret, at den fremtrådte som en "almindelig modevare med et meget enkelt design og med ringe særpræg", og fastslog igen at "en sådan vare efter markedsfø-

ringslovens § 1 kun [er] beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed.” På baggrund af forskelle mellem D.CO’s og Bestsellers modeller fandt retten herefter ikke, at Bestseller havde handlet i strid med god markedsføringskik ved markedsføringen af deres model.

I relation til den anden buksemodel var der slet ikke tale om nogen efterligning fra Bestsellers side, hvorfor der også skete frifindelse for så vidt angik denne.

DC.O’s nederdelmodel anså Højesteret som en ”modevare med beskedent særpræg”, men grundet Bestsellers kopiering af nogle snoretræk, som ”ikke alene” havde karakter af en teknisk løsning, og den i øvrigt ”betydelige lighed” mellem nederdelene, fandt rettens flertal, at Bestseller ved markedsføring af deres model havde handlet i strid med god markedsføringskik.

I begge domme havde Sø- og Handelsretten som første instans fundet overtrædelse af MFL i videre omfang. Palle Bo Madsen ser dette som Højesterets ”understregning af, at »moderigtige« produktligheder i vidt omfang må accepteres”.¹⁸⁸

Den klare linje udstukket af Højesteret er blevet fulgt i senere afgørelser, hvor det videre er gjort klart, at den i udgangspunktet begrænsede beskyttelsesbredde for beklædningsgenstande også omfatter sko. I U 2008.446 H var en Puma-sko en ”modevare med ringe særpræg”, og følgelig kun ”beskyttet mod slavisk efterligning, og hvad der må sidestilles hermed”.

5.5.4 Nørgaarddommen

Samme linje følges i den utrykte Højesteretsdom af 06.10.2011 (102/2009). Dommen er imidlertid videre interessant, særligt på grund af rettens (herunder også dissensens) præmisser, der udmærket illustrerer de tankeprocesser, der ligger bag Højesterets begrænsning af modevarers efterligningsbeskyttelse.

Sagen omhandlede Rebecca Mode’s markedsføring af en T-shirt »Heart Beat Style Drop Needle«, og nærmere hvorvidt dette udgjorde en krænkelse af J. Nørgaards eventuelle ophavsret til T-shirtmodellen »NØRGAARD PAA STRØGET NO. 101« eller en overtrædelse af MFL. Der var tale om to udseendemæssigt temmeligt ens T-shirts i bomuld med rouleauer på hals og ærmer. Begge T-shirts var endvidere kreeret med samme såkaldte drop-needle-strikteknik. De væsentligste forskelle mellem modellerne var Nørgaard-T-shirtens rundstrikkede torso og mere kropsnære pasform i modsætning til Rebecca Mode-modellens sidesyninger og løsere pasform.

I lighed med Sø- og Handelsretten fandt Højesteret ikke Nørgaard-T-shirten ophavsretligt beskyttet som værk. Til gengæld fandt den (under henvisning til Sø- og Handelsrettens præmisser), at modellen havde ”den til markedsføringsretlig beskyttelse fornødne adskillelsesevne” baseret på dens betydelige anseelse, velkendthed, stærke markeds-mæssige identitet og indarbejdede markedsposition.

Spørgsmålet var herefter, om Rebecca Mode var gået for tæt på Nørgaards design. Om dette sagde flertallet: ”Nørgaards T-shirt [er] en frembringelse af betydelig enkelhed, og den består udelukkende af velkendte design- og formelementer”. Med henvisning til de to ovenfor behandlede domme fra 2004 udtalte det herefter, at ”en sådan vare [er] – selv om den er velkendt – efter markedsføringslovens § 1 kun beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed”. På baggrund af en række konstaterede forskelle mellem de to T-shirts fandt flertallet derefter, at der ikke var tale om en ”slavisk efterligning, eller hvad der må sidestilles hermed”, og stemte derfor for at tage Rebecca Modes frifindelsespåstand til følge.

Flertallets, og dermed Højesterets, begrundelse og resultat stemmer overens med tidligere praksis, og henvisningen til henholdsvis U 2004.737 H og U 2004.1302 H fungerer som en yderligere vedkendelse af den anlagte tolkning. Den indskrænkede beskyttelsesfære er igen ikke konkret begrundet,

¹⁸⁸ Madsen 2 2007 s. 142

men derimod udtryk for en generel stillingtagen. Interessant er det dog, at præmisserne ikke nævner T-shirtens status som modevare. Den begrænsede beskyttelse ses alene som et udslag af produktets ”betydelig[e] enkelthed” samt det faktum, at den bestod udelukkende af ”velkendte design- og formelementer”. Dette er særdeles vigtigt. Af tidligere domme fremgik det ikke ganske klart, i hvilket omfang det springende punkt i den indskrænkede markedsføringsretlige beskyttelse var produkternes karakter af modevarer eller deres begrænsede særpræg. Argumenterne var sammenblandet i formuleringer af typen »modevare med ringe særpræg«. Med udeladelsen af modevareargumentet, fremstår det noget klarere, at det afgørende for Højesteret er produkternes lave grad af selvstændig designmæssig indsats. Dog virker det – særligt med henvisningen til de tidligere afgørelser – stadig korrekt at opfatte den ringe særprægsgrad som noget karakteristisk for modevarer i almindelighed, hvorved en kategorisering af en vare som »modeprodukt« stadig er af betydning.

Hvis tolkningen er korrekt, må den begrænsede beskyttelse ifølge præmissernes ordlyd opfattes som uafhængig af produkttype og dermed universel. Den koncentrerer sig dermed ikke længere kun om modevarer, men om alle markedsførte produkter over en bred kam. Ethvert produkt baseret på velkendte designelementer – og hvilket som følge heraf fremstår med betydelig designmæssig enkelthed – er alene beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed.

Et afgørende spørgsmål bliver herefter, hvorvidt der kan sættes lighedstegn mellem en vares designmæssige enkelthed/basering på velkendte designelementer, som det udtrykkes i Nørgaarddommen, og decideret »ringe særpræg« som det kendes fra andre domme. Højesteret henviser til tidligere afgørelser, hvor formuleringen indgår, men har samtidig udeladt af sine egne præmisser en henvisning til særprægsgraden. Det fremgår som resultat heraf ikke indlysende, hvorledes dommens formuleringer må forstås i relation til en vares ydre særpræg, ligesom den indbyrdes vægtning (og det eventuelle sammenfald) mellem momenterne »betydelig enkelthed« og »basering på kendte designelementer« er uklar. Uden yderligere retspraksis synes parallellen endnu for vidtgående at drage.

Mindretallet i Højesteret bestod af en dissentierende dommer, som i sine præmisser fremstillede nogle interessante synspunkter. På baggrund af skønsmandens udtalelser fandt mindretallet, at Nørgaard-T-shirten udgjorde et ”selvstændigt design, der adskilte sig fra de aktuelle bluser og trøjer til unge kvinder”, og en ”designmæssig nyskabelse i sin helhed”. T-shirten måtte derfor nyde en ”vis udvidet beskyttelse i forhold til den snævre beskyttelse, der gælder for almindelig modebeklædning med ringe særpræg”, og være beskyttet ”også mod meget nærgående efterligninger”. Rebecca Møde fandtes følgelig at have handlet i strid med MFL § 1.

Den dissentierende dommers synspunkt fik selvsagt ikke betydning for dommens resultat, men det er desuagtet interessant, da det viser bevæggrundene bag Højesterets holdning til modetøj som værende beskyttet kun mod slaviske efterligninger. Flertallet underkendte ikke, at et modeprodukt *kan være* beskyttet bredere end bare mod slaviske efterligninger, men derimod mindretallets opfattelse af, at det *konkret var* tilfældet i den foreliggende situation. Det var alene mindretallets holdning til Nørgaard-T-shirten som værende særligt nyskabende, som flertallet ikke delte. Flertallet mente, at der var tale om en ”frembringelse af betydelig enkelthed”, som bestod ”udelukkende af velkendte design- og formelementer”, hvor mindretallet vurderede, at der var tale om en ”designmæssig nyskabelse”. Mindretallets ræsonnement siger dermed ganske meget om de tanker, Højesteret har gjort sig om modebeklædning generelt, og som har resulteret i den nogenlunde faste formulering »modevare med ringe særpræg«. Der er tale om en hel klasse af produkter, som i udgangspunktet besidder meget lidt særpræg, da deres udseende er dikteret af fælles velkendte designkomponenter og modehensyn. Det er altså også ifølge den dissentierende dommer produktets særpræg snarere end dets karakter som modeprodukt, der er afgørende ved vurderingen af beskyttelsessfæren.

5.6 Sammenfatning

Den markedsføringsretlige efterligningsbeskyttelse må på basis af retspraksis forstås som et forbud mod nærgående kopier af produkter. Beskyttelsen indsnævres for produkter med ringe særpræg (herunder teknisk/funktionelt betonedede produkter) og består for almindelige beklædningsgenstande alene i et forbud mod slaviske kopier, og hvad der må sidestilles hermed.

Det springende punkt ved fastlæggelsen beskyttelsens omfang lader overordnet set til at være produktets fysiske særpræg. De indskrænkninger i beskyttelsen, som tildeles beklædningsgenstande og produkter af teknisk art, kan opfattes som udslag heraf. Teknisk formbetingede produkt er ofte uden synderligt særpræg, hvilket resulterer i en hel klasse af produkter, som i udgangspunktet kun nyder snæver beskyttelse. Samme synspunkt gør sig gældende for modetøj, der dels er formgivet efter det funktionelle hensyn, at det skal være anvendeligt som menneskebeklædning, og dels efter den generelle retning moden bevæger sig i. Den overskydende designindsats er således begrænset på samme vis som for de tekniske produkters vedkommende. Lader man beskyttelsessfæren aldeles afhænge af det individuelle produkts særpræg, vil man derfor naturligt nok ende med visse overordnede grupper af produkter, som kun beskyttes snævert, da de har det karaktertræk til fælles, at de er ganske lidt særprægede.

De to 2004-domme om beklædningsgenstande præciserede udgangspunktet for almindeligt modetøjs beskyttelse efter MFL som værende mod slaviske kopier. Spørgsmålet meldte sig herefter, om det var produkternes status som modevarer eller deres særprægsgrad, som Højesteret fandt afgørende. Nørgaarddommen fra 2011 kan ses som en uddybning af årsagen til den indskrænkede beskyttelse. Ifølge præmisserne var det afgørende varens simple design, snarere end det faktum at den tilhørte en bestemt varekategori. Mindretallet gik skridtet videre, og forklarede at varen var beskyttet anderledes og bredere end sædvanligt modetøj, da dens design var særligt nyskabende.

Man skal naturligvis være varsom med at tolke for vidt på en enkelt dissentierende dommers holdning, men retspraksis som helhed lader dog til at pege i en retning, hvor et produkts markedsføringsretlige beskyttelsessfære afhænger af dets (indarbejde) særpræg, snarere end dets genremæssige tilhørsforhold. Nørgaarddommen kan i den forbindelse ses som det seneste skud på stammen. Uden yderligere retspraksis synes det dog indtil videre for vidtgående at drage den konklusion, at yderligere momenter ikke skulle spille ind i vurderingen.

Det ville være ganske interessant, om Højesteret helt ville lade beskyttelsesbredden afhænge af produktets særpræg, således at meget særprægede produkter er beskyttet mod nærgående eller meget nærgående efterligninger, mens meget lidt særprægede frembringelser – baseret på velkendte design- og formelementer – alene krænkes af decideret slaviske kopier. Retsspraksis synes at bevæge sig i den retning.

6 Sammenfatning

6.1 Forskelle og ligheder mellem ophavs- og markedsføringsrettens efterligningsbeskyttelse

Ophavsrettens bedømmelse af, om der er sket en ulovlig efterligning, drejer sig i sin essens om, hvorvidt der er sket en »omarbejdelse« af et originalværk. Markedsføringsrettens bedømmelse udspringer derimod af kravet om god markedsføringsskik og koncentrerer sig følgelig om en ret bred adfærdsvurdering af, hvorvidt markedsføringen af et produkt skaber »forvekslingsfare« med et konkurrerende produkt, eller der i øvrigt skabes en form for »markeds-mæssig identitet« mellem disse.

Ud fra en streng teoretisk tilgang er de to efterligningsbeskyttelser derfor så væsensforskellige, at der dårligt kan tales om, at der beskyttes »bredere« efter det ene regelsæt end det andet, eller at

den ene beskyttelse er lettere at opnå end den anden.¹⁸⁹ Dette må stadig stå som det principielle udgangspunkt.

Den praktiske realitet er imidlertid, at domstolenes tolkning af MFL § 1 har medført en de facto produktbeskyttelse af markedsførte produkter, som lægger sig endda ganske tæt op ad værksbeskyttelsen efter OPHL. Overvejelser omkring det markedsræssige indtryk skubbes ofte i baggrunden til fordel for en objektorienteret beskyttelse, hvor produktets ydre særpræg spiller den afgørende rolle (jf. afsnit 4.6). Hertil kommer, at domstolenes pådømmelse af brugskunst, som illustreret under afsnit 3.4, længe er blevet influeret af markedsræssige forvekslingsbetragtninger. For industrielt design, der måtte eller ikke måtte leve op til værkshøjdekra­vet i OPHL, bliver resultatet en stort set ens bedømmelse efter begge regelsæt. Markedsræssige betragtninger og produkternes ydre designræssige særpræg spiller i begge tilfælde ind i større eller mindre grad.

6.2 Originalitet versus særpræg

Markedsføringsrettens krav om »særpræg« i produktet synes sammenfaldende med det ophavsretlige krav om »originalitet« i et sådant omfang, at det kan være svært at få øje på egentlige forskelle i bedømmelsesgrundlaget. I begge tilfælde fokuseres på den selvstændige designindsats, som er ydet uafhængigt af eventuelle modemæssige, funktionelle og tekniske krav.

Både særpræg og originalitet er betinget af en vis designræssig indsats, men det virker på baggrund af retspraksis korrekt at antage, at kravet til markedsføringsretligt særpræg er noget lettere at opfylde. Der skal således mindre selvstændig indsats til at skabe særpræg end originalitet. Dette er særligt tydeligt på området for modevarer, hvor værkshøjde ofte afvises i kombination med anerkendelse af beskyttelsesværdigt særpræg. Udmærkede eksempler herpå ses i dommen New Balance mod Bestseller (afsnit 4.5-4.6) og Nørgaarddommen (afsnit 5.6.2), hvor retten i begge tilfælde afviste ophavsretlig beskyttelse, men fandt tilstrækkeligt særpræg i produktet til at lade det omfatte af efterligningsbeskyttelsen efter MFL § 1. At betragtningens validitet også strækker sig videre end blot modevarer, illustreres af dommen U 2003.694 S, hvor en møbelknop ikke havde ophavsretlig originalitet, men dog var markedsføringsretligt beskyttelig i kraft af sit særpræg.

MFL kan i udgangspunktet kun beskytte produkter med etableret position på markedet, hvorfor overlappet mellem de to regelsæt er mest udtalt på området for industrielt design. I det omfang et produkt er udtryk for en tilstrækkelig selvstændig formgivningsindsats, til at det besidder »særpræg«, er det beskyttet mod efterligninger efter MFL § 1. Og i det omfang indsatsen er så betydelig, at der er tale om egentlig »originalitet«, er det endvidere beskytteligt under ophavsretten, hvor det benævnes »brugskunst«.

Med udgangspunkt i de praktiske fakta, at kriterierne for beskyttelse af industrielt design efter de to regelsæt efterhånden er stort set ens, samt at begge beskyttelser tager sigte på et konkret objekt, kan det give mening at tale om, at beskyttelsen efter MFL § 1 er lettere at opnå end beskyttelsen efter OPHL. Der skal ganske enkelt mindre formgivningsindsats til at skabe »særpræg« end »originalitet«.

I retssager, hvor både MFL og OPHL påberåbes, er beskyttelsen af produktet som værk det primære sigte. OPHL yder en langvarig beskyttelse uden hensyn til produktets fortsatte tilstedeværelse på markedet, ligesom den resulterende beskyttelse er bredere end efter MFL. Den markedsføringsretlige sammenligningsregel kræver normalt, at der foreligger en slavisk eller meget nærgående efterligning, hvor der i ophavsretten beskyttes noget bredere.¹⁹⁰ På denne måde får efterligningsbeskyttelsen efter MFL § 1 næsten karakter af en sekundær ophavsret, der påberåbes med det formål at gribe de uheldige produkter, der rammer under kravet om værkshøjde. Hvis produktet ikke er originalt

¹⁸⁹ Madsen 2 2007 s. 140

¹⁹⁰ Borcher 2003 s. 161, Madsen 2 2007 s. 140

nok til den omfattende værksbeskyttelse, så er det forhåbentligt i det mindste særpræget nok til at være beskyttet af markedsføringsretten.

6.2.1 Beskyttelsesbreddens fællesnævner

Hvis den antagelse er korrekt, at særpræg og originalitet i realiteten er gradbøjninger af den samme faktor – tilstedeværelsen i et produkt af ubunden formgivningsindsats – er bredden af beskyttelsen inden for både markedsførings- og ophavsretten i vidt omfang afhængig af den samme faktor. Under afsnit 5.7 er det illustreret, hvordan indskrænkningerne i den markedsføringsretlige beskyttelse kan ses som udslag af graden af produktets fysiske særpræg. Under afsnit 3.7 er det illustreret, hvordan værkets originalitetsgrad har betydning for bredden af den ophavsretlige beskyttelse. Fællesnævneren bliver således den grad af selvstændig formgivningsindsats, som produktet er udtryk for, hvad enten denne kommer til udtryk som særpræg eller originalitet: Jo større indsats, desto bredere beskyttelse.

Dette stemmer udmærket med Henrik Udsens tidligere nævnte informationsretlige grundsætning, at "[j]o større indsats der ligger til grund for informationen, jo bredere beskyttelse tildeles informationen".¹⁹¹

7 Konklusion

Afhandlingen har belyst en række problemstillinger i relation til ophavs- og markedsføringsrettens efterligningsbeskyttelse. Særligt er det med gennemgangen af retspraksis gjort klart, at bredden af efterligningsbeskyttelsen inden for både ophavsretten og markedsføringsretten er variabel.

Det er blevet påvist, hvorledes bedømmelsen efter markeds- og ophavsretten i vidt omfang er ens, og hvorledes denne sammenblanding har resulteret i en retstilstand, hvor markedsføringsretten lægger sig som et sikkerhedsnet under ophavsrettens værksbeskyttelse. Betingelserne for beskyttelse efter MFL § 1 fremstår efterhånden ikke ulig en reduceret udgave af det ophavsretlige krav om originalitet.

De variationer i markedsføringsrettens beskyttelsesomfang, som retspraksis er udtryk for, synes med Nørgaarddommen i vidt omfang retmæssigt at kunne tilskrives produkternes varierende fysiske særpræg, om end den præcise rækkevidde af dommen ikke er ganske klar. Produkter med ringe særpræg vil således blive tildelt en snævrere beskyttelsesfære, formentlig uanset hvilken type produkt der er tale om. Ringe særpræg ses imidlertid ofte knyttet tæt til bestemte produktklasser, hvorfor navnlig modebeklædning og teknisk betingede produkter i udgangspunktet kun kan nyde snæver beskyttelse. Uden yderligere retspraksis synes det dog endnu for vidtgående at drage den konklusion, at yderligere momenter ikke skulle kunne spille ind i vurderingen.

For ophavsrettens vedkommende er den nuværende retsstilling mere nuanceret. Det må på baggrund af retspraksis antages, at graden af originalitet spiller en betydelig rolle for et værks beskyttelsesfære. Som det illustreres af Tripp-Trapp-dommene, synes der imidlertid også at være tale om, at i hvert fald brugskunst på forhånd er underlagt en skærpet bedømmelse. Hertil kommer, at domstolens krænkelsevurdering i nogen grad ses influeret af konkurrencehensyn. Det eventuelle samspil mellem disse faktorer kan ikke tolkes ud fra den nuværende retspraksis.

Variationen i den ophavsretlige beskyttelsesbredde fremstår i det hele taget mindre afklaret end sin markedsføringsretlige ækvivalent. På samme måde som Nørgaarddommen kastede et vist lys over de betydende faktorer inden for markedsføringsretten, ville det være gavnligt, om Højesteret i kommende afgørelser ville forholde sig mere udtrykkeligt til den ophavsretlige beskyttelse.

¹⁹¹ Udsen 2009 s. 488

På baggrund af retspraksis er det i afhandlingen antaget, at markedsføringsrettens krav om særpræg indholdsmæssigt er ret lig ophavsrettens krav om originalitet. Det er påstanden, at alene graden af påkrævet selvstændig formgivningsindsats er til forskel. Sammenholdes dette med den betydning en frembringelses særpræg/originalitet har for beskyttelsessfæren, bliver resultatet en retstilstand, hvor bredden af en frembringelses beskyttelse på tværs af de to regelsæt øges i takt med stigende formgivningsindsats.

I bunden af skalaen befinder de frembringelser sig, der besidder ringe (men dog noget) særpræg, og som følgelig beskyttes snævert af markedsføringsretten mod slaviske kopier. Mere særprægede produkter, der dog ikke besidder originalitet, beskyttes bredere mod også nærgående efterligninger. Den yderligt bredere ophavsretlige beskyttelse indtræder, når indsatsen når et niveau, hvor den udmønter sig i en grad af originalitet. Værker med begrænset originalitet er kun beskyttet snævert. I toppen af skalaen findes de meget originale værker, som tildeles den bredeste beskyttelse inden for ophavsretten. Ligheden mellem original og efterligning skal her ikke længere være særligt åbenbar, før der er tale om en krænkende efterligning. Tripp-Trapp-stolen står formentligt som eksempel på et sådant meget originalt værk.

Helt uden for beskyttelse falder frembringelser, der ikke er udtryk for nogen fri formgivningsindsats.

Til bedømmelse af et værks originalitetsgrad er det i afhandlingen antaget, at dobbeltfrembringelseslæren er anvendelig som hjælpeværktøj. Hvis markedsføringsrettens krav om særpræg er udtryk for et krav om selvstændig formgivningsindsats, kan dobbeltfrembringelseslæren anvendes analogt herpå. Det vil således tale for en indsnævret markedsføringsretlig beskyttelse, hvis der er stor risiko for, at en konkurrent ville kunne fremkomme med et identisk produkt uden forudgående kendskab til det oprindelige. På samme måde som for de ophavsretlige værker, må domstolene trække en grænse for den tilladelige dobbeltfrembringelsesrisiko i markedsføringsretten. Hvis risikoen herefter i det konkrete tilfælde findes uacceptabelt høj, falder produktet uden for beskyttelse som følge af utilstrækkeligt særpræg. Det må hertil erindres, at kravene til »særpræg« er noget mere begrænsede end kravene til »originalitet«, hvorfor den acceptable dobbeltfrembringelsesrisiko inden for markedsføringsretten naturligt må være større end i ophavsretten.

Anvendte forkortelser

MFL	Markedsføringsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 58 af 20/01/2012
OPHL	Ophavsretsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 202 af 27/02/2010

Bilag

- Højesteretsdom af 28.06.2011 (306/2009), (bilag 1)
- Højesteretsdom af 06.10.2011 (102/2009), (bilag 2)
- Højesteretsdom af 24.01.2012 (228/2009), (bilag 3)
- Sø- og Handelsretsdom af 07.07.2009 (V-123-07), (bilag 4)
- Sø- og Handelsretsdom af 15.04.2010 (V-81-07), (bilag 5)

Litteratur

Bøger

Mads Bryde Andersen: *IT-retten*, 2. udg. 2005, Gads Forlag, (citeret: Andersen 2005)

Erling Borchert: *Produktefterligninger*, 2. udg. 2003, Forlaget Thomson, (citeret: Borchert 2003)

Diverse forfattere: *Festskrift till Gunnar Karnell*, 1999, Carlsson Law Network, (citeret: Festskrift 1999)

Mogens Koktvedgaard: *Immaterialretspositioner*, 1965, Juristforbundets Forlag, (citeret: Koktvedgaard 1965)

Mogens Koktvedgaard: *Lærebog i Immaterialret*, 4. udg. 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Koktvedgaard 1996)

Mogens Koktvedgaard: *Lærebog i Immaterialret*, 6. udg. 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Koktvedgaard 2002)

Palle Bo Madsen: *Markedsret del 2 – Markedsføringsret og konkurrenceværn*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udg. 2007, (citeret: Madsen 2 2007)

Palle Bo Madsen: *Markedsret del 3 – Immaterialret*, 5. udg. 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Madsen 3 2008)

Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke: *Dansk Markedsret*, 3. udg. 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Mortensen og Steinicke 2011)

Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis, Jan Trzaskowski: *Markedsføringsretten*, 2. udg. 2011, Ex Tuto Publishing, (citeret: Riis m.fl. 2011)

Thomas Riis: *Immaterialret & IT*, 1. udg. 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Riis 2001)

Morten Rosenmeier: *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udg. 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Rosenmeier 2001)

Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier: *Immaterialret*, 1. udg. 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Schovsbo og Rosenmeier 2008)

Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier: *Immaterialret*, 2. udg. 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (citeret: Schovsbo og Rosenmeier 2011)

Peter Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 5. udg. 2011, Karnov Group, (citeret: Schønning 2011)

Peter Schønning, Jørgen Blomqvist: *International ophavsret*, 1. udg. 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Peter Schønning, Martin Kyst, Martin Sick Nielsen, Bjørn von Ryberg, Knud Wallberg: *Grundlæggende Immaterialret*, 2. udg. 2009, Gjellerup, (citeret: Schønning m.fl. 2009)

Henrik Udsen: *De informationsretlige grundsætninger*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg. 2009, (citeret: Udsen 2009)

Willi Weincke: *Ophavsret*, 1976, Gads Forlag, (citeret: Weincke 1976)

Artikler

Eric Boesgaard: *Nogle bemærkninger til ophavs- og markedsføringsret ved byggeri*, U.1990B.369 (citeret: Boesgaard U.1990B.369)

Erling Borchert: *Produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringslovens § 1*, U.2009B.151 (citeret: Borchert U.2009B.151)

Per Jonas Nordell: *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 630 (citeret: Nordell NIR 1995)

Morten Rosenmeier: *Kommentar til UfR 2001.747 H (Tripp Trapp)*, NIR 2002 s. 280 (citeret: Rosenmeier NIR 2002)

Morten Rosenmeier: *Kommentar til Højesterets dom af 8. maj 2002 (Myren)*, NIR 2003 s. 394 (citeret: Rosenmeier NIR 2003)

Morten Rosenmeier: *Brugskunstbeskyttelsen mod "nærgående efterligninger". Nogle terminologiske overvejelser*, NIR 2005 s. 503 (citeret: Rosenmeier NIR 2005)

Praksis

Dansk praksis

U 1932.211 Ø

U 1958.1211 S

U 1960.762 S

U 1961.46 H

U 1961.1027 H

U 1965.394 H

U 1972.992 H

U 1981.946 H

U 1982.987 S

U 1983.981 Ø

U 1987.240 S

U 1992.704 H

U 1993.17 H

U 1993.428 S

U 1994.72 H

U 1995.92 S

U 1999.1859 S

U 2001.747 H

U 2001.1006 H

U 2002.1715 H

U 2003.694 S

U 2003.1219 H

U 2004.737 H

U 2004.835 H

U 2004.1302 H

U 2006.600 H

U 2006.2128 V

U 2007.951 H

U 2008.446 H

U 2008.1834 H

Sø- og Handelsrettens dom af 07.07.2009 (V-123-07)

Sø- og Handelsrettens dom af 15.04.2010 (V-81-07)

Højesterets dom af 28.06.2011 (306/2009)

Højesterets dom af 06.10.2011 (102/2009)

Højesterets dom af 24.01.2012 (228/2009)

Svensk praksis

Svensk HRD, NIR 1994 s. 143

Svensk HRD, NIR 1995 s. 349

Svensk HRD, NIR 2004 s. 585

Norsk praksis

Norsk HRD, NIR 2009 s. 206

Amerikansk praksis

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

Praksis fra EU-Domstolen

EU-domstolens afgørelse af 16.07.2009 (Infopaq)