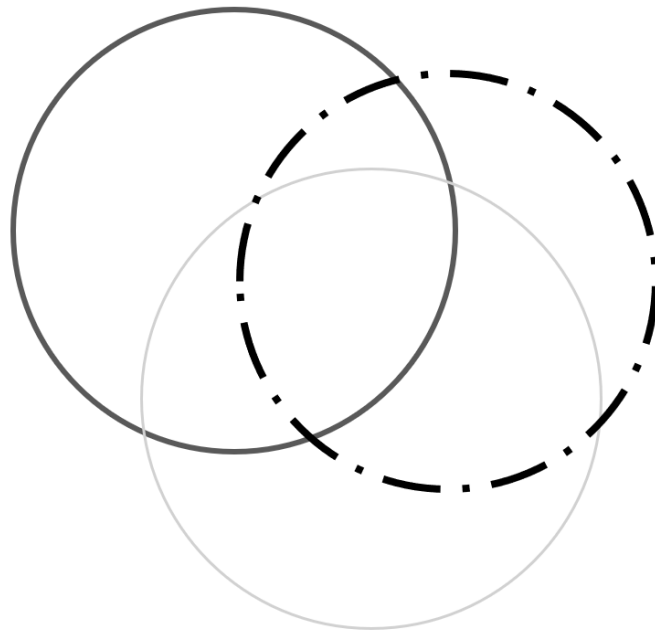


# Produktfremtoningsbeskyttelsens diskrepanser

## The discrepancies in the cumulative protection of product appearances



af **KASPER EMIL ANDKJÆR WAABEN**

*Afhandlingen undersøger den retlige beskyttelse af et produkts udseende efter dansk ret (kaldt produktfremtoningsbeskyttelse) med fokus på ophavsretsloven, EU's designforordning og markedsføringsloven.*

*Formålet er at bidrage til en dybere forståelse af, hvordan de tre førnævnte retsgrundlag forholder sig til hinanden og påvirker den retlige beskyttelse af produkters udseende i praksis.*

*Afhandlingen analyserer kriterierne, som gælder i vurderingen af den retlige beskyttelse af et produkts udseende, samt kriterierne for at fastslå krænkelse af en sådan beskyttelse.*

*På baggrund af en dybdegående analyse af de tre retsgrundlag identificerer afhandlingen væsentlige ligheder og forskelle i retsgrundlagenes beskyttelse af produkters udseende.*

*Afhandlingen analyserer også den seneste udvikling i ophavsretten med henblik på at belyse, hvordan beskyttelsen af produkters udseende påvirkes, særligt inden for modebranchen.*

Overordnet konkluderes, at enkelte kriterier og momenter i de førnævnte vurderinger gælder på tværs af de tre retsgrundlag. Andre kriterier og momenter kan derimod kun gøres gældende i bestemte sammenhænge, hvorfor man bør tage højde for det pågældende retsgrundlag i sin argumentation for beskyttelse eller krænkelse af et produkts udseende, idet retsgrundlagene indeholder betydelige forskelle.

## 1 Indholdsfortegnelse

<b>1 INDHOLDSFORTEGNELSE .....</b>	<b>2</b>
<b>2 INDLEDNING .....</b>	<b>3</b>
<b>2.1 PROBLEMFORMULERING .....</b>	<b>3</b>
<b>2.2 AFGRÆNSNING .....</b>	<b>4</b>
<b>3 METODE.....</b>	<b>4</b>
<b>4 KUMULATION .....</b>	<b>5</b>
<b>5 BRUGSKUNSTVÆRKER.....</b>	<b>5</b>
<b>5.1 VÆRKSBEGREBET .....</b>	<b>5</b>
5.1.1 OBJEKTIVITET.....	6
5.1.2 ORIGINALITET .....	6
5.1.3 PERSONLIGT PRÆG OG DOBBELTSKABELSESKRITERIET .....	9
<b>5.2 BESKYTTEDE ELEMENTER</b>	<b>9</b>
5.2.1 IDÉER? .....	9
5.2.2 DELBESKYTTELSE.....	10
<b>5.3 NY ÆRA FOR MODEARTIKLER .....</b>	<b>10</b>
<b>6 BRUGSKUNSTENS BESKYTTELSESSFÆRE.....</b>	<b>13</b>
<b>6.1 ENERETTIGHEDERNE .....</b>	<b>13</b>
<b>6.2 KRÆNKELSESVURDERINGEN.....</b>	<b>13</b>
6.2.1 IDENTITETSOPLEVELSE .....	14
6.2.2 DET OVERTAGNE ER ORIGINALT OG IKKE EN IDÉ.....	14
6.2.3 GENKENDELIGHED .....	15
6.2.4 KENDSKAB .....	15
<b>7 INTRO TIL DESIGN- OG MARKEDSFØRINGSRETEN .....</b>	<b>16</b>
<b>7.1 DESIGNRETTENS FREMTONINGSBESKYTTELSE .....</b>	<b>17</b>
7.1.1 ANVENDELSESOMRÅDE .....	17
7.1.2 BESKYTTELSESSFÆRE .....	17
<b>7.2 MARKEDSFØRINGSRETTENS FREMTONINGSBESKYTTELSE .....</b>	<b>18</b>
7.2.1 BESKYTTELSESGENSTAND .....	18
7.2.2 BESKYTTELSESSFÆRE .....	19
<b>8 DISKREPANSERNE .....</b>	<b>19</b>
<b>8.1 STIFTELSE.....</b>	<b>19</b>
<b>8.2 ANVENDELSESOMRÅDETS MOMENTER .....</b>	<b>21</b>
8.2.1 HELHEDSVURDERING .....	21
8.2.2 MARKEDSFORHOLD .....	23
8.2.3 NYHED.....	24
8.2.4 GRÆNSEN TIL FÆLLESEJET .....	25
8.2.5 GRÆNSEN TIL TEKNISKE EMNER .....	28
<b>8.3 BESKYTTELSESSFÆRENS MOMENTER.....</b>	<b>30</b>
8.3.1 HELHEDSVURDERING .....	30

8.3.2 KRAV OM FORVEKSLINGSRISIKO .....	33
8.3.3 KONKURRENCERELATION .....	35
8.3.4 FORSKELLE I KVALITET/MATERIALE/PRIS .....	36
8.3.5 ANSKUEREN .....	37
8.3.6 VARIABEL BESKYTTELSESFÆRE .....	38
8.3.7 UDVANDING.....	40
8.3.8 ØVRIG ILLOYALITET .....	41
8.3.9 KENDSKAB .....	42
<b>8.4 OPHØR .....</b>	<b>43</b>
<b>9 KONKLUSION.....</b>	<b>44</b>
<b>10 FORKORTELSER .....</b>	<b>46</b>
<b>11 BIBLIOGRAFI.....</b>	<b>47</b>

## 2 Indledning

Det frie marked tillader aktører frit at udbyde varer i konkurrence med andre. For at erobre markedsandele bør produktet være konkurrencedygtigt—ikke mindst på produktudseendet (herefter blot *udseendet*).

Dermed opstår spørgsmålet, om dansk ret beskytter udseendet—og i hvilket omfang? Dvs. en retslig beskyttelse af løsøres ydre udseende (*fremtoningsbeskyttelse*).

Fremtoningsbeskyttelse indebærer et markedsindgreb qua tildeling af et monopol—en fravigelse af princippet om, at aktører uindskrænket kan fremstille og afsætte varer, som efterspørges.

Indledningsvist bemærkes, at der er flere forhold ved produktudseender, som er betænkelige fsva. fremtoningsbeskyttelse:

- i. Produkter udsmykkes sjældent i stor grad—brugshensynet træder i stedet i forgrunden og udseendet bliver minimalistisk<sup>1</sup>
- ii. Produktets tekniske formål vil i en vis grad være normgivende for udseendet, hvorfor produkter af samme art ofte får samme formsprog: ”*Der er nu engang grænser for, hvor mange forskellige måder en kasserolle kan se ud på.*”<sup>2</sup>
- iii. I visse industrier—fx mode—skabes nye produkter med utrolig hast. Mængden af nye og tidligere kollektioner, samt det forhold, at man tilstræber at følge *trends*, gør, at risikoen for dobbeltskabelser bliver aktuel

Disse forhold gør, at mulighedsrummet for udseender indsnævres, hvorfor en afbalancering af fremtoningsbeskyttelsen ikke er nem. Det er afgørende, at det almene formforråd (**fællesejet**) ikke monopoliseres.<sup>3</sup>

### 2.1 Problemformulering

Fremtoningsbeskyttelsen i dansk ret minder om et kludetæppe, idet det hjemles i hele tre retsgrundlag: ophavs-, design- og markedsføringsretten (*retsgrundlagene*).

<sup>1</sup> Om funktionalismen: Erling Borchert: Produktefterligninger s32f

<sup>2</sup> Ibid s86—Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen: Immaterialret s175

<sup>3</sup> Borchert s16—U15B.181

Afhandlingen vil belyse de kriterier, som stilles til tildelingen af retsbeskyttelse til et produkt-udseende—dvs. en undersøgelse af retsgrundlagenes *anvendelsesområde* fsva. udseender. Dette er første skridt—men konstateringen af, at et udseende nyder beskyttelse i mindst ét af retsgrundlagene, er imidlertid ikke tilstrækkelig i en produktefterligningssag.

Næste skridt er at belyse de kriterier, som stilles til statuering af krænkelse af den retsbeskyttelse, som er tildelt et bestemt udseende—dvs. en undersøgelse af den *beskyttelsessfære*, som et udseende besidder iht. retsgrundlagene. Det er selvsagt ikke enhver efterligning, der krænker originalen.

Ved at bryde med en isoleret behandling af retsgrundlagene tilstræbes en helhedsforståelse af, hvordan retsgrundlagene tilgår beskyttelsen af udseender i praksis. Domstolene har for vane at sammenblende momenterne, når flere retsgrundlag bringes i spil, hvilket er uhensigtsmæssigt.<sup>4</sup> Derfor vil det belyses, hvilke *diskrepanser* der er blandt retsgrundlagene hvad angår de kriterier, der stilles for tildeling af beskyttelse og statuering af krænkelse—eller om de sammenblandes.

## 2.2 Afgrænsning

Afhandlingen tager sigte på typeeksemplet: en designers ret til at forbyde en efterligning af ét udseende og de centrale kriterier og momenter i forbindelse hermed.

En tilbundsgående analyse af produktfremtoningsemnet er ikke målet. En sådan analyse er umulig qua længdebegrænsningen, hvorfor følgende emner udskilles:

- i. Fremtoningsbeskyttelsens ideologiske begrundelse og problemer med kumulation
- ii. Varemærkeretten (dens relevans er ret beskeden)<sup>5</sup>
- iii. Designloven (EU-designretten har større praktisk relevans)<sup>6</sup>
- iv. Beskyttelsens geografiske udstrækning<sup>7</sup>, håndhævelse og sanktioner
- v. Rettigheder og undtagelser i retsgrundlagene, som ikke er strengt relevante for typeeksemplet—fx undtagelser om privat brug, konsumptionsprincippet mv
- vi. Tilstødende emner—fx reservedels-, emballerings- eller produktseriebeskyttelse

## 3 Metode

---

Den **retsdogmatiske metode** anvendes. Dvs. der redegøres for gældende ret ved beskrivelse, fortolkning og systematisering.<sup>8</sup>

Afhandlingen benytter mangeartede kilder—love, retspraksis og juridisk litteratur.

Fremtoningsbeskyttelsen i design- og ophavsretten har siden år 2000 været genstand for EU-harmonisering—dermed er analyse af EU-Domstolens (**EUD**) domme altafgørende.

---

<sup>4</sup> Thomas Riis i P. Møgelvang-Hansen, T. Riis & J. Trzaskowski (red.), Markedsføringsretten s521—Kasper Frahm & Michala Kragmann: Produktefterligninger i praksis s63

<sup>5</sup> NIR05.420 s422

<sup>6</sup> NIR20.323 s330: ansøgninger om en dansk designregistrering har været faldende, mens danske ansøgninger til EUIPO om en EU-designret er langt højere—i 2018 hhv. 228 og 1572

<sup>7</sup> EU-design gælder i hele EU qua enhedskarakteren jf. DSF art 1(3)—derimod er den ophavs- og markedsføringsretlige beskyttelse begrænset til krænkelse i Danmark: Peter Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer s919ff—Jan Trzaskowski i P. Møgelvang-Hansen, T. Riis & J. Trzaskowski (red.), Markedsføringsretten s37

<sup>8</sup> Jens Evald: Juridisk teori, metode og videnskab s15/207

Fsva. EU-designretten er beskyttelsen udførligt kodificeret i designforordningen (*DSF*).<sup>9</sup>

Den ophavsretlige beskyttelse er hjemlet i ophavsretsloven (*OHL*), men indholdet heraf har udviklet sig pba. EUD-praksis, som dog har efterladt en del tvivl. Nyt dansk retspraksis og juridisk litteratur vil inddrages i forsøget på at opstille retningslinjer.

Den markedsføringsretlige beskyttelse hjemles i markedsføringslovens (*MFL*) § 3 og har ikke været genstand for harmonisering.<sup>10</sup> Indholdet heraf er dannet i dansk retspraksis. Præjudikatværdien af ældre domme mindskes dog, da § 3 er en dynamisk standard.<sup>11</sup>

## 4 Kumulation

---

I Norden har man traditionelt anerkendt *kumulation*.<sup>12</sup> Dvs. retsgrundlagenes anvendelse er helt uafhængige af hinanden, og i det omfang de beskytter det samme udseende, kan de påberåbes samtidigt i en produktefterligningsretssag.<sup>13</sup>

Det fremgår fx af OHL § 10, stk. 1, at beskyttelse i ophavsretten ikke udelukker beskyttelse i designretten. I dansk ret er der tillige mulighed for beskyttelse i MFL.

Hvis kumulation ikke var anerkendt, var man tvunget til at vælge ét retsgrundlag—fx designretten. Fremtoningsbeskyttelsen vil da endegyldigt ophøre ved designrettens udløb.<sup>14</sup>

Retsgrundlagene påberåbes i praksis kumulativt i vid udstrækning. En undersøgelse af danske retssager fra 2001-2017 viste, at i de 32 sager, hvor designretten blev påberåbt, blev ophavs- og markedsføringsretten *også* påberåbt i hhv. 14 og 23 sager.<sup>15</sup>

## 5 Brugskunstværker

---

Ophavsretten beskytter *værker*. Når et udseende beskyttes i ophavsretten, kaldes det *brugskunst*. I kapitlet vil kriterierne for et udseendes beskyttelse som brugskunst gennemgås.

Brugskunst defineres ikke i OHL § 1. Typisk forstås løsøre, der kombinerer æstetiske og praktiske formål—brugsgenstande.<sup>16</sup> En nærmere afgrænsning har ikke betydning for emnefeltet, men det kan have betydning i andre sammenhænge.<sup>17</sup>

### 5.1 Værksbegrebet

Ifølge OHL § 1 har skaberen af et litterært eller kunstnerisk værk ophavsretten til det, men kriterierne herfor fremgår ikke.<sup>18</sup>

Indholdet af værksbegrebet finder man i dag i EUD-praksis. Et fænomen udgør da et værk, hvis det er skaberens *egen intellektuelle frembringelse*. Kravet gælder for alle værkstyper.<sup>19</sup> I

---

<sup>9</sup> Se de præcise lovnavne under **Forkortelser** (s59)

<sup>10</sup> Riis s525

<sup>11</sup> *Palle Bo Madsen*: Markedsføringsret og konkurrenceværn—Markedsret del 2 s180

<sup>12</sup> NIR20.323 s331—U02B.101

<sup>13</sup> GA Mio/konektra[36ff]—*Palle Bo Madsen*: Immaterialret—Markedsret del 3 s20

<sup>14</sup> *Schovsbo mfl* s451f

<sup>15</sup> NIR20.323 s331

<sup>16</sup> *Schovsbo mfl* s91—*Schønning* s148—*Riis* s526

<sup>17</sup> Se fx undtagelsen til konsumptionsprincippet i § 19, stk. 2: andres viderespredning af værker ved udlejning er ikke tilladt—på nær for *brugskunst*

<sup>18</sup> *Schønning* s150

<sup>19</sup> Infopaq[37]—*Annette Kur, Thomas Dreier & Stefan Luginbuehl*: European Intellectual Property Law s338f

*Cofemel*-sagen, som omhandlede tøj, blev det endeligt afklaret, at kriteriet også gjaldt brugskunst.<sup>20</sup>

Kriteriet har to bestanddele—*objektivitet* og *originalitet*.

### 5.1.1 Objektivitet

Det er et krav, at værket kan identificeres på en præcis og *objektiv* måde. Man kan ikke forlade sig på subjektivitet—en smag vil fx ikke kunne beskyttes jf. § 1, da identifikationen vil bero på sanser, som afhænger af personen.<sup>21</sup>

Objektivitetskravet afskærer bl.a. muligheden for at stille et ekstra krav om æstetik for brugskunst, da æstetik er subjektivt.<sup>22</sup>

I resten af afhandlingen vil originalitet fremhæves som det afgørende krav for brugskunstbeskyttelse, da objektivitetskravet sjældent bliver relevant.<sup>23</sup>

### 5.1.2 Originalitet

Et værk skal være *originalt*. Det er originalt, hvis det afspejler skaberens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg, og hvis det ikke er formet af tekniske begrænsninger mv.<sup>24</sup>

#### 5.1.2.1 Frie og kreative valg

*Painer*-sagen fastslog, at et værk er *resultatet af frie og kreative valg*.<sup>25</sup> Indholdet heraf er dog uklart, og en række spørgsmål kan rejses.

Skal *frie og kreative valg* betragtes hver for sig? Bør man lægge afgørende vægt på *skabelsesprocessen* eller *resultatet* heraf? Er det et krav, at skaberen var *bevidst* om de trufne valg?

EUD er i to præjudicielle sager blevet forelagt spørgsmål herom i konteksten af brugskunst, men spørgsmålene afventer fortsat svar.<sup>26</sup>

Kriteriet vil søges klarlagt pba. de seneste udtalelser i bl.a. litteraturen—særligt en artikel af European Copyright Society (*ECS*) samt generaladvokatens (*GA*) forslag til afgørelse i de to førnævnte sager inddrages.

Både ECS og GA mener, at frie og kreative valg bør betragtes hver for sig.<sup>27</sup>

Der kan træffes *frie valg*, hvis der er frihed i valget af formgivningen. Muligheden for at træffe frie valg kan være helt udelukket, hvis man er begrænset af tekniske hensyn, regler eller andet [s8].<sup>28</sup>

---

<sup>20</sup> Cofemel[30/35]—Schovsbo mfl s73—GA Cofemel[42]—JIPL20.290 s290f

<sup>21</sup> Levola[40/42]

<sup>22</sup> Cofemel[53]—JIPL20.290 s293—GRUR20.264 s266

<sup>23</sup> Se dog BS-15944/2020-OLR: keramikstels spættede glasurudtryk var ikke brugskunst—kunne ikke defineres objektivt

<sup>24</sup> Cofemel[29ff]—GA Mio/konektra[27]—JIPL20.290—Schovsbo mfl s71ff

<sup>25</sup> Painer[88f]

<sup>26</sup> Mio/Konektra

<sup>27</sup> ECS Opinion s2—GA Mio/konektra[31/42/62]

<sup>28</sup> ECS Opinion s9/11ff—GA Mio/konektra[28/31]

ECS foretager en negativ afgrænsning af *kreative valg*.<sup>29</sup> Følgende valg vil dermed i deres optik *ikke* udtrykke kreativitet:

- i. at skabe en kopi/trivielt variation af tidligere fænomener<sup>30</sup>
- ii. at følge trends<sup>31</sup>
- iii. at træffe valg, som forfølger funktionelle formål
- iv. at træffe valg, som en dygtig eller håndværksmæssig erfaren person ville have truffet<sup>32</sup>
- v. at træffe et simpelt valg blandt flere valgmuligheder

GA mener tilsvarende, at skabelsen af brugsgenstande ikke nødvendigvis indebærer foretagelsen af kreative valg—i modsætning til skabelsen af ren kunst, hvor beslutningen om *at skabe* i sig selv er et kreativt valg.<sup>33</sup>

I skabelsen af udseender skal der altså *mere til* før, man kvalificerer resultatet som et værk. Dette er ikke et skærpet krav til brugskunsten—det skyldes rettere, at selve naturen i at frembringe udseender er fundamentalt anderledes. De designvalg, der blev truffet under skabelsen af udseendet, hvor det i teorien var muligt at gå i flere retninger, er altså ikke nødvendigvis kreative.

Fra dansk retspraksis kan fremhæves *Liewood*, hvor Sø- og Handelsretten (*SHR*) afviste, at nogle produkters udseende nød beskyttelse jf. OHL § 1, da de blev

”produceret i Kina, efter at der er foregået en proces i virksomheden med design af dekoration/mønstre og udvikling af blandt andet 3D-print. Udviklingen af produkterne består i at tilpasse designet på eksisterende kendte elementer og former, som leveres af kinesiske leverandører.”<sup>34</sup>

SHR anerkender, at der blev truffet mange valg under skabelsen, men mener tilsyneladende ikke, at disse var kreative.

*Resultatet af frie og kreative valg* indikerer umiddelbart, at afgørende vægt bør lægges på netop resultatet. Men som det fremgår ovenfor, bør *skabelsesprocessen* også tages i betragtning i en vis udstrækning, da en vurdering af friheden og kreativiteten i de trufne valg er påkrævet.

GA har herom udtalt, at *processen* ikke selvstændigt bør tages i betragtning—kun genstanden som er resultatet heraf. De frie og kreative valg skal derimod kunne identificeres pba. en betragtning af genstanden. Det er uden betydning, om skaberen under processen har haft kreative, *bevidste* overvejelser—afgørende er alene, om overvejelserne kommer til udtryk i genstanden.<sup>35</sup>

Til sidst kan man spørge, hvor grænsen i praksis drages mellem udseender, som er resultatet af frie og kreative valg, og dem, som ikke er? Se herom s26.

---

<sup>29</sup> ECS Opinion s2/13f/21

<sup>30</sup> *Schovsbo mfl* s71

<sup>31</sup> *Madsen* 3 s66

<sup>32</sup> *Ibid* s65—*Schovsbo mfl* s74: kreativitet ikke blot intellektuel bestræbelse og kunnen

<sup>33</sup> GA Mio/konektra[42]

<sup>34</sup> U23.2197

<sup>35</sup> GA Mio/konektra[45/48f]—JIPL20.290 s293f, note 33/40—*Madsen* 3 s67

### 5.1.2.2 Tekniske begrænsninger mv.

Tilstedeværelsen af tekniske eller andre begrænsninger kan udelukke muligheden for at træffe frie valg—hvilket er en forudsætning for, at der kan træffes kreative valg.<sup>36</sup>

Det første spørgsmål, der rejses, er: Hvilke *begrænsninger* er der tale om?

De **tekniske** begrænsninger er dem, som følger af, at brugsgenstand har en teknisk funktionalitet—fx en egenskab, der tillader en cykel at blive foldet sammen.<sup>37</sup>

Årsagen til denne afgrænsning overfor teknik er, at det ikke ønskes, at tekniske løsninger beskyttes ophavsretligt—de hører i stedet til i patent- eller brugsmodelretten.<sup>38</sup>

Der kan dog sagtens være knyttet en patent- og ophavsret til samme genstand, men rettingerne vil da vedrøre forskellige aspekter ved den—patentet vil omfatte den tekniske løsning og ophavsretten den del af udseendet, der afspejler ophavsmandens originalitet.<sup>39</sup> I vurderingen af originalitet skal der ikke tages hensyn til, at der er et patent tilknyttet til brugsgenstanden.<sup>40</sup>

Selvom diskussionen af begrænsninger i konteksten af brugskunst oftest drejer sig om de tekniske, er der måske også andre begrænsninger, som kan udelukke frie valg. EUD har flere gange udtrykt, at **regler** eller **andre begrænsninger** heller ikke levner plads til kreativ frihed.<sup>41</sup>

I **Premier League** levnedes fodboldkampreglerne ikke plads til frie og kreative valg i ophavsretlig forstand, hvilket er interessant, da spillere utvivlsomt kan foretage mange slags valg inden for rammerne af spillets regler.<sup>42</sup> Måske var selve tilstedeværelsen af en klar ramme med en normerende effekt på de mulige valg det udslagsgivende.

**Football Dataco** illustrerer måske, hvad *andre begrænsninger* kan dække over. Spørgsmålet i hovedsagen var, om det kampprogram, som sammensættes for hver Premier League-sæson, nyder ophavsretligt beskyttelse. Sammensætningen indebar bl.a. en hensyntagen til klubbernes ønsker, til de øvrige kampe, som klubberne i løbet af sæsonen skulle spille, til en række organisatoriske begrænsninger, til de ansatte i Premier League og til politiets mulighed for at opretholde ro og orden.<sup>43</sup> Processen fremstår som en nøje afvejning af en lang række interesser og hensyn. EUD medgav, at denne afvejning beroede på en betydelig arbejdsindsats, sontring og kunnen, som er menneskelig og ikke mekanisk i natur.<sup>44</sup> EUD udtalte dog, at denne indsats ikke i sig selv var tilstrækkelig til at begrunde ophavsretlig beskyttelse, hvis arbejdsprocessen ikke var udtryk for originalitet—dét overlod EUD til den refererende domstol at vurdere.<sup>45</sup>

Man kan spørge om en sådan proces er fri—endsige kreativ—når resultatet er formet af så mange eksterne hensyn? Se fx en sag om en F1-legetøjsbil, som ikke nød beskyttelse jf. § 1, da den virkelige racerbils formgivning var væsentligt præget af F1-reglementer og hensyn til aerodynamik.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> GA Mio/konektra[28/42]—Madsen 3 s59

<sup>37</sup> Brompton[11f]

<sup>38</sup> Schovsbo mfl s74f—Brompton[27]

<sup>39</sup> Schovsbo mfl s75

<sup>40</sup> Brompton[36]

<sup>41</sup> Ibid[24]—Cofemel[31]—Football Dataco[39]

<sup>42</sup> Premier League[98]

<sup>43</sup> Football Dataco[14-18/35]

<sup>44</sup> Ibid[19/35]

<sup>45</sup> Ibid[42/44/46]

<sup>46</sup> V-78-05—Madsen 3 s66

Som GA har sagt, er *originalitet* et yderst generelt og uklart begreb, som bør anvendes på konkret vurdering i hver sag, og det er for nuværende svært at præcisere begrebet nærmere.<sup>47</sup>

Det andet spørgsmål, der rejses, er, hvornår der foreligger *så mange* tekniske begrænsninger, at man ikke med rimelighed kan sige, at der blev truffet frie valg—dvs. den konkrete grænse-dragning. Se herom s29.

### 5.1.3 Personligt præg og dobbeltskabelseskriteriet

Nogle mener, at det forhold, at værker skal *afspejle skaberens personlighed*, udgør et særskilt krav. En genstand udgør da ikke et værk, medmindre det besidder skaberens *personlige præg*.<sup>48</sup>

GA har senest udtalt, at skaberens personlige præg i genstanden kan være yderst begrænset, men at det skal foreligge, og at det personlige præg er det, som giver genstanden sin unikke karakter, da den dermed kan adskilles fra ”*enhver lignende genstand skabt af en anden person*.”<sup>49</sup> Et slags krav om, at genstanden giver udtryk for skaberens unikke perspektiv i en sådan grad, at den kan skille sig ud fra mængden.

Kriteriet beror på en vurdering af—ud fra en konstatering af de objektive træk ved genstanden—om det er sandsynligt, at andre uafhængigt kunne have nået frem til det samme.<sup>50</sup>

Hvis sandsynligheden herfor er høj, indikerer det, at udseendet savner et personligt præg og dermed ikke udgør et værk. De frie og kreative valg, som var nødvendige at træffe i skabelsen af udseendet, var så trivielle eller beskedne i antal, at det ikke kan afspejle skaberens personlighed.<sup>51</sup>

Dette svarer umiddelbart til *dobbeltskabelseskriteriet*, som i dansk ret formelt ikke anses for et kriterie, men rettere et moment i originalitetsvurderingen.<sup>52</sup> Momentet har nok særlig relevans for brugskunst, hvor mængden af mulige valg, der kan træffes i skabelsesprocessen, er færre sml. med ren kunst.

GA mener tilsvarende, at muligheden for en uafhængig lignende frembringelse *ikke i sig selv* udelukker et udseendes beskyttelse som brugskunst, men at det—kombineret med andre indikatorer—kan tale *mod* originalitet.<sup>53</sup>

## 5.2 Beskyttede elementer

### 5.2.1 Idéer?

Idéer kan ikke beskyttes jf. OHL § 1. En idé, som er *materialiseret* i et værk på en konkret og original måde, kan dog beskyttes.<sup>54</sup>

Princippet kaldes *the idea-expression dichotomy* og er kodificeret i flere internationale konventioner.<sup>55</sup>

---

<sup>47</sup> GA Mio/konektra[40]

<sup>48</sup> JIPL20.290 s290—ECS Opinion s4/14ff

<sup>49</sup> GA Mio/konektra[30/41]

<sup>50</sup> ECS Opinion s21

<sup>51</sup> Ibid s15f—GA Mio/konektra[56]

<sup>52</sup> Riis s530—Schovsbo mfl s74—Schønning s153f—Madsen 3 s62—U93.17H (tipssystemer var ikke værker qua den ”store sandsynlighed for dobbeltfrembringelser”)

<sup>53</sup> GA Mio/konektra[58]

<sup>54</sup> ECS Opinion s9f—Schønning s155—Schovsbo mfl s176

<sup>55</sup> TRIPS art 9(2)—WCT art 2

Sondringen mellem idé og konkretiseringen heraf kan være vanskelig. Det afgørende er, hvor abstrakt og bagvedliggende indslaget i værket er—jo mere detaljeret og konkret indslaget er, desto mere berettiger det beskyttelse. M.a.o.: Vil en beskyttelse af fænomenet give vedkommende et uheldigt og urimeligt monopol? I så fald vil fænomenet blot være en idé, som det ligger frit for andre at bruge.<sup>56</sup>

### 5.2.2 Delbeskyttelse

Kun de *enkelte dele* i udseendet, som selvstændigt er originale, beskyttes jf. OHL § 1.<sup>57</sup> De uoriginale elementer i et værk står til fri afbenyttelse, da de ikke beskyttes.

I *Infopaq* fremgik det, at de forskellige dele af et værk nyder ophavsretligt beskyttelse ”forudsat at de indeholder nogle af de elementer, der er udtryk for ophavsmandens intellektuelle frembringelse”—derudaf kan udledes, at de dele, der ikke er udtryk for originalitet, ikke beskyttes.<sup>58</sup>

Spørgsmålet var inden *Infopaq* uafklaret, hvilket bl.a. illustreres af, at Kommissionen havde ment, at *ethvert* uddrag af et værk udgjorde en ophavsretlig krænkelse.<sup>59</sup>

Når et udseende kvalificeres som brugskunst, vil beskyttelsen altså ikke vedrøre dets helhed—medmindre det hele vitterligt opfylder kravene jf. § 1. Ofte vil der være tale om, at brugskunstbeskyttelsen af udseendet er snævert afgrænset til netop de dele, som selvstændigt er originale.

*Schønning* har anført, at dette krav næppe gælder for alle værkstyper—modsat *Rosenmeier*. Der er dog enighed om, at det gælder for brugskunst.<sup>60</sup>

Formålet er at sikre, at et værks grundlæggende byggeklodser ikke monopoliseres til skade for samfundet—for brugskunst kunne det fx være materialevalg, basale former, farver mv.<sup>61</sup>

En værksdel behøver ikke at være noget nemt afgrænset—delen kan også bestå i den *originale sammensætning* af uoriginale elementer [s26].<sup>62</sup> En sammensætning af frit tilgængelige byggeklodser (fælleseje) kan dermed være så original, at selve sammensætningen beskyttes jf. § 1.

## 5.3 Ny æra for modeartikler

Udviklingen i EU-ret har medført, at det ikke i national ret er muligt at stille skærpede krav til visse værkstypers originalitet. Originalitetskravet er både nødvendigt og tilstrækkeligt i konstateringen af, om et fænomen nyder beskyttelse jf. OHL § 1.<sup>63</sup>

Dette gælder nu uden tvivl for brugskunst jf. *Cofemel*—her afviste EUD, at portugisisk ret kunne stille et ekstra krav om, at brugskunst skulle have en æstetisk virkning.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> *Schovsbo mfl* s176f

<sup>57</sup> *Infopaq*[39]—*Levola*[37]—*Cofemel*[29]—GA *Mio/konektra*[27]—GA *Cofemel*[62/65]—ECS Opinion s4/17—*Schovsbo mfl* s175/182—NIR22.3 s15f—*Schønning* s155/167/193—*Frahm & Kragmann* s49

<sup>58</sup> *Infopaq*[39]

<sup>59</sup> U13B.341

<sup>60</sup> *Ibid*—*Schønning* s156—U14B.220

<sup>61</sup> U14B.220—ECS Opinion s10

<sup>62</sup> *Schovsbo mfl* s176

<sup>63</sup> *Cofemel*[30]—*Madsen* 3 s67f

<sup>64</sup> *Cofemel*[56]—GA *Mio/konektra*[37]

Konsekvensen heraf for den danske brugskunstsstilling er ret begrænset—tendensen siden 1960 var, at stadigt flere udseender kunne beskyttes i § 1. Motiverne til 1961-ophavsretsloven sagde endda, at de almindelige ophavsretlige betingelser skulle anvendes i vurderingen af, om brugsgenstande udgjorde værker.<sup>65</sup>

Der var dog ét område, hvor domstolene gjorde undtagelse: modeartikler.<sup>66</sup>

I *Nørgaard* fremgik følgende passage i SHR's præmisser i spørgsmålet om beskyttelsen af en T-shirt—tiltrådt af Højesteret (*HR*):

”Under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der [...] betydelige krav i henseende til originalitet [...] for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som [...] er skabt til at være markedsmæssigt flygtige.”<sup>67</sup>

Det skærpede krav til modeartiklers originalitet må nu anses for at være i strid med EUD-praksis.<sup>68</sup>

HR tog højde herfor i *IJH*, da man med henvisning til *Cofemel* udtalte, at ”tøjmodeller efter omstændighederne kan og skal kvalificeres som værker af brugskunst”, og at dette også gjaldt fodtøj.<sup>69</sup> Trods dette blev *IJH*-gummistøvlen nægtet brugskunstbeskyttelse—trods at kombinationen af kendte elementer fra læderstøvler var en nyskabelse. Dette kan måske forstås sådan, at gummistøvlens udseende savnede et personligt præg.<sup>70</sup>

HR mente også at kunne udlede af *Cofemel*, at anvendelsen af innovative fremstillingskoncepter og -processer ikke nødvendigvis er originalt.<sup>71</sup> Designeren havde for HR forklaret, at der var blevet truffet flere utraditionelle materialevalg (naturgummi og EVA-plast) af designmæssige grunde mhp. at adskille støvlen fra markedet, hvilket dog havde voldt store udfordringer og nødvendiggjort en ny produktionsproces.

Det er interessant at sammenholde denne sag med *Ganni*-sagerne, der bl.a. omhandlede spørgsmålet, om *Gannis Buckle Ballerina* var brugskunst. Forløbet var ret bemærkelsesværdigt:

Kronologi	Instans	Sagsøgte	Brugskunst?
1	SHR	Steve Madden <sup>72</sup>	✓
2		Lulu <sup>73</sup>	✗
3		Bianco <sup>74</sup>	✗
4	LR	Steve Madden <sup>75</sup>	✓
5	SHR	Boozt <sup>76</sup>	✓

<sup>65</sup> *Schønning* s165—*Borcher* s94—NIR20.323 s332

<sup>66</sup> *Schønning* s168—NIR21.131 s132f—*Madsen* 3 s67

<sup>67</sup> U12.129H

<sup>68</sup> NIR21.131 s132f—*Schovsbo mfl* s73/92—*Madsen* 3 s67

<sup>69</sup> U20.2817

<sup>70</sup> Om nyhed og personligt præg: GA Mio/konektra[56]

<sup>71</sup> HR referer til *Cofemel*[23]: lagt til grund, at tøjet i sagen var resultatet af innovative fremstillingsprocesser

<sup>72</sup> BS-25562/2024-SHR

<sup>73</sup> BS-32550/2024-SHR

<sup>74</sup> BS-44774/2024-SHR

<sup>75</sup> U25.2087

<sup>76</sup> BS-59553/2024-SHR

Sag #1 var nok den første gang, at man beskyttede en modevare jf. OHL § 1 i en sag, hvor parterne var uenige herom—landsrettens (**LR**) kendelse (#4) var dog med sikkerhed første gang, at en appelinstant beskyttede en modevare jf. § 1.<sup>77</sup>

Forløbet må tages som udtryk for den usikkerhed, der omgiver kriteriet *frie og kreative valg*, samt det forhold, at domstolene skal finde sig til rette i en ny retstilstand, hvor mode ikke er underlagt et skærpet krav.

I sag #1 konstaterede SHR, at skoen bestod af kendte designelementer, som dog var ”*sammen-sat på en sådan måde—der ikke tidligere er set—at skoen er udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse*”. Man fremhævede kontrasten mellem de fine feminine elementer og hårdheden af de punk-inspirerede elementer. Resultat i sag #4 og #5 var baseret på lignende argumentation.

I sag #2 og #3 var præmisserne væsentligt anderledes—her fremhævede SHR den forklaring om designprocessen, som designeren havde givet i sag #1. Processen bestod i udarbejdelse af råskitser og sammensætning af temaer for at opbygge en kollektion, som involverede mange personer og afdelinger. Hun havde taget populære elementer fra tidligere Ganni-sko og kombineret disse mhp. at sænke produktionsomkostninger. Hun tilpassede senere designet pba. analyser og prøver, som hun havde modtaget fra produktionen. Produktionen valgte til sidst ”*hvilke styles, de vil beholde.*”

SHR konkluderede derfor, at skoen *ikke* var original, da den fremstod som en sammensætning af kendte designelementer, og at valgene måtte ”*anses for sædvanlige i en designproces i modeverdenen*”.<sup>78</sup>

Der kan ikke være tvivl om, at designprocessen er udtryk for en intellektuel indsats og kunnen, som dog er *foruren*et af flere kommercielle hensyn (opbygning af brandets DNA, genbrug af det, som har solgt godt, produktionsbesparelseshensyn, samt det forhold, at produktionen traf den endelige beslutning), som har indskrænket og bundet designeren i de trufne valg.

Tager man afsæt i det anførte om *andre begrænsninger* [s8], og fortolkningen, som ECS og senest GA har anlagt af kreative valg [s6], kan man spørge, om valgene var tilstrækkelige *frie*, idet hensynene udgør *andre begrænsninger*, eller *kreative*, da processen fremstår *håndværksmæssig*.

*Var* valgene *frie og kreative*, kan man spørge, om det er sandsynligt, at andre i samme position vil have frembragt en lignende sko, så skoen savner personligt præg [s9].

Sammenholder man i øvrigt med EUDs udtalelser i *Cofemel*, hvorefter ophavsrettens formål er at beskytte fænomener, der ”*fortjener at blive kvalificeret som værker*”, og hvorefter kumulation mellem design- og ophavsret ”*kun*” bør komme i betragtning i ”*visse situationer*”, virker det ikke som en selvfølge, at skoen er brugskunst.<sup>79</sup>

Det er interessant, at LR i sag #4 (og SHR i sag #1 & #5) mente, at skoen var original qua sammensætningen af kendte elementer—modsat HR i *IJH*, hvor gummistøvlen ikke var

---

<sup>77</sup> Søren Danelund Reipurth: Mode og ophavsret—Claus Barrett Christiansen: Østre Landsret stadfæster: Steve Madden krænker Gannis skodesign—retspraksistabel om mode i NIR21.131 s141

<sup>78</sup> BS-32550/2024-SHR—BS-44774/2024-SHR

<sup>79</sup> Cofemel[50ff]

original trods nyskabelsen i sammensætningen af kendte elementer fra læderstøvler samt de utraditionelle materialevalg.

Ganni-skoen er blot resultatet af en konventionel proces i modeverdenen—modsat er IJH-gummistøvlen resultatet af en ukonventionel proces, da de trufne valg stred direkte imod produktionsmæssige hensyn, hvorfor valgene her virker mere frie og kreative. At skoen—men ikke gummistøvlen—er brugskunst, er svært at forklare pba. ovenstående betragtninger.

## 6 Brugskunstens beskyttelsessfære

---

### 6.1 Enerettighederne

Ophavsmanden til et værk tildeles *økonomiske enerettigheder* jf. OHL § 2, stk. 1.

En udnyttelse af værket uden ophavsmandens samtykke er i strid med dennes eneret—man taler om *krænkelse*.

Eneretten indebærer retten til at råde over værket i oprindelig og ændret skikkelse—fx ved *eksemplar fremstilling*, som dækker over enhver hel/delvis fremstilling af værkseksemplarer på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form jf. stk. 2.

Et *værkseksemplar* (reproduktion/kopi) er en fysisk genstand, der gør det muligt at opleve værket.<sup>80</sup>

Indholdet af § 2 giver udtryk for, at krænkelse ikke blot foreligger, når andre fremstiller identiske kopier. Eneretten krænkes også af eksemplarer, som udgør *ændringer* af værket. Man taler om, at værkets beskyttelse har en vis udstrækning—en *beskyttelsessfære*.<sup>81</sup>

En fremstilling af et produkt, hvis udseende er tilstrækkeligt løsrevet fra et værk, vil dog ikke udgøre en krænkelse af eksemplar fremstillingsretten. Fremstillingen udgør i stedet *fri benyttelse*, jf. § 4, stk. 2, og ligger dermed uden for værkets beskyttelsessfære jf. § 2.

*Tilgængeliggørelsesretten* er retten til at gøre værket tilgængeligt for almenheden jf. § 2, stk. 2—fx ved at udbyde eksemplarer til salg (*spredningsret*).

En konkurrents fremstilling af efterligninger af et værk krænker ophavsmandens eksemplar fremstillingsret, og et efterfølgende salg heraf vil krænke spredningsretten.

Da begge situationer indebærer en krænkelse jf. § 2, er nærmere distinktion unødvendig i krænkelsspørgsmålet.

### 6.2 Krænkelsesvurderingen

Hverken OHL eller dens forarbejder uddyber ophavsrettens udstrækning.<sup>82</sup> Pba. retspraksis kan en række kriterier dog opstilles til statuering af krænkelse.

Når samtlige kriterier er opfyldt, foreligger der en krænkelse—ellers er det fri benyttelse.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Schovsbo mfl s136

<sup>81</sup> Ibid s174

<sup>82</sup> Borchers s97f

<sup>83</sup> Schovsbo mfl s179

### 6.2.1 Identitetsoplevelse

Traditionelt opstilles et krav om, at en betragtning af originalen og efterligningen medfører en *identitetsoplevelse*.

Kravet skulle indebære en drøftelse af, hvornår to fænomener opleves som *det samme*—dvs. om de er så nært beslægtede, at oplevelsen af den ene frembringelse overflødiggør oplevelsen af den anden.<sup>84</sup> Det er en konkret lighedsbedømmelse af de store linjer, og man skal mene, at de er det samme *trods forskellene*.<sup>85</sup> Fuldstændig identitet fordres ikke.<sup>86</sup>

Det kan diskuteres, om kriteriet fortsat har relevans, da kun de originale dele i et værk beskyttes [s10]. En indledende helhedssammenligning af værket med efterligningen forekommer derfor overflødig. Alternativt kan man diskutere, om kravet om genkendelighed [s15] ikke blot er en ny version af identitetsoplevelseskravet.

### 6.2.2 Det overtagne er originalt og ikke en idé

En forudsætning for krænkelse jf. § 2 er, at det, som efterligningen har overtaget fra værket, er beskyttet jf. § 1.

Har efterligningen blot overtaget værkets idé eller en uoriginal del, er det ikke en krænkelse, da disse ikke beskyttes jf. § 1.<sup>87</sup>

Hvor identitetsoplevelseskravet går ud på at abstrahere fra *forskellene* og dernæst vurdere, om udseenderne fremstår som det samme, går dette krav ud på, at man *tillige* skal abstrahere fra *de ligheder* mellem udseenderne, der beror på ubeskyttede elementer.

Ved brugskunst, der ofte har få originale dele, skal der dermed foretages en stor frasortering af elementer i krænkelsesvurderingen.

Se fx *Tripp Trapp*.<sup>88</sup> JYSK solgte to barnestole, som brugte samme konstruktive idé som Tripp Trapp-stolene, som tidligere var patentbeskyttet. Det var tidligere fastslået, at Tripp Trapp var brugskunstbeskyttet.<sup>89</sup>

HR forholdt sig til skønserklæringen, som identificerede lighederne mellem Tripp Trapp og JYSK-stolene—fx vinklingen og dimensioneringen af sidestykkerne, samt placering af sæde og fodplade. HR mente dog, at lighederne ikke angik det ophavsretlige særegne ved Tripp Trapp, men rettere ”*formelementer, der er følger af den konstruktive idé eller stolens funktion*”. En overtagelse af idéen var dermed ikke en krænkelse jf. § 2.

Spørgsmålet var dernæst, om JYSK havde overtaget de beskyttede dele—dvs. det stramme, stringente formsprog og de skrå L-formede støtteben. HR frifandt dog JYSK, da JYSKs stole ikke havde overtaget disse.<sup>90</sup>

Fsva. de udseender, hvis originalitet beror alene på den originale *sammensætning* af kendte elementer, vil krænkelse dog forudsætte en efterligning af *hele udseendet*, da det netop kun er

---

<sup>84</sup> Mogens Koktvedgaard: Immaterialretspositioner s118f

<sup>85</sup> Riis s549—Schovsbo mfl s174—Borcher s103

<sup>86</sup> Schønning s193

<sup>87</sup> Schovsbo mfl s174ff—ECS Opinion s9f/17f—NIR22.3 s15—GA Cofemel[62]

<sup>88</sup> U15.979H|U15.992H

<sup>89</sup> U01.747H

<sup>90</sup> Også U14.954H

her, at den beskyttede værksdel overtages.<sup>91</sup> En overtagelse af de samme kendte elementer—men sammensat på en anden måde—vil dermed ikke krænke § 2, da kun sammensætningen var beskyttet jf. § 1.

Se fx *Langeliniebestikket* hvor to efterligninger også havde rillede skafter. *Langelinies* moderne, harmoniske helhed var dog ikke overtaget, da efterligningerne var mere traditionelt udformede. Ligheden mellem bestikkene beroede dermed alene på den ubeskyttede del—rillemotivet—og § 2 var dermed ikke krænket.<sup>92</sup>

### 6.2.3 Genkendelighed

Den beskyttede del, som er overtaget fra originalen, skal også være *genkendelig* i efterligningen, så man med rimelighed kan sige, at der er sket en reproduktion af værket i strid med § 2.<sup>93</sup>

Kriteriet omformuleres også på følgende måde: Hvis efterligningen har frigjort sig tilstrækkeligt fra originalens beskyttede elementer, er der ikke nogen krænkelse.<sup>94</sup>

Se fx en sag om nogle tænd/sluk-kontakter, hvor HR udtalte, at efterligningen indebar ”en sådan frigørelse fra det særegne ved [originalens] udformning”, at efterligningen ikke krænkede originalen jf. § 2.<sup>95</sup>

En identisk gengivelse af en beskyttet del vil selvfølgelig være genkendelig. Det interessante er grænsedragningen mellem reproduktion af værket i ændret skikkelse (krænkelse), jf. OHL § 2, stk. 1, og den frie benyttelse (frifindelse) jf. OHL § 4, stk. 2. Hvor genkendeligt skal det overtage være? Se herom s38.

### 6.2.4 Kendskab

Det er et krav for statuering af krænkelse, at der skal være sket *efterligning*, hvorved blot forstås, at efterlignereren har haft *kendskab* til originalen, og at det har påvirket vedkommende i skabelsen af sin efterligning.<sup>96</sup>

I princippet kan to identiske værker begge beskyttes jf. OHL § 1 forudsat, at ophavsmanden til det senere værk ikke havde kendskab til det første—dvs. en uafhængig dobbeltfrembringelse vil ikke udgøre en krænkelse af det første værk jf. § 2.<sup>97</sup>

Krænkelsevurderingen vil i så fald falde ud til frifindelse, selvom det senere værk fremstår som en overtagelse af det tidligere værks originale dele på genkendelig vis.

Ophavsretten giver dermed ikke nogen *prioritetsbeskyttelse*, men alene en *efterligningsbeskyttelse*, da spørgsmålet om krænkelse beror på efterlignerens subjektive forhold.<sup>98</sup>

Kravet har særlig relevans for brugskunst, som oftere befinder sig i den lave ende af originalitetsskalaen—det minimalistiske formsprog, brugsformålene og de tekniske hensyn, der forfølges, forøger jo risikoen for, at andre skaber en lignende frembringelse.<sup>99</sup>

---

<sup>91</sup> ECS Opinion s18/22f—NIR22.3 s18f—GA Mio/konektra[71]

<sup>92</sup> U61.1027H

<sup>93</sup> *Schovsbo mfl* s178—GA Mio/konektra[65/67/73]

<sup>94</sup> *Frahm & Kragmann* s49

<sup>95</sup> U12.3189H—også U15.979H

<sup>96</sup> *Schovsbo mfl* s175—*Schønning* s194

<sup>97</sup> *Borcher* s106—*Riis* s549—GA Cofemel[64]

<sup>98</sup> *Schovsbo mfl* s175—*Madsen* 3 s26f

<sup>99</sup> *Borcher* s106—ECS Opinion s17

I princippet skal bevisbyrden for efterlignerens kendskab løftes af den, som påstår krænkelse.<sup>100</sup> Ofte er det svært for sagsøgeren at føre bevis herfor, da sagsøgtets forhold typisk er en lukket verden for sagsøger—se dog *Würtz*, hvor konkurrenten uden tvivl havde kendskab, da han havde købt originalstellet, samt det forhold, at han i en e-mail til en kinesisk producent havde nævnt originalstellet.<sup>101</sup>

Det ses, at domstolene inddrager nogle momenter i kendskabsvurderingen, som reelt gør, at bevisbyrden lettere løftes—der sker en objektivisering.

Dobbeltkabelskriteriet kan spille en rolle—hvis der er tale om et værk, hvor risikoen for, at andre vil skabe noget lignende, er stor, taler det for, at der ikke var kendskab til originalen.<sup>102</sup>

Har konkurrentens udseende en *stor grad af lighed* med værket, lægges det ofte til grund, at udseendet ikke kunne være skabt uden kendskab til værket, da andet vil være urealistisk.<sup>103</sup> Princippet kaldes *res ipsa loquitur* eller *forholdet taler for sig selv*, men det skal dog anvendes med varsomhed for udseender, da sandsynligheden for dobbeltfrembringelse netop er mere nærliggende.<sup>104</sup> Konkurrentens mangel på dokumentation på en *selvstændig produktudvikling* vil også have betydning.<sup>105</sup>

Hvis originalen er *velindarbejdet* eller endda *ikonisk*, kan dette have betydning, idet ophavsrettens mangel på prioritetsbeskyttelse i så fald bliver underordnet.<sup>106</sup> Man kan sige, at et ikonisk værk får en kvasiprioritetsbeskyttelse, da ukendskab er urealistisk.

Det forhold, at de to brugsgenstande, som produktefterligningssagen angår, kan have det samme værk som *forbillede* skal man dog have i mente.<sup>107</sup>

Se fx *Ganni* sag # 1: Det blev tillagt vægt, at Steve Maddens sko kun fraveg fra *Buckle Ballerina* på uvæsentlige punkter, og SHR fandt derfor, at det var ”*usandsynligt, at [Steve Maddens sko], der fremstår som en meget nærgående efterligning, er udformet uden kendskab til Buckle Ballerina.*”<sup>108</sup>

SHR tilsidesatte dermed forklaringen, som Steve Maddens ansvarlige leder havde afgivet, hvor han påstod, at han intet kendskab havde til Ganni, og at designprocessen tog udgangspunkt i kommende trends. Designprocessen blev uddybet i kæresagen, men LR tiltrådte desuagtet SHR’s vurdering.<sup>109</sup>

## 7 Intro til design- og markedsføringsretten

---

Den design- og markedsføringsretlige beskyttelse af udseender skitseres her i det omfang, det er nødvendigt for at give læseren en grundlæggende forståelse. En nærmere analyse følger i kap. 9.

---

<sup>100</sup> *Schovsbo mfl* s193—*Borcher* s106

<sup>101</sup> BS-15944/2020-OLR

<sup>102</sup> *Schønning* s195—modsat GA Mio/konektra[72]

<sup>103</sup> *Borcher* s107—*Schovsbo mfl* s193—*Koktvedgaard* s134—*Madsen* 3 s27

<sup>104</sup> *Koktvedgaard* s135—*Schovsbo mfl* s175/194

<sup>105</sup> *Borcher* s107—GA Mio/konektra[72]

<sup>106</sup> *Borcher* s107—ECS Opinion s17

<sup>107</sup> *Schovsbo mfl* s175—*Schønning* s195

<sup>108</sup> BS-25562/2024-SHR—også U01.747H|U09.1789H

<sup>109</sup> U25.2087

## 7.1 Designrettens fremtoningsbeskyttelse

### 7.1.1 Anvendelsesområde

I 2003 trådte DSF i kraft, som etablerede EU-designretten.

Skaberen af et design opnår eneret til det, hvis det opfylder betingelserne jf. DSF art. 1.

Art. 1(2) hjemler beskyttelse til to typer—det *registrerede* EU-design (**RD**) jf. litra b, og det *uregistrerede* EU-design (**UD**) jf. litra a.

Når *design/designretten* nævnes, skal forstås en henvisning til begge typer, da de indholdsmæssigt er ret ens. Er der forskelle, vil de omtales separat.

Et *design* er et produktudseende, som visuelt består af de særlige træk ved selve produktet eller dets udsmykning jf. art. 3. Der stilles intet krav om æstetisk virkning eller hensigt.<sup>110</sup>

Et *produkt* er en industrielt eller håndværksmæssigt fremstillet artikel jf. art. 3—herunder de i afhandlingen udeladte emner såsom emballage, reservedele mv.

Et design skal være nyt og have individuel karakter jf. art. 4(1).

Det er *nyt*, hvis ingen identiske design var offentliggjort forinden jf. DSF art. 5(1). To design er *identiske*, hvis de ikke adskiller sig fra hinanden ud over på uvæsentlige måder jf. art. 5(2). Vurderingen består i en nøgtern konstatering af forskelle og er således objektiv i karakter.<sup>111</sup>

Det har *individuel karakter*, når en informeret bruger får et andet *helhedsindtryk* ift. allerede offentliggjorte design jf. art. 6(1). Kravet er subjektivt i sin natur, da det indebærer en betragtning af designet fra perspektivet af den informerede bruger. Idéen er kun at give beskyttelse til det, som har bidraget til designudviklingen. Kravet får dermed en markedsorienteret karakter.<sup>112</sup> Samfundet har interesse i nyskabelse—ikke i det banale eller fortærskede, hvorfor disse ikke berettiger beskyttelse som design.

Kravene overlapper, da et design også er nyt, hvis det har individuel karakter. Nyhedskravets formål er praktisk, da det tillader en hurtig og objektiv frasortering af det, som allerede er kendt.<sup>113</sup>

Et tidligere design er *offentliggjort*, hvis det er registreret, udstillet, benyttet kommercielt mv. jf. art. 7(1). Man kigger globalt—dog anses design ikke for offentliggjorte, hvis fagkredsen (fx møbeldesignere) i EU ikke med rimelighed kunne have fået kendskab hertil.

### 7.1.2 Beskyttelsessfære

Med en designret kan man forbyde andres brug af designet jf. art. 19(1). *Brug* er fx fremstilling, salg mv.

Designrettens beskyttelsessfære omfatter de udseender, som ikke giver et andet *helhedsindtryk* jf. art. 10. Helhedsindtryksbegrebet anvendes både i vurderingen af, om udseendet kan beskyttes som et design, samt i udmålingen af dets beskyttelsessfære.

---

<sup>110</sup> Schovsbo mfl s457

<sup>111</sup> Ibid s463

<sup>112</sup> Ibid s466

<sup>113</sup> Ibid s462

## 7.2 Markedsføringsrettens fremtoningsbeskyttelse

Fremtoningsbeskyttelsen i MFL har et andet udgangspunkt end den immaterialretlige.

MFL fastslår, at en erhvervsdrivende skal overholde en adfærdsnorm kendetegnet af tilbørlighed og rimelighed, som begrundes i et hensyn til konkurrenter, forbrugere og samfundet.<sup>114</sup> Forbrugerne og samfundet har en interesse i loyal oplysning, så de kan træffe rationelle valg ved køb af varer og ydelser—en erhvervsdrivendes interesse i profit vil ikke altid flugte hermed. Dette er en markedsfejl, som MFL søger at rette op på.<sup>115</sup>

Immaterialrettens formål er at give snævre monopoler til bestemte *fænomener*.<sup>116</sup> MFL har til formål at værne mod *markedsadfærd* karakteriseret af illoyal markedsfortrængning—fx tilegnelse af andres indsats (*snylteri*).<sup>117</sup>

Dette sikres med § 3-generalklausulen:

”Erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser [...]”

§ 3 har i retspraksis udviklet sig til et værn mod produkt efterligninger, da en tredjemand derved snylter på andres succesfulde udseender mhp. at fortrænge dennes markedsposition.<sup>118</sup>

### 7.2.1 Beskyttelsesgenstand

Hovedreglen er—i fraværet af en immaterialretlig eneret—at tredjemænd kan påføre andre konkurrence ved salget af produkter, som konkurrerer på udseendet.<sup>119</sup> Konkurrence er i sig selv et gode, og angreb på andres markedsposition er dermed legitimt.

§ 3 griber kun ind i markedet under særlige omstændigheder.<sup>120</sup>

Beskyttelsesgenstanden er den *beskyttelsesværdige markedsposition*—ikke *fænomenet* (værket/designet) som i immaterialretten.<sup>121</sup> Denne principielle forskel vil komme til udtryk på flere måder.

Betingelsen for et udseendes beskyttelse i § 3 er *kommerciel adskillelsesevne*, som består af to aspekter (terminologien anvendes dog ikke konsekvent).<sup>122</sup>

Adskillelsesevnen kan opnås qua udseendets *iboende særpræg*.<sup>123</sup> Designindsatsen har altså frembragt et udseende, som *i sig selv* er beskyttelsesværdig.

Evnen kan også opnås qua *markedsindarbejdelse*, hvilket er naturligt, da beskyttelsesgenstanden er markedspositionen. Indsatsen, der lå i at få produktet til at slå an, kan være

---

<sup>114</sup> Trzaskowski s3f/27f/38

<sup>115</sup> Ibid s3f

<sup>116</sup> Madsen 3 s17f

<sup>117</sup> Trzaskowski s7—U09B.151—Frahm & Kragmann s20

<sup>118</sup> U09B.151

<sup>119</sup> Borchers s154

<sup>120</sup> U02B.101 s104

<sup>121</sup> Borchers s157—Trzaskowski s7—Caroline Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret s408—Madsen 2 s177/180—Madsen 3 s18—Frahm & Kragmann s43/51

<sup>122</sup> Madsen 2 s180—Frahm & Kragmann s43—Riis s545—Borchers s163

<sup>123</sup> Riis s546—Frahm & Kragmann s43—Borchers s163—Madsen 2 s183

beskyttelsesværdig (indikeret ved kommerciel succes), og denne indsats kan opveje et beskedent særpræg.<sup>124</sup>

### 7.2.2 Beskyttelsessfære

En forudsætning for krænkelse af et udseende er, at efterligningen er *utilbørlig/en retsstridig markedsfortrængning*—hvad der herved forstås, har været omdiskuteret.<sup>125</sup>

Hensynet til en fri konkurrence tilsiger, at § 3 ikke bringes i anvendelse alt for ofte over for tredjemand. Tidligere statuerede man kun krænkelse ved *slaviske* efterligninger, men i dag kan krænkelse også bestå i en *nærgående* efterligning.<sup>126</sup>

Markedsføringen af en nærgående efterligning vil i sig selv anses for *utilbørlig*, men anden markedsføringen kan også tillægges betydning [s41].

## 8 Diskrepanserne

---

Det konstateres, at retsgrundlagene alle beskytter udseender, og at beskyttelsen kumuleres.

I kapitlet vil dette overlap analyseres mhp. at afsløre evt. diskrepanser. Pba. heraf vil man med større sikkerhed kunne udtale sig om, hvilke momenter som tillægges vægt i de enkelte retsgrundlag.

Analysen vil vedrøre de momenter, som anvendes i følgende faser:

- i. Beskyttelsens stiftelse
- ii. Anvendelsesområdet (tildelingen af beskyttelse)
- iii. Beskyttelsessfære (statueringen af krænkelse)
- iv. Beskyttelsens ophør

I analysen inddrages domspraksis: Hvis en sag har verseret ved flere instanser, tillægges kun den øverste instans afgørelse vægt, medmindre den lavere instans præmisser også derved blev tiltrådt.

### 8.1 Stiftelse

Spørgsmålet om beskyttelsens stiftelse drejer sig om det tidspunkt, hvor udseendet opnår beskyttelse. Stiftes beskyttelsen ikke, er man magtesløs over for andres efterligning.

#### 8.1.1.1 DSF

I designretten er der en forskel på RD og UD'et.

RD'et stiftes ved **registrering** og ansøgning herom indgives til EUIPO jf. DSF art. 35.

Når RD'et er registreret, vil dets retsvirkning være anset for indtrådt på ansøgningsdagen jf. art. 12(2).

Der gælder en nyhedsskånefrist—dvs. nyhedskravet er opfyldt, uanset at designet var offentliggjort op til 1 år før ansøgningsdagen jf. art. 7(2). Man kan dermed vente 1 år, før man beslutter sig, om det er værd at registrere designet. Indtil da er det beskyttet som et UD.

---

<sup>124</sup> Riis s546—Borcher s166—Madsen 2 s181—U02B.101 s104

<sup>125</sup> NIR20.323 s336—U02B.101 s104

<sup>126</sup> Borcher s201

Et UD stiftes ved **offentliggørelse** jf. art. 11—dvs. ved kommerciel udnyttelse (fx markedsføring) eller bekendtgørelse på anden vis i EU, hvis den pågældende fagkreds med rimelighed kan opnå kendskab til det gennem deres forretningsførelse. Det er blot et krav, at offentliggørelse er sket i én medlemsstat.<sup>127</sup> Et UD har altså den fordel, at stiftelsen er formalitetsfri—**formløs**.

Udover den offentliggørelse, der kræves for stiftelsen af et UD, gælder der ikke i designretten et krav om **ibrugtagning** af designet. Designet behøver ikke at være fremstillet eller solgt.<sup>128</sup> Et unikum kan beskyttes, hvis det er registreret eller offentliggjort.

#### 8.1.1.2 MFL

Stiftelsen jf. MFL § 3 er også formløs, men adskiller sig fra UD'et, da der skal mere til end offentliggørelse.<sup>129</sup>

§ 3 beskytter markedspositionen, som afspejles i en adskillelsesevne, og en forudsætning herfor er, at udseendet har en **markedsværdi**.<sup>130</sup>

Dermed er ibrugtagning—modsat designretten—en stiftelsesforudsætning, og brugen skal have skabt en markedsværdi. Se fx **Halskæden**, hvor en halskæde ikke nød beskyttelse jf. § 3, da markedsføring i Danmark ikke var bevist—det var dog ikke til hinder for beskyttelse som et UD.<sup>131</sup>

En markedsføring af et produkt er dog ikke altid tilstrækkelig til at stifte en beskyttelse af udseendet—se fx **Ganni** sag #3, hvor Ganni påstod krænkelse af flere af deres skomodeller. To af skoene nød dog ikke beskyttelse qua manglende adskillelsesevne—trods at de var udbudt på Gannis hjemmeside. Modsat nød **Buckle Ballerina** beskyttelse jf. § 3 bl.a. pga. omsætningen på 14 mio. kr. og omtalen i medier.<sup>132</sup>

Hvornår et udseende har nok markedsværdi, er svært at sige præcist. Det kan tænkes at afhænge af det konkrete produktmarked—det vil nok være lettere at opnå adskillelsesevne på markeder med lav omsætning, og som ikke er mættet med produkter, ift. et overmættet marked med milliardomsætning.

#### 8.1.1.3 OHL

Stiftelsen af et værks beskyttelse jf. OHL § 1 er også formløs—den stiftes ved værkets **frembringelse**, dvs. når værket foreligger på en måde, som kan opleves af andre jf. objektivitetskravet.<sup>133</sup>

Modsat UD'et og MFL § 3 kræves hverken offentliggørelse eller en markedsværdi.<sup>134</sup> OHL § 1 kan dermed tænkes at beskytte nogle udseender, som ikke beskyttes som et UD eller jf. MFL § 3 qua manglende opfyldelse af disse kriterier.

---

<sup>127</sup> Schovsbo mfl s457

<sup>128</sup> Ibid s458/496

<sup>129</sup> U02B.101 s104

<sup>130</sup> NIR05.420 s428—U09B.151 s156—Frahm & Kragmann s43

<sup>131</sup> V-6-09—også BS-31417/2022-SHR

<sup>132</sup> BS-44774/2024-SHR

<sup>133</sup> Schønning s138—Madsen 3 s20/26/77

<sup>134</sup> Schønning s138—Borcher s72

Beskyttelsen af udseendet jf. § 1 kan endda opstå inden en fremstilling af produktet i 3d-form—dvs. allerede i udviklingsstadiet. En *skitse* af brugskunst beskyttes på lige fod med selve 3d-formen, hvis skitsen er original.<sup>135</sup>

Brugskunstskitens beskyttelse vil endda omfatte 3d-formen, da ophavsretten omfatter bearbejdelser jf. OHL § 2, stk. 1.<sup>136</sup> Dette kaldes *indirekte produktbeskyttelse*. En konkurrents fremstilling af produktudseendet, som skitsen skildrer, kan derfor medføre en krænkelse.

#### 8.1.1.4 Tvivl

Et RD har den fordel, at omverdenen kan konstatere dens eksistens qua registreringen. Derimod skal et værk, et UD og beskyttelsen jf. MFL § 3 fastslås af en domstol med den usikkerhed, dette indebærer.

Der vil dog være en tvivl om RD'ets gyldighed, da udseendets individuelle karakter ikke efterprøves af EUIPO jf. DSF art. 45. Tvivlen afhjælpes delvist af en *formodning* for gyldighed jf. art. 85(1), og det vil påhvile modparten at modbevise denne formodning for gyldighed, hvilket er en betydelig processuel fordel for rettighedsindehaveren.<sup>137</sup>

Et UD har ikke denne formodning for sig—dog indrømmes en bevislettelse jf. DSF art. 85(2). Et UD anses for at være gyldigt, hvis blot indehaveren kan indikere nærmere, hvad der giver udseendet individuel karakter.<sup>138</sup>

## 8.2 Anvendelsesområdets momenter

I afsnittet belyses de momenter, som indgår i vurderingen af, om et udseende beskyttes, samt forskellene i retsgrundlagene hvad dette angår.

### 8.2.1 Helhedsvurdering

Spørgsmålet er, hvordan domstolene tilgår vurderingen af, om et udseende beskyttes.

En *helhedsvurdering* indebærer, at udseendets helhedsfremtoning tages i betragtning i vurderingen af, om kravet til *originalitet*, *individuel karakter* eller *iboende særpræg* er opfyldt. Beskyttelsen tildeles *hele* udseendet.

En anden tilgang er, at man *fastslår præcist* de elementer i udseendet, som isoleret opfylder ét eller flere af disse tre krav, og som derfor tildeles beskyttelse.

Indledningsvist konstateres, at retsgrundlagene ikke beskytter idéer—man beskytter alene idéens udtryk i en konkret form, men grænsedragningen er ikke altid skarp.<sup>139</sup> Et udseendes idé skal således ikke inddrages i vurderingen af dets beskyttelse.

#### 8.2.1.1 DSF

Om et udseende har individuel karakter, beror på en sammenligning af dets helhedsindtryk med helhedsindtrykket af kendte design jf. DSF art. 6(1). Hvis den informerede bruger *ikke* derved

---

<sup>135</sup> Schønning s138—Schovsbo mfl s69

<sup>136</sup> Schønning s149/175

<sup>137</sup> Schovsbo mfl s496f

<sup>138</sup> Ibid—Karen Millen[47]

<sup>139</sup> U99B.55—Frahm & Kragmann s32—Schovsbo mfl s459—Riis s572—Se fx V-34-10|V-142-03: hvor to produkters idé ikke beskyttes

får et *déjà vu*, har udseendet individuel karakter.<sup>140</sup> Kun forskelle ift. det kendte, som er tilstrækkelige til at give udseendet et andet helhedsindtryk, tillægges afgørende vægt.<sup>141</sup>

Dele, hvis formgivning beror på teknik, bortfiltreres dog i sammenligningen, da disse ikke nyder beskyttelse [s28].<sup>142</sup>

Når der tales om en helhedsvurdering, så menes det virkelig: Sammenligningen skal ske mellem design *i deres helhed*—man kan ikke løsrive delene fra de kendte design, som indgår i sammenligningen, og sammenholde disse løsrevne dele med de tilsvarende dele i det pågældende udseende.<sup>143</sup>

#### 8.2.1.2 OHL/MFL

Det nævnes ofte, at en helhedsvurdering også anvendes i konstateringen af *originalitet* og *særpræg* jf. OHL § 1/MFL § 3.<sup>144</sup>

Det er dog tvivlsomt, om dette er retvisende fsva. ophavsretten, da EUD-praksis har fastslået, at beskyttelsen kun tildeles de originale dele [s10]. Testen går i stedet ud på at identificere netop de værksdele, som er originale og berettiger beskyttelse.

Risikoen ved helhedsvurderingen er, at det bliver uklart, hvad, der er originalt, hvilket komplicerer krænkelsesvurderingen og kan resultere i en overbeskyttelse af værker med få originale dele.<sup>145</sup>

Fsva. MFL § 3 er det uklart, hvilken tilgang anvendes—bl.a. fordi domstolene ofte behandler ophavs- og designretten først og dernæst kort berører beskyttelsen jf. MFL § 3. Desuden behandles tildelingen af beskyttelse og krænkelsen deraf jf. MFL § 3 nogle gange samlet—derfor er det mere oplagt at berøre spørgsmålet om tilgangen efter § 3 i det tilsvarende afsnit om beskyttelsessfæren [s32].

#### 8.2.1.3 Implikationer

Spørgsmålet er, hvilken konkret effekt det har, at en helhedsvurdering anvendes i designretten, men ikke jf. OHL § 1.

At individuel karakter beror på et helhedsindtryk gør, at et udseendes helhed kan designbeskyttes, selv hvis det indeholder kopierede elementer fra andre designs. Dette kommer ikke nødvendigvis udseendets individuelle karakter til skade—det afgørende er blot, om der er tilføjet udseendet tilstrækkeligt med andre elementer, som gør, at den informerede bruger ikke får *déjà vu*.

Om et udseende beskyttes jf. OHL § 1, afhænger derimod af tilstedeværelsen af mindst én del med originalitet. Et udseende kan også godt overtage kendte elementer uden, at det har en negativ konsekvens for den ophavsretlig beskyttelse—men det skyldes jo, at beskyttelsen slet ikke omfatter disse uoriginale dele, kun de originale. Heri består modsætningsforholdet mellem ophavs- og designretten: Designbeskyttelsen tildeles *hele* udseendet, modsat brugskunstbeskyttelsen.

---

<sup>140</sup> *Schovsbo mfl* s467—T-352/19[17]

<sup>141</sup> T-1158/23[51]

<sup>142</sup> *Ibid*[57]

<sup>143</sup> Karen Millen[35]—T-1158/23[57]

<sup>144</sup> *Schønning* s165—*Borcher* s82—*Riis* s532—U09B.151 s153—*Madsen* 2 s186

<sup>145</sup> ECS Opinion s20

Afslutningsvist kan det også pointeres, at man i vurderingen af et RD's individuelle karakter skal tage udgangspunkt i *designregistreringen*. Dette står i modsætning til de øvrige beskyttelsestyper, som stiftes formløst, hvor man naturligt kun har udseendets *faktiske* fremtoning at forholde sig til.<sup>146</sup>

### 8.2.2 Markedsforhold

Spørgsmålet er her, om markedsforhold kan tillægges vægt i vurderingen af, om et udseende nyder beskyttelse.

#### 8.2.2.1 DSF

I vurderingen af individuel karakter skal man tage hensyn til designerens frihedsgrad i udviklingen af designet (*frihedsmomentet*) jf. DSF art. 6(2).

Tærsklen sænkes, hvor designeren har haft en *lav* frihedsgrad pga. tekniske eller lovgivningsmæssige krav, der stilles til designet. *Mindre forskelle* i udseendet sml. med kendte design bliver tilstrækkelige til at give en informeret bruger et andet helhedsindtryk. Omvendt, hvis designeren har haft en *høj* frihedsgrad, skal forskellene være mere *markante* sml. med kendte designs før udseendet har individuel karakter.<sup>147</sup>

Markedets forventninger til produktarten—fx trends—skal dog ikke indgå i frihedsmomentet.<sup>148</sup> Da frihedsgraden ikke indskrænkes af markedets forventninger, vil en designer anses for at have stor frihed i fx modeindustrien—dermed stilles et højere krav til en modeartikels individuelle karakter, hvis det skal designbeskyttes. Se fx en sag om et LED-stearinlys: EU-Retten udtalte, at designeren havde stor frihed—til trods for designerens argumenter om, at et LED-lys, som ikke ligner traditionelle stearinlys, slet ikke efterspørges af forbrugerne.<sup>149</sup>

I designretten tages også hensyn til markedets *mættethed*.<sup>150</sup> Et stort udbud af produktarten medfører mættethed. I så fald bliver den informerede bruger mere sensitiv over for udseendets mindre designforskelle ift. kendte design med den virkning, at tærsklen for individuel karakter sænkes. Mættethedsmomentet kan dog ikke medføre, at et udseende med blot små detaljeforskelle ift. det kendte opnår designbeskyttelse.<sup>151</sup>

#### 8.2.2.2 MFL

Friheds- og mættethedsmomentet ses ikke anvendt i stor grad jf. MFL § 3—man kan hævde, at de slet ikke er nødvendige at inddrage.

Det kan tænkes, at udseender ofte beskyttes jf. MFL § 3 uanset, at frihedsgraden var høj og markedet umættet—hvilket i designretten vil hæve den tærskel, som skal overkommes til at opnå beskyttelse—da særprægskravet i forvejen er meget beskedent [s27].

I *Alterlyset* tillagde SHR det dog vægt i særprægsvurderingen, at der ved formgivningen af stearinlys var en betydelig frihedsgrad.<sup>152</sup>

---

<sup>146</sup> T-1158/23[63]

<sup>147</sup> *Schovsbo mfl* s470f—T-1158/23[32f]

<sup>148</sup> *Schovsbo mfl* s471—T-1158/23[37ff]

<sup>149</sup> T-1158/23[38]

<sup>150</sup> *Schovsbo mfl* s466

<sup>151</sup> T-1158/23[52 & 64]—T-352/19[18]

<sup>152</sup> BS-50402/2024-SHR

Et markedsmoment som inddrages jf. § 3—men ikke designretligt<sup>153</sup>—er, om udseendet er en *kommerciel succes*, da dette kan give udtryk for markedsindarbejdelse, hvilket taler for adskillelsesevne [s20].

### 8.2.2.3 OHL

Spørgsmålet er, om sådanne markedshensyn inddrages i ophavsretten, da ophavsretten i almindelighed ikke er særlig kommerciel i sin natur.<sup>154</sup>

ECS mener, at skabelsen af et udseende, som blot følger en trend, ikke indebærer kreative valg [s6]. Dette er en slags hensyntagen til markedet—dog med den virkning, at det taler *mod* beskyttelse.

I den nu forladte retsstilling om modeindustrien (et mættet marked) tog man hensyn til markedets bevægelsesfrihed [s10]. Denne hensyntagen havde dog den effekt, at tærsklen for originalitet blev hævet—modsat designrettens mættethedsmoment, hvor kravet til individuel karakter lempes.

SHR nævnte også i *Nørgaard*, at det ikke var afgørende for t-shirtens originalitet, om den blev en kommerciel succes—modsat ved MFL § 3, hvor dette moment netop taler *for* beskyttelse.<sup>155</sup>

Skaberens frihed ved skabelsen af udseender er generelt lavere end ved den rene kunst—især hvis man i formgivningen har taget mange praktiske eller tekniske hensyn, som ikke efterlader meget plads til at træffe kreative valg og stemple udseendet med et personligt præg. I en sådan situation, kan man sige, at designerens frihedsgrad er lav—som man gør ved designrettens frihedsmoment.

Forholdet, at designerens frihed er lav, giver dog også her et forskelligt udfald i ophavs- og designretten. I ophavsretten vil dette forhold tale *mod* originalitet, da det er mere sandsynligt, at andre kunne skabe noget lignende jf. dobbeltskabelseskriteriet.<sup>156</sup> Derimod vil forholdet i designretten gøre, at individuel karakter *lettere* konstateres.

Se fx en sag om opbevaringsbokse, hvor det forhold, at der var tale om et produkt i høj grad præget af funktionalitet, medførte, at skaberens mulighed for at træffe frie og kreative valg måtte anses for begrænset. Med det i mente var boksene ikke originale—dog nød de beskyttelse jf. MFL § 3.<sup>157</sup>

### 8.2.3 Nyhed

I designretten stilles et krav om nyhed, hvilket også følger indirekte af *individuel karakter* [s17].

Et nyhedskrav ses derimod ikke i OHL § 1 eller MFL § 3.<sup>158</sup> Dermed kan disse retsgrundlag i princippet beskytte udseender, som vil diskvalificeres fra designbeskyttelse qua manglende nyhed.

Spørgsmålet er, om nyhed alligevel indirekte spiller en rolle.

---

<sup>153</sup> T-1158/23[64]

<sup>154</sup> *Madsen* 3 s56

<sup>155</sup> U12.129H

<sup>156</sup> ECS Opinion s13ff—*Schønning* s154

<sup>157</sup> B-1259-17 set i *Frahm & Kragmann* s254

<sup>158</sup> *Schovsbo mfl* s76—*Borcher* s167

### 8.2.3.1 OHL

Det siges traditionelt, at der gælder et *subjektivt nyhedskrav* i ophavsretten. Identiske udseender kan i teorien begge beskyttes som værker, hvis de er frembragt uden kendskab til hinanden—deri subjektiviteten.<sup>159</sup>

Fsva. brugskunst arbejder man dog med konceptet om *fælleseje*. Visse formgivninginger for visse typer produkter anses dermed at tilhøre det almindelige formforråd, som ikke beskyttes jf. OHL § 1—uagtet at nyhed formelt ikke er et krav.

Dette forhold kan udledes på forskellige måder. Fx vil dobbeltskabelseskriteriet afskære de udseender fra beskyttelse jf. § 1, som blot består af kendte elementer, da sandsynligheden for, at andre uafhængigt vil skabe noget lignende, er høj.<sup>160</sup> Nogle anfører, at originalitet beror på en sådan forbindelse mellem ophavsmanden og udsendet, at han med rimelighed kan anses for at have skabt det—ergo er en ubearbejdet videregivelse af det, som er kendt, uoriginalt.<sup>161</sup>

Fællesejebetragtningen flugter ikke med det subjektive nyhedskrav, da en dogmatisk forståelse heraf indebærer, at en person—helt uden kendskab til fx lampedesign—kan skabe en beskyttet lampe jf. § 1, selvom den ikke adskiller sig fra fællesejet.

Derfor taler man om et *objektiveret nyhedskrav*, som indebærer en formodning for, at visse formgivninginger var kendte på forhånd af skaberens af et udseende.<sup>162</sup> Det lægges til grund, at visse former er fælleseje uden hensyntagen til skaberens kendskab hertil—deri objektivering. Dermed sikres, at man frit kan anvende kendte formelementer, da ingen kan få eneret til dem. Fx *Langeliniebestikket*: Det blev lagt til grund, at rillemotivet på skaftet ikke var nyt—dermed ingen beskyttelse jf. § 1.<sup>163</sup>

### 8.2.3.2 MFL

Selv i den situation, hvor udseendets særpræg er beskedent, er der mulighed for at opnå adskillelsesevne ved indarbejdelse, hvorfor der ikke kan stilles et *krav* om nyhed jf. MFL § 3.<sup>164</sup>

Se fx en sag om et spotlys, som var designet, så den visuelt lignede de øvrige i spotlysserien. Da udsendet slet ikke var nyt, kunne det ikke beskyttes som et design—dog var de valg, som var truffet mhp. at emulere de øvrige spotlys, tilstrækkelige til, at den nød beskyttelse jf. § 3.<sup>165</sup>

Se dog en sag, hvor det forhold, at pusletasken ved dens introduktion adskilte sig væsentligt fra markedets pusletasker, talte *for* at tasken havde særpræg.<sup>166</sup> Nyskabelse vil dermed ikke være et krav jf. § 3, men en nyskabelses tilstedeværelse kan dog tale *for* særpræg.

## 8.2.4 Grænsen til fællesejet

Helt centralt for retsområdet er spørgsmålet om grænsedragningen mod fællesejet—de udseender, som udelukkes fra fremtoningsbeskyttelse.

Det erindres, at det afgørende er *originalitet*, *individuel karakter* eller *adskillelsesevne*—for fremtoningsbeskyttelse kunne det samlet kaldes et krav om *særegenhed*.

---

<sup>159</sup> Schovsbo mfl s76—Schønning s154

<sup>160</sup> GA Mio/konekra[56]

<sup>161</sup> Schovsbo mfl s71—Schønning s155

<sup>162</sup> Schønning s154/166—Borcher s90f—Madsen 3 s66

<sup>163</sup> U61.1027H—også U68.576H|U23.2688H

<sup>164</sup> U09B.151 s153—Madsen 2 s185f

<sup>165</sup> BS-10889/2018-SHR

<sup>166</sup> V-88-15

Som det vil fremgå, er det ikke et krav til et udseendes beskyttelse, at det indeholder et decideret designelement, som adskiller sig fra fællesejet og dermed er særegent. Et udseende bestående alene af fællesejeelementer, kan også beskyttes, hvis det udgør en *særegen sammensætning af fælleseje*.

Det forhold, at beskyttelse kan statuere pba. en sådan sammensætning, har en væsentlig betydning for beskyttelsen af udseender, da det er sjældent i dag, at disse har åbenbart særegne designelementer—i stedet fremstår brugsgenstande ofte ret minimalistiske.

#### 8.2.4.1 OHL

At brugskunstbeskyttelse kan opnås ved blot en original sammensætning af fælleseje, er nu et gængs princip i ophavsretten.<sup>167</sup> Denne sammensætning vil være den eneste del i udseendet, som beskyttes, da de øvrige dele ikke selvstændigt er originale.

Dette kan måske støttes på *Infopaq*, hvor EUD udtalte om litterære værker, at de enkelte ord ikke i sig selv var værker, men:

”Det er først i kraft af valget, placeringen og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et [værk].”<sup>168</sup>

Anvendes dette analogt på brugskunst, vil ord svare til fællesejeelementer. En original sammensætning af fælleseje kan dermed være brugskunst—ligesom en original sammensætning af ord kan udgøre et litterært værk.

Dette er lagt til grund i flere sager om ophavsretlig beskyttelse, herunder i de *Ganni*-sager, hvor man tilkendte brugskunstbeskyttelse [s10].<sup>169</sup>

*Kubus Bowl* er et godt eksempel.<sup>170</sup> *Kubus Bowl* er en planteskål bestående af et kubeformet stel med en halvkugleformet skål placeret i kubens øverste vandrette ramme—dette var originalt. SHR henviste til skønserklæringen, hvoraf fremgik, at skønsmanden ikke kendte

”... noget fortilfælde med sammensætning af disse helt enkle grundformer—kuben og kuglen—til en brugsgenstand som KUBUS BOWL. Den er ved sin helt enkle sammensætning af stereometriens enkleste grundformer i en brugsgenstand et selvstændigt værk og var ved lanceringen en designmæssig nyskabelse.”

Sagen illustrerer, at sammensætningen af endda *grundformer* kan være brugskunst, hvis sammensætningen ikke er set før for den pågældende produktart.<sup>171</sup>

Se også *Anne Black*: En hængepottes enkelte elementer udgjorde fælleseje, men dog var sammensætningen af disse ny for hængepotter, hvorfor den var brugskunst—modsat vasen og lågkrukken, hvor sammensætningen af fællesejet var set før for produktarterne, hvorfor de ikke var brugskunst.<sup>172</sup> Se dog modsat *IJH*, hvor nyskabelsen i kombinationen af en gummistøvle med elementer fra langskafede læderstøvler ikke var nok til beskyttelse jf. § 1.<sup>173</sup>

---

<sup>167</sup> GA Mio/konektra[54]—*Borcher* s95—*Schovsbo mfl* s74—*Frahm & Kragmann* s312—*Riis* s531—ECS Opinion s10—*Madsen* 3 s55

<sup>168</sup> *Infopaq*[45]—NIR21.131 s137

<sup>169</sup> U61.1027H|U03.1219H|U14.954H

<sup>170</sup> V-68-16

<sup>171</sup> Også H-23-07. I U03.694 var sammensætningen ikke ny for produktarten—ikke brugskunst

<sup>172</sup> U23.2688H

<sup>173</sup> U20.2817

En gengivelse af fællesejet ved en konventionel sammensætning kan dog ikke beskyttes som brugskunst.<sup>174</sup> Se fx sagen om et bordstel til en marmorbordplade, hvor HR udtalte, at stellet blot beroede på kendte principper, hvorfor det ikke var beskyttet jf. § 1.<sup>175</sup>

#### 8.2.4.2 DSF

Også i designretten kan beskyttelse støttes på betragtningen, at sammensætningen af fællesejet giver individuel karakter. Dette virker naturligt, da et design kan overtage elementer fra tidligere design, uden at det nødvendigvis skader dets individuelle karakter [s22].

Se fx en sag, hvor en jakke var ”sammensat af allerede kendte designelementer på en sådan ny og individuel måde” at den nød beskyttelse som et design (her UD).<sup>176</sup>

Modsat ophavsretten, stilles i designretten ikke krav om, at personen har ydet en kreativ indsats—blot at designet ikke giver en informeret bruger *déjà vu* ift. kendte design.<sup>177</sup> Et udseende kan sagtens have individuel karakter uden at være original—og den modsatte situation kan i princippet også forekomme.<sup>178</sup> Man kunne fx forestille sig, at en enkelt del af et udseende var originalt, men hvor udseendet trods dette ikke gav et andet helhedsindtryk sml. med kendte design.

I praksis medfører forskellen på originalitet og individuel karakter dog, at designrettens anvendelsesområde er bredere—dvs. vil beskytte flere udseender. Se fx *Halskæden*, som bestod af kendte elementer på en lædersnor. Denne sammensætning var ikke tilstrækkelig original, men den nød designbeskyttelse (her UD) qua den individuelle karakter.<sup>179</sup>

#### 8.2.4.3 MFL

Er et udseende ikke brugskunst eller et design, er MFL § 3 sidste udkald—§ 3 udgør dermed fremtoningsbeskyttelsens absolutte nedre grænse til fællesejet. I fraværet af § 3's anvendelse, gælder fri konkurrence uhæmmet.

Adskillelsesevne kan opnås gennem indarbejdelse—selv for udseender med lavt særpræg. Flere mener, at § 3 over tid har beskyttet stadigt flere udseender—selv hvor særpræget og den markedsmæssige indsats er ganske beskedne.<sup>180</sup>

En vis grad af iboende særpræg er nok nødvendigt, idet et udseende *helt uden* et sådant særpræg nægtes beskyttelse, men særprægstærsklen er dog meget lav.<sup>181</sup>

Et udseende kan også beskyttes i MFL § 3, hvis udseendets særegenhed består i en sammensætning af fællesejet.<sup>182</sup> Dette forhold, kombineret med den lave særprægstærskel, gør, at rigtig mange udseender beskyttes i § 3.

Se fx *Møbelknoppen*, hvor et møbelgreb bestående af de mest basale former beskyttes jf. MFL § 3. Det bestod af en metalkugle fastgjort på en keglestub af træ, hvilket var en velkendt sammensætning. Alligevel mente SHR, at den adskilte sig fra andre greb, da den var velproportioneret og harmonisk. Sammensætningen af kegle- og kugleformen var ikke original, men dog

---

<sup>174</sup> GA Mio/konektra[54]

<sup>175</sup> U81.946H

<sup>176</sup> V-10-16—også BS-10241/2017-SHR|BS-42938/2018-SHR

<sup>177</sup> *Frahm & Kragmann* s36

<sup>178</sup> GA Mio/konektra

<sup>179</sup> V-6-09—også U07.1112H|V-62-04

<sup>180</sup> *Borcher* s153/164—*Riis* s545—NIR20.323 s336

<sup>181</sup> *Madsen* 2 s183—*Borcher* s164ff—*Riis* s545

<sup>182</sup> U09B.151 s153—*Madsen* 2 s181

særpræget.<sup>183</sup> Hvis sammensætningen af en kugle- og en kegleform var *ny* for møbelgreb, havde den måske kunne beskyttes i OHL § 1, som det blev teoretiseret ovenfor.

Sommetider afvises beskyttelse også jf. MFL § 3. Se fx en sag, hvor en køkkenskuffeindsats havde nogle inddelere bestående af flytbare rektangulære træstykker monteret på en metalplade—dette havde ikke særpræg.<sup>184</sup>

I en sag om en læderpung burde beskyttelse nok være afvist jf. § 3, da SHR mente, at den bestod af sædvanlig sammensætning af frit tilgængelige elementer. Pungen udgjorde hverken et værk eller et design. Alligevel tilkendte SHR beskyttelse jf. MFL § 3, selvom SHR indrømmede, at udviklings- og markedsføringsindsatsen var beskeden.<sup>185</sup> Det er svært at se, hvorfor den skulle beskyttes i § 3, når særpræget må have været yderst lavt, og når der end ikke forelå nogen nævneværdig indarbejdelse.

Det forhold, at tærsklen, som et udseende skal overkomme for at opfylde særprægskravet jf. § 3, er lavere end for kravet om originalitet og individuel karakter illustreres også i en række andre sager.<sup>186</sup>

### 8.2.5 Grænsen til tekniske emner

Et andet centralt emne er fremtoningsbeskyttelsens grænsedragning mod det *tekniske*. Dette skal sikre, at fremtoningsbeskyttelsen ikke hindrer den frie adgang til tekniske fænomener, som kun bør beskyttes patent- eller brugsmodelretligt.<sup>187</sup>

Spørgsmålet er grundlæggende, hvor meget *formmæssigt overskud* et udseende skal have for at kunne opnå fremtoningsbeskyttelse.<sup>188</sup>

#### 8.2.5.1 DSF

Dele, som alene er bestemt af produktets tekniske funktion, kan ikke designbeskyttes jf. DSF art. 8(1). Hermed brydes med udgangspunktet om, at en designbeskyttelse finder anvendelse på hele udseendet [s21].

Omfanget af undtagelsesbestemmelsen har været genstand for diskussion—der var i litteraturen to teorier.<sup>189</sup>

Ifølge *kausalitetsteorien* opfanger undtagelsen kun de dele, som *alene* er dikteret af tekniske hensyn. Formen følger kausalt af ønsket om at opnå en bestemt funktion.

Ifølge *formmangfoldighedsteorien* opfanger undtagelsen derimod kun de dele, som alene er dikteret af tekniske hensyn, og hvor *ingen* alternative former eksisterer, hvis den tekniske funktion skal opnås. Kun de udseender, som er strengt nødvendige for at opnå den tekniske virkning, undtages fra designbeskyttelse. Denne udlægning medfører en snævrere fortolkning af art. 8(1) med den virkning, at designretten i en sådan grad kan beskytte tekniske emner, at det måske vil blive en slags *kryptopatentret*.<sup>190</sup>

---

<sup>183</sup> U03.694

<sup>184</sup> V-183-05—også V-42-03

<sup>185</sup> V-123-08

<sup>186</sup> ~~X~~OHL/~~✓~~MFL: U58.1211|U68.576H|V-29-03|U12.129H|BS-9667/2017-SHR|U20.2817|U23.2688H

~~X~~DSF/~~✓~~MFL: BS-10889/2018-SHR

<sup>187</sup> Heide-Jørgensen s419—Schovsbo mfl s74f/451/474

<sup>188</sup> U09B.151 s154

<sup>189</sup> Schovsbo mfl s474ff

<sup>190</sup> Doceram[30]

I kausalitetsteorien er eksistensen af alternative design underordnet. Risikoen er i stedet, at undtagelsen bliver for bred og dermed udelukker for mange design af teknisk karakter.

I **Doceram** blev det fastslået, at kausalitetsteorien gjaldt: art. 8(1) finder anvendelse på en del, hvis det godtgøres, at den tekniske funktion var *den eneste faktor*, der var bestemmende for formgivningen af den tekniske del, og at det er uden betydning, hvis det er muligt at udforme delen på en alternativ måde.<sup>191</sup>

Hvis der i formgivningen blev taget blot en smule hensyntagen til *noget andet*—dvs. der er en smule formmæssigt overskud—ud over den tekniske funktion, finder art. 8(1) *ikke* anvendelse, og den pågældende del vil derfor ikke af den grund være udelukket fra designbeskyttelsen. Art. 8(1) er dermed stadig ret snæver.

#### 8.2.5.2 OHL

I **Brompton** blev EUD spurgt til, om kausalitetsteorien fra **Doceram** også gjaldt i ophavsretten, hvortil EUD svarede:

”I det tilfælde, hvor produktets form *udelukkende* er dikteret af dets tekniske funktion, kan det nævnte produkt ikke være omfattet af den ophavsretlige beskyttelse.”

”... eftersom det alene er det pågældende produkts originalitet, der skal vurderes, er *eksistensen af andre mulige former*, der gør det muligt at føre til det samme tekniske resultat, [...] *ikke afgørende* ved vurderingen af de faktorer, der har styret det valg, som skaberens har foretaget.”<sup>192</sup> (mine fremhævninger)

Derfor må spørgsmålet, om den ophavsretlige grænse til det tekniske flugter med den designretlige, besvares bekræftende.

Det er kun i den situation, hvor det *eneste* hensyn i formgivningen af udseendet var til den tekniske funktion, at skaberens mulighed for at give udseendet et personligt præg har været så begrænset, at man allerede af den grund kan afvise ophavsretlig beskyttelse.<sup>193</sup>

I øvrige tilfælde, hvor man i formgivning tillige har taget hensyn til *noget andet* end den tekniske funktion, er der *mulighed* for at lade sin personlighed afspejle i udseendet, hvorfor beskyttelse jf. OHL § 1 ikke allerede af den grund er udelukket. Spørgsmålet bliver da, om udseendet er tilstrækkeligt original.<sup>194</sup>

#### 8.2.5.3 MFL

Beskyttelse nægtes kun jf. MFL § 3, hvis udseendet *alene* er bestemt af dets tekniske funktion.<sup>195</sup>

Se fx en sag om nogle murbeslag, hvor beskyttelse i § 3 blev nægtet, da der ikke var taget nogen designmæssige hensyn.<sup>196</sup> Desuden udtalte SHR, at eksistensen af alternative former inden for rammen af den tekniske funktion var uden betydning—dvs. kausalitetsteorien. I sagen havde skønsmændene udtalt, at det havde været muligt at opnå den tekniske funktion gennem anden formgivning.

---

<sup>191</sup> Ibid[32]

<sup>192</sup> Brompton[17f/33/35]

<sup>193</sup> Schovsbo mfl s74f—GA Mio/konektra[29]

<sup>194</sup> Brompton[26]—Schønning s149—GA Mio/konektra[29]

<sup>195</sup> U09B.151 s154—Borcher s168—Madsen 2 s181

<sup>196</sup> U19.4235—også U81.946H|U01.1006H|U12.1983H

Retsgrundlagenes grænse til det tekniske er tilsyneladende i overensstemmelse.<sup>197</sup>

Dog gælder de almindelige beskyttelsesbetingelser fortsat—tekniske emner vil dermed beskyttes i større grad i MFL § 3 end i designretten, og disse vil beskyttes i større grad i designretten end i OHL § 1 qua forskellen på adskillelsesevne, individuel karakter hhv. originalitet [s27].

Se fx en sag, hvor nyskabelsen ved en havelampe var meget teknisk præget—den kunne beskyttes i MFL § 3, men ikke i OHL § 1.<sup>198</sup>

**LEGO** lader dog til at være en undtagelse hertil. Legoklodsernes sammenkoblingsmulighed blev beskyttet jf. MFL § 3 i en sag mod en konkurrent, der havde skabt kompatible klodser.<sup>199</sup> § 3-beskyttelsen blev begrundet i LEGOs markedspostition qua en omfattende udviklings- og markedsføringsindsats. En anvendelse af kausalitetsteorien vil have medført, at sammenkoblingsmuligheden ikke kunne nyde beskyttelse, da den næppe var udtryk for noget formmæssigt overskud—blot en teknisk hensyntagen. LEGO havde forklaret, at klodsen oprindeligt var udviklet med et andet produkt som forbillede, men at der var foretaget nogle variationer i sammenkoblingsmuligheden mhp. at forbedre sammenkoblingen af klodser, hvilket blev patentret. SHR medgav, at den tekniske idé i at skabe sammenbyggelige klodser ikke kunne beskyttes jf. § 3, men at dette alligevel ikke berettigede modparten til at udforme sine klodser, så de var kompatible med LEGO. Sagen er interessant, da den måske kan tages til udtryk for, at beskyttelsen jf. MFL § 3 i visse tilfælde kan strække sig længere end hvad kausalitetsteorien kan bære. Der skal dog tages forbehold for, at der næppe er mange erhvervsdrivende, som nyder en markedsposition, der svarer til LEGO, hvorfor kausalitetsteorien nok i udgangspunktet er retningsgivende for MFL § 3.

### 8.3 Beskyttelsessfærens momenter

I afsnittet belyses de momenter, som indgår i vurderingen af krænkelse af retten til et udseende, samt forskellene i retsgrundlagene hvad dette angår.

#### 8.3.1 Helhedsvurdering

Spørgsmålet er, hvordan krænkelsesvurderingen tilgås.

I en *helhedsvurdering* udgør *hele* originaludseendet grundlaget for sammenligningen med efterligningen—giver de ens *helhedsindtryk*? Karakteren af evt. forskelle bliver udslagsgivende: *Mærkbare* forskelle gør, at de ikke har ens helhedsindtryk, hvorimod *mindre* forskelle kan ses bort fra.

En anden tilgang er, at man *fastslår præcist*, om efterligningen har overtaget netop de dele fra originalen, som berettigede beskyttelse, da kun disse dele udgør sammenligningsgrundlaget. Evt. forskelle mellem de to udseender, som *ikke* vedrører de beskyttede dele, er dermed irrelevante. En sådan tilgang forudsætter, at man først fastslog, hvilke dele, der var beskyttede [s21].

##### 8.3.1.1 OHL

Traditionelt anføres, at krænkelsesvurderingen jf. OHL § 2 er en helhedsvurdering.<sup>200</sup> Se fx:

<sup>197</sup> JIPL20.290 s295—NIR21.131 s145

<sup>198</sup> V-11-01

<sup>199</sup> U95.92—modsat U61.46H

<sup>200</sup> *Borcher* s102ff—*Schønning* s167

”Uanset de forskelle [...] tiltræder Højesteret, at de seks lamper efter en helhedsvurdering har en sådan lighed med PH-lamperne, at de krænker ophavsrettighederne til disse.”<sup>201</sup>

Denne tilgang til den ophavsretlige krænkellesvurdering må nu anses for et fremmed koncept, da den er svært forenelig med EUD-praksis, hvorefter det alene er en krænkelse at overtage originale dele på genkendelig vis [s14].<sup>202</sup>

Man tillægger dermed kun de forskelle mellem originalen og efterligningen vægt, som angår de overtagne, *originale* dele. Hvis disse forskelle gør, at de overtagne dele ikke er tilstrækkeligt *genkendelige*, vil der blot være tale om fri benyttelse jf. § 4, stk. 2 [s13].

En ændring pba. EUD-praksis kan også konstateres i HR’s retspraksis fra 2014 og frem.<sup>203</sup>

ECS mener, at det måske fortsat er hensigtsmæssigt at bruge en slags helhedsvurdering, hvor værkets originalitet består i en *sammensætning af fælleseje* [s26], da et sådant værk kun krænkkes, hvis sammensætningens helhedsvirkning kopieres.<sup>204</sup> Men der er uagtet stadig tale om en vurdering af, om delen (bestående i sammensætningen) er overtaget på genkendelig vis.

#### 8.3.1.2 DSF

Omvendt er *helhedsindtrykket* altafgørende i designretten jf. DSF art. 10(1).

Se fx *Vera Moda*: Nogle forskelle mellem efterligningen og den originale jakke var uvæsentlige for helhedsindtrykket, hvorfor der forelå designretlig krænkelse.<sup>205</sup>

Helhedsvurderingen blev uddybet i en sag for EU-Retten, hvor det blev udtalt, at forskelle mellem to design, der kun ses ved en *nærmere* undersøgelse, ikke skal tillægges vægt, da en sådan slags undersøgelse ikke kan indeholdes i helhedsindtryksbegrebet.<sup>206</sup>

Se i øvrigt s21 i det tilsvarende afsnit om anvendelsesområdet—det samme helhedsindtryksbegreb bruges begge steder.<sup>207</sup>

#### 8.3.1.3 Implikationer

Man kan så spekulere i, hvad de praktiske implikationer er af denne forskel på design- og ophavsretten.

**Anvendes helhedsvurderingen:** Efterligningen kan kopiere dele fra originalen, uden at det medfører samme helhedsindtryk—forudsat at efterligningen er udstyret tilstrækkeligt med andre dele, som er mærkbart forskellige fra originalen.

En sådan situation vil udgøre en ophavsretlig krænkelse, men ikke en designretlig.<sup>208</sup> I den forstand yder designretten en *svagere* beskyttelse, da den ikke med samme styrke beskytter delelementer i udseendet, hvis helhedsindtrykkene—trods kopiering af visse dele—ikke er ens.

Se fx Wegners *The Chair*, som er brugskunst: De originale dele er det organisk udformede ryglæn, som går ud i en blød bue og bliver til et armlæn, samt sammensmeltningen af armlænet

<sup>201</sup> U91.847H—også U82.987: frifindelse, efterligningen havde *mange* forskelle

<sup>202</sup> GA Cofemel[62ff]—ECS Opinion s17f

<sup>203</sup> *Frahm & Kragmann* s49/83f

<sup>204</sup> ECS Opinion s18/22f

<sup>205</sup> V-62-04

<sup>206</sup> T-1158/23[61]

<sup>207</sup> *Madsen* 3 s224

<sup>208</sup> ECS Opinion s18—GA Mio/konektra[65ff/73]

med de to forreste stoleben. I en nylig sag forelå krænkelse jf. OHL § 2, da efterligningen havde overtaget disse dele nærmest 1:1.<sup>209</sup> *The Chair* er ikke designbeskyttet, men efterligningen vil i teorien også have udgjort en designretlig krænkelse, da helhedsindtrykket er ens.

Se modsat Bolias stol *Swing*, som afviger fra *The Chair* fsva. sædets udformning, stolebenene, som ikke er vertikale, men har en vinkel med gulvplanet, og armlænene, som ikke fusioneres med de to forreste stoleben. Designretligt vil *Swing* nok ikke udgøre en krænkelse, da der er mange mærkbare forskelle, hvorfor helhedsindtrykket ikke er ens.<sup>210</sup> Ophavsretligt er spørgsmålet, om *Swings* ryglæn udgør en genkendelig overtagelse af *The Chairs* ryglæn. I en retssag kunne det måske tænkes, at resultatet blev, at der var tale om en *genkendelig* overtagelse af ryglænet fra *The Chair* jf. OHL § 2, da ryglænenes form bestemt har ligheder.

**Anvendes ikke en helhedsvurdering:** Man kunne her forestille sig, at en efterligning frifindes jf. OHL § 2, da ingen af originalens beskyttede dele genkendes i efterligningen, hvorimod et ens helhedsindtryk skabes desuagtet, hvorfor der vil være en designretlig krænkelse.

I denne forstand vil beskyttelsen jf. OHL § 2 være *svagere* end i designretten, da OHL § 2 ikke med samme styrke beskytter helhedsvirkningen, når efterligningen har lagt en tilstrækkelig designmæssig afstand til udseendets beskyttede dele. Dette kunne tænkes at ske, hvis efterligningen overtager mange af originalens *uoriginale*, *ubeskyttede* dele, så det samme helhedsindtryk skabes uden en genkendelig overtagelse af originalens originale dele.

#### 8.3.1.4 MFL

En konsekvent tilgang jf. MFL § 3 er svær at spotte—dog antages det i litteraturen, at en helhedsvurdering anvendes.<sup>211</sup>

Nogle gange fastslås overordnet, at udseendet har særpræg. Krænkelsesvurderingen går dernæst ud på, om forskellene er mærkbare nok til, at helhedsindtrykkene ikke er ens—fx *Nørsgaard*: HR frifandt efterligningen, da der var flere forskelle.<sup>212</sup> Her anvendes en helhedsvurdering både ved konstatering af beskyttelse og i krænkelsesvurderingen.

Andre gange fastslås præcist de dele, som er særprægede. Spørgsmålet bliver dernæst, om de særprægede dele er overtaget genkendeligt i efterligningen. Fx *IJH*: HR fastslog, at det mest karakteristiske ved gummistøvlen var sålen, men efterligningen havde ikke overtaget denne—frifindelse.<sup>213</sup> Her anvendes hverken en helhedsvurdering i konstatering af beskyttelse eller i krænkelsesvurderingen—vurderingen minder derimod om ophavsretten.

I nogle tilfælde præciserer domstolene, at det særprægede element er *sammensætningen af fælleseje*. Det vurderes dernæst, om sammensætningen er overtaget genkendeligt i efterligningen—dette bliver som nævnt fsva. ophavsretten en slags helhedsvurdering, da krænkelse kun sker, hvis hele sammensætningen er overtaget.<sup>214</sup>

Det kan ikke konkluderes med sikkerhed, hvilken tilgang er hovedreglen.

---

<sup>209</sup> U21.4163

<sup>210</sup> Fx V-22-10: efterligningen havde overtaget tre dele fra originalen, men helhedsindtrykkene var ikke ens pga. flere forskelle—ikke designretlig krænkelse

<sup>211</sup> *Borcher* s188—U09B.151 s156—*Frahm & Kragmann* s56

<sup>212</sup> U12.129H—også V-123-08|U08.446H

<sup>213</sup> U20.2817—også U02.1715H|B-132-15|U08.1834H

<sup>214</sup> U03.694|U12.1185H|BS-50402/2024-SHR

Det er afgørende jf. MFL § 3, at efterligningen er egnet til at skabe en forvekslingsfare [s34]. Dette krav giver mindre mening, hvis krænkelse kunne statueres, hvor en særpræget del af udseendet er overtaget i efterligningen, hvis efterligningens mærkbare forskelle i øvrigt giver den et andet helhedsindtryk—i så fald vil der næppe være en fare for, at kunderne kom i vildfarelse. Derudover kan også henvises til momentet om det udviskede erindringsbillede. *Kohærensens* mellem momenterne, som anvendes jf. MFL § 3, tilsiger derfor, at en helhedsvurdering bør anvendes.

#### 8.3.1.5 Udvisket erindringsbillede

Krænkelsesvurderingen jf. MFL § 3 går ud på, at man skal forestille sig, at kunden ikke ser på udseenderne samtidigt. Det afgørende bliver altså—når kunden står med efterligningen foran sig—om efterligningen ligner det *udviskede erindringsbillede*, som kunden har af originalen.<sup>215</sup>

Dette medfører, at krænkelsesvurderingen jf. MFL § 3 opløses, da man ikke tillægger detaljeforskelle samme betydning, da kunden ikke kan forventes at huske originalen i detalje. Det forhold, at efterligningen er forvekselig med originalen, når køberen ikke ser dem begge samtidig, har indgået som moment i flere sager.<sup>216</sup>

Derimod har EU-Retten udtalt, at den designretlige vurdering går ud på, om den informerede bruger mener, at de to design giver samme indtryk, når de placeres ved siden af hinanden.<sup>217</sup> Dette synes dog at stride mod det, som EUD har udtalt, idet vurderingen af helhedsindtryk indebærer en sammenligning af det senere design med brugerens uperfekte erindringsbillede af originalen.<sup>218</sup> EUD's udlægning har forrang.

Se *Vera Moda*: SHR lagde i den designretlige krænkelsesvurdering vægt på, at forskellene mellem de to jakker var uvæsentlige for helhedsindtrykket, når de ses hver for sig af forbrugerne.<sup>219</sup>

Fsva. ophavsretten er det uklart, om efterligningen skal sammenholdes med erindringsbilledet af originalen. Ophavsretten anvender ikke noget personperspektiv [s38], hvorfor det vil være lidt underligt at tale om en persons erindringsbillede. Momentet blev dog anvendt i en sag om ophavsretlig krænkelse, hvor HR udtalte, at de to børnestole kunne forveksles, når man ikke så dem samtidig.<sup>220</sup>

### 8.3.2 Krav om forvekslingsrisiko

Er det et krav i statueringen af en krænkelse, at der foreligger *forvekslingsfare*, så kunden risikerer at komme i vildfarelse om det pågældende produkt er originalen, når det faktisk er en efterligning? I så fald vil det indebære en snævrere beskyttelsessfare, da efterligningens udseende skal være tilstrækkelig nærgående med originalen for at fremkalde en sådan vildfarelsesrisiko.

#### 8.3.2.1 OHL/DSF

Et krav om forvekslingsfare må afvises fsva. design- og ophavsretten.

---

<sup>215</sup> Borchers s188—U09B.151 s156—Frahm & Kragmann s56—Madsen 2 s187—Riis s561

<sup>216</sup> U99.158|U01.747H|BS-50402/2024-SHR

<sup>217</sup> T-1158/23[61]

<sup>218</sup> Karen Millen[28f]

<sup>219</sup> V-62-04

<sup>220</sup> U01.747H

I designretten foreligger en krænkelse, hvis den informerede bruger ikke mener, at efterligningens helhedsindtryk adskiller sig fra originalen jf. DSF art. 10(1). Sommetider formuleres det som et krav om, at brugeren skal få et *déjà vu*, når efterligningen betragtes.<sup>221</sup> Et *déjà vu* indebærer, at man føler at have oplevet noget før, men det er næppe det samme som vildfarelse.

Det er allerede en krænkelse jf. OHL § 2 at overtage én beskyttet del fra originalen på genkendelig vis. Allerede af den grund kan et krav om forvekslingsfare afvises, da en krænkelse ikke forudsætter, at efterligningen i sin helhed ligner originalen, hvorfor en vildfarelse ikke nødvendigvis opstår. Litteraturen afviser konsekvent, at der skulle stilles krav om forvekslingsfare—uanset at domstolene til tider nævner det.<sup>222</sup>

### 8.3.2.2 MFL

I krænkelsesvurderingen jf. MFL § 3 spørger man derimod, om efterligningen er egnet til at skabe risiko for forveksling med originalen.<sup>223</sup>

En frifindelse for ophavs- og designretlig krænkelse vil altså medføre en frifindelse jf. MFL § 3, da § 3's beskyttelsessfære dermed er snævrere qua kravet om forvekslingsrisiko.<sup>224</sup>

I den situation, hvor et udseende er brugskunst- eller designbeskyttet, vil disse beskyttelsessfærer *absorbere* den beskyttelse, som udseendet nyder jf. MFL § 3—markedsføringsretten kan dermed ikke *opfange* efterligninger i større grad end immaterialretten.<sup>225</sup>

Det anføres ofte, at krænkelse jf. § 3 kræver en *nærgående* eller *slavisk* efterligning, hvilket må forstås som en omskrivelse af kravet om forvekslingsfare, da det kun er ved efterligninger, som i det mindste er *nærgående*, at en sådan fare kan opstå.<sup>226</sup>

Det har dog været diskuteret, om forvekslingsfare er et *nødvendigt* kriterie jf. § 3, idet nogle er fortalere for *substitutionslæren*.<sup>227</sup> Idéen er, at en konkurrents fremstilling af en ikke-nærgående efterligning alligevel kan være *kommercielt identisk* med originalen, hvis den på tilfredsstillende vis kan opfylde kundens behov og dermed substituere originalen. Dette, mener man, er også udtryk for illoyal adfærd i strid med § 3—uanset fraværet af forvekslingsfare. En sådan fortolkning vil udvide § 3's beskyttelsessfære betragteligt, og § 3 vil minde mere om de øvrige retsgrundlag.

*Borcher* var tidligere fortaler for dette synspunkt (selvom han ikke mente, at substitutionslæren havde støtte i retspraksis), men han har tilsyneladende forladt det pga. *Bordløfter*.<sup>228</sup> I sagen lagde HR's flertal vægt på, at der ingen forvekslingsfare var—selvom de to bortløftere lignede hinanden meget—og de udtalte:

---

<sup>221</sup> T-1158/23[51]

<sup>222</sup> *Schovsbo mfl* s174f—*Schønning* s195—*Borcher* s101f—*Frahm & Kragmann* s57—fx U01.747H|U11.3451H|V-68-16

<sup>223</sup> *Riis* s560f—*Borcher* s183

<sup>224</sup> *Borcher* s161

<sup>225</sup> U61.1027H|U91.847H|U92.34|U02.1715H|V-62-04|U09.1789H|U12.3189H|U14.3539H—modsat U82.987: frifindelse jf. OHL § 2, men krænkelse jf. MFL § 3, da efterligningen var forvekslelig—resultatet må anses som forkert jf. *Borcher* s161

<sup>226</sup> *Borcher* s174/183

<sup>227</sup> *Ibid* s174/185f/201—*Heide-Jørgensen* s412—*Frahm & Kragmann* s56

<sup>228</sup> *Borcher* s174/186—U09B.151 s155

”Det forhold, [...] at [sagsøgte] har tilstræbt, at [efterligningen] skal kunne substituere [originalen], kan herefter ikke i sig selv føre til, at der foreligger en overtrædelse af markedsføringslovens § 1 [nu § 3].”<sup>229</sup>

HR afviste dermed at tillægge det vægt, at efterligningen var skabt mhp. at substituere originalen.<sup>230</sup>

Forvekslingsfaremomentet var *afgørende* for frifindelse eller krænkelse jf. § 3 i en lang række sager, hvilket støtter synspunktet, at forvekslingsfare er nødvendig for krænkelse jf. § 3.<sup>231</sup>

At forvekslingsfare kræves, forekommer rimeligt henset til retsgrundlagenes forskellige formål. MFL § 3's formål er at ulovliggøre utilbørlig markedsadfærd—ikke at beskytte mod tab, der er afledt af fair konkurrence.<sup>232</sup> Det kan ikke være meningen med MFL § 3, at den skal mindske risikoen mod konkurrence, som består i en efterligning, der ikke beforder forvekslingsfare, når det erindres, at udgangspunktet er den frie konkurrence, hvor man selv må bære risikoen i at blive udkonkurreret.

Det snylteri af udviklingsindsatsen bag originalen, som ligger i en fremstilling af en efterligning—som dog ikke kan vildlede kundeskaren—er i værste fald et forhold, der ligger på *vippen*. Det er ikke en klokkeklar illoyal handling, som berettiger sanktionering jf. MFL. Man kan spørge sig selv, om dette ikke er udtryk for, at det frie marked fungerer efter hensigten?

Det er svært at begrunde MFL § 3's beskyttelse på ubestemt tid [s44], hvis den ikke ligesom varemærkeretten, der tilsvarende beskytter på ubestemt tid, er begrænset til forvekslingsfare. Et godt argument for en sådan differentiering mellem MFL § 3 og varemærkeretten er ikke åbenbar.

Hvis forvekslingsfare ikke er nødvendig for beskyttelse jf. MFL § 3, vil § 3 desuden underminere designrettens eksistensberettigelse, hvor beskyttelse til et RD jo er begrænset til max 25 år.<sup>233</sup>

Ønskes en stærkere fremtoningsbeskyttelse, bør henvises til ophavs- eller designretten, der netop har til formål at beskytte udseendet som sådan.

### 8.3.3 Konkurrencerelation

Spørgsmålet er, hvad det tidligste tidspunkt er, hvor man kan forbyde en efterligning?

#### 8.3.3.1 MFL

MFL § 3 indebærer en vurdering af en faktisk markedsadfærd—krænkelse forudsætter en illoyal markedsforstyrrelse af markedspositionen, som forudsætter tilstedeværelsen af en **konkurrencerelation** mellem parterne.<sup>234</sup> En konkurrencerelation forudsætter dels, at originalen har en markedsværdi [s20], dels at modpartens efterligning er markedsført.

---

<sup>229</sup> U08.1834H

<sup>230</sup> Også U12.129H: HR frifandt, da efterligning ikke var slavisk. SHR havde modsat statueret krænkelse jf. § 3, da efterligningen kunne substituere. At HR ikke forholdt sig til substitutionsmuligheden, er påfaldende

<sup>231</sup> ✗Ej forveksling U56.237H|U94.72H|U99.786H|U08.1834H|U12.1185H|B-132-15

✓Forveksling U92.909|U98.941|U01.1006H|V-32-99|V-11-01|V-86-03|V-109-04|V-6-09|B-1259-17|BS-50402/2024-SHR

<sup>232</sup> *Trzaskowski* s7

<sup>233</sup> *Schovsbo mfl* s490

<sup>234</sup> *Riis* s521/560—U09B.151 s156—*Madsen* 2 s189f

Se fx *Liewood*: flere af modpartens efterligninger krænkede ikke—idet nogle kun forelå som skitser, og idet nogle endnu ikke var markedsførte.<sup>235</sup>

#### 8.3.3.2 OHL/DSF

Modsat står design- og ophavsretten, hvor beskyttelsen vedrører udseendet som sådan, ikke markedspositionen.

En konkurrent krænker et værk jf. OHL § 2 ved den blotte fremstilling af et eksemplar heraf—uanset at det ikke sker erhvervsmæssigt (med forbehold for snævre undtagelser), eller at der blot er tale om et enkelt eksemplar.<sup>236</sup> Derimod krænktes designretten kun, hvis det sker erhvervsmæssigt, da andres private brug af et design er undtaget fra krænkelse jf. DSF art. 19, jf. art. 20(1)(a).

Eksemplarfremstillingsretten omfatter også reproduktion af værket i ændret form jf. OHL § 2, stk. 2, hvorfor en todimensionel gengivelse af et tredimensionelt værk udgør en krænkelse.<sup>237</sup> Tilsvarende i designretten.<sup>238</sup> I *Vola* krænkede modpartens blotte designskitser Volas ophavsret til sit armatur.<sup>239</sup> Ophavs- og designretten kan dermed allerede beskytte mod konkurrenters udviklingsindsats.

#### 8.3.4 Forskelle i kvalitet/materiale/pris

Spørgsmålet er her, om forskelle i kvalitet/materiale/pris kan tillægges vægt med den virkning, at krænkelse ikke statueres. Et sådant moment kunne tænkes at indikere to ting.

Kvalitet- og materialeforskelle kan tænkes at være så mærkbare, at indtrykket af efterligningen er tilstrækkeligt forskelligt fra originalen til, at den ikke krænker.

Kvalitet- og prisdifference kunne indikere en forskel i kundekreds, hvorfor efterligningens markedstilstedeværelse ikke er forstyrrende nok til, at der foreligger en konkurrencerelation jf. MFL § 3.<sup>240</sup>

##### 8.3.4.1 MFL

Konsensus lader til at være, at kravet til *konkurrencerelation* skal tolkes lempeligt af forskellige årsager—fx af hensyn til at originalens særpræg ikke udvandes af primitive efterligninger [s40]. En sandsynliggørelse af en risiko for, at efterligningen vil blive efterspurgt af originalens kunder, er nok til at opfylde kravet.<sup>241</sup>

Forskelle i materiale/kvalitet/pris *kan* tilsyneladende indgå som moment til støtte for frifindelse jf. MFL § 3.<sup>242</sup>

Se fx nogle sager, som endte i frifindelse bl.a. pga. forskelle i materiale/kvalitet/pris, hvilket talte *mod* forvekslingsfare.<sup>243</sup> I *Alterlys* talte det *for* forvekslingsfare og dermed krænkelse, at modpartens prissætning af efterligningen *lå tæt* på originalen.<sup>244</sup>

---

<sup>235</sup> U23.2197—også BS-9667/2017-SHR

<sup>236</sup> *Schønning* s186/189

<sup>237</sup> *Ibid* s188

<sup>238</sup> Nintendo[69]—*Kur mfl* s415f/430—*Madsen* 3 s222

<sup>239</sup> U04.2464

<sup>240</sup> *Frahm & Kragmann* s58

<sup>241</sup> *Ibid*—*Borcher* s175f—*Heide-Jørgensen* s411—modsat *Koktvedgaard* s360

<sup>242</sup> *Frahm & Kragmann* s58—*Heide-Jørgensen* s413—*Madsen* 2 s186

<sup>243</sup> U56.237H|U91.22H|U08.446H|BS-10241/2017-SHR|U20.2817

<sup>244</sup> BS-50402/2024-SHR

Momentet kan tilsyneladende medføre frifindelse, hvor der ikke er andre momenter, som taler for forvekslingsfare, eller hvor originalens beskyttelse tillige er snæver [s39].

Se fx en sag om krænkelse af en skammel og en bakke (som passede sammen og begge var i teaktræ), hvor sagsøgte havde efterlignet begge. Efterligningsskammen krænkede originalen jf. OHL § 2. Originalbakken nød dog kun beskyttelse i MFL § 3. Bakkerne havde få forskelle, men de afveg i kvalitet. Forskellen i kvalitet var dog ikke nok til at modvirke forvekslingsfare, da en tredjemands salg af efterligningsbakken med originalskammen talte for forvekslingsfare.<sup>245</sup> I øvrigt må samhandelsforholdet—idet sagsøgte også havde forhandlet sagsøgerens originalbakke—have haft betydning i krænkelsesvurderingen [s41].

I sager, hvor en forskel i pris har støttet frifindelse, må årsagen hertil skyldes en manglende konkurrencerelation qua forskellen i kundeskare. Hvor materialeforskelle tillægges vægt, er det derimod mere oplagt, at det skyldes, at efterligningen i sit udseende ikke er så nærgående, at den udgør en krænkelse af originalen. En kvalitetsforskel kan nok støttes i begge synspunkter.

#### 8.3.4.2 DSF

I **Legemadrasser** blev efterligningens kvalitet- og materialeforskelle tillagt vægt til støtte for frifindelse for designretlig krænkelse, da *helhedsindtrykket* var forskelligt.<sup>246</sup>

#### 8.3.4.3 OHL

I ophavsretten tillægges disse forhold tilsyneladende ikke vægt.

Se fx nogle sager, hvor forskelle i materiale/kvalitet/pris ikke blev tillagt en sådan vægt, at efterligningerne ikke krænkede OHL § 2 (samt MFL § 3).<sup>247</sup>

Modsat **Hermès**: Efterligningen krænkede ikke originalen jf. OHL § 2 qua primitiviteten, hvilket måske henviser til kvaliteten.<sup>248</sup> Hermès-taskens originalitet bestod i det fine detaljespil, som efterligningen ikke havde overtaget. Forskellene i kvalitet/pris talte desuden mod forvekslelighed jf. MFL § 3, og sagsøgte blev frifundet. Der må antages at være markante forskelle på kundeskaren i denne sag, da efterligningen var primitiv og Hermès-taskens pris var 54.000-250.000 kr.

### 8.3.5 Anskueren

I krænkelsesvurderingen kan fastlæggelsen af et bestemt perspektiv—den *anskuende figur*—tænkes at have en betydning for beskyttelsens bredde. Jo større anskuerens opmærksomhed forventes at være, desto lettere vil det være for anskueren at distingvere mellem to udseender—og dermed vil krænkelse sjældnere statuere. Omvendt forventes det ikke af en relativ uopmærksom forbruger, at de kan identificere selv større forskelle—og dermed vil krænkelse oftere statuere.

#### 8.3.5.1 DSF

I designretten ses figuren *den informerede bruger*, som er perspektivet, som anvendes i vurderingen af et designs helhedsindtryk, jf. DSF art. 6(1) & 10(1), hvilket har til formål at kvalificere den designretlige vurdering.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> V-32-99—også U92.909: uanset en forskel i kundekreds forelå krænkelse jf. § 3

<sup>246</sup> BS-10241/2017-SHR

<sup>247</sup> U98.941|V-60-17|U21.4163|BS-15944/2020-OLR|BS-59553/2024-SHR

<sup>248</sup> U12.1185H

<sup>249</sup> *Schovsbo mfl* s468

I varemærkeretten ses figuren *den gennemsnitlige forbruger*, som ikke besidder særlig viden. Den informerede bruger er dog hævet over den gennemsnitlige forbruger—vedkommende er *særlig opmærksom* fx pga. erfaring eller et stort kendskab til sektoren, dog uden at være ekspert.<sup>250</sup> Da en informeret bruger ikke er ekspert, vil brugeren ikke lægge mærke til mindre detaljeforskelle mellem to design.<sup>251</sup>

Se fx en sag om beskyttelsen af et slikprodukt som et design, hvor SHR fastslog, at børn var målgruppen.<sup>252</sup>

#### 8.3.5.2 MFL

I sager om beskyttelsen jf. MFL § 3 anvendes en anskuende figur også—*den relevante kundekreds*.<sup>253</sup> I modsætning til designretten, hvor en informeret bruger ligger mellem forbrugeren og eksperten, vil figuren her variere mere.

En strengere vurdering skal anlægges, hvis kunderne er professionelle, og en lempeligere vurdering, hvis kunderne er forbrugere—det vil afhænge af produktet.

I *Bordløfteren* var kundekredsen professionelle producenter af hævesænkeborde.<sup>254</sup> I en sag om en glidemadras til flytning af immobile patienter var kunderne sygehuse, plejehjem mv.<sup>255</sup> Omvendt var kundekredsen forbrugere i en sag om en hvilestol.<sup>256</sup>

#### 8.3.5.3 OHL

I ophavsretten anvendes derimod ikke en sådan figur—udgangspunktet har været en bedømmelse uden en nærmere kvalificering af synsvinkel.<sup>257</sup>

Undtagelsesvist statuerer domstolene en synsvinkel i krænkelsevurderingen jf. OHL § 2, hvilket må formodes at skyldes en sammenblanding af regelsættene. Fx nævnes *lægmanden, den almindelige køber* eller *det utrænede øje* sommetider, når efterligningen sammenholdes med originalen.<sup>258</sup>

### 8.3.6 Variabel beskyttelsessfære

Jo snævrere beskyttelsessfæren er, desto større lighed kræves mellem efterligningen og originalen i statueringen af krænkelse.

Det undersøges, om størrelsen af et udseendes beskyttelsessfære afhænger af styrken af særegenheten, hvilket nogle mener gælder for retsgrundlagene i almindelighed.<sup>259</sup>

#### 8.3.6.1 OHL

I ophavsretten har man traditionelt anvendt princippet, at jo mere originalt et værk er, desto bredere beskyttelse tildeles det—stort værk, stor beskyttelse, lille værk, lille beskyttelse. Princippet går i øvrigt på tværs af immaterialretten.<sup>260</sup>

---

<sup>250</sup> Pepsi[53]

<sup>251</sup> T-1158/23[59]

<sup>252</sup> V-142-03

<sup>253</sup> Riis s561—Frahm & Kragmann s43—Heide-Jørgensen s412—Borcher s163/186

<sup>254</sup> U08.1834H

<sup>255</sup> U94.72H

<sup>256</sup> U94.671H

<sup>257</sup> Schovsbo mfl s468

<sup>258</sup> U92.909|U98.941|U99.158|U01.747H|BS-15944/2020-OLR

<sup>259</sup> Frahm & Kragmann s53

<sup>260</sup> U15B.181—NIR22.3 s4f—NIR21.131 s142f—Riis s549—Schønning s193—Koktvedgaard s135

I dansk retspraksis tilgik man dog brugskunsten på en anden måde—brugskunstens beskyttelsessfære skulle altid være indsnævret til kun at omfatte *nærgående* efterligninger.<sup>261</sup> Der vil dermed stilles ret høje krav til, hvor genkendeligt det overtagne skal være, før det krænker OHL § 2.

Værkers beskyttelsessfære blev omtalt i *Painer*, hvor EUD henviste til *Infopaq*, hvorefter værker skulle nyde en *vid beskyttelse*. Bl.a. på baggrund heraf konstaterede EUD, at intet tydede på, at der skulle gøres forskel på beskyttelsen pba. værkets art.<sup>262</sup> Dette giver også god mening, når man læser OHL § 2, stk. 1, hvorefter ophavsmanden tildeles en eneret til at råde over værket (uanset værkstype) i oprindelig eller *ændret* skikkelse. Et udseende kan krænke et værk uanset, at det ikke ligner værket 1:1—altså intet krav om streng genkendelighed.

I *Cofemel* blev denne konklusion gentaget, og EUD udtalte desuden, at beskyttelsen ikke afhang af ophavsmandens grad af kreativ frihed.<sup>263</sup>

Dommene er blevet læst således, at princippet om, at værkets beskyttelse afhang af graden af originalitet, ikke længere gælder i ophavsretten.<sup>264</sup>

Desuden vil den danske tilgang, om at brugskunst alene nød beskyttelse mod nærgående efterligninger, nu være i strid med EU-retten.<sup>265</sup>

Man skal dog fortsat have i mente, at værker med få originale dele fortsat har en *snæver* beskyttelse i den forstand, at langt de fleste elementer skal bortfiltreres i krænkelsesvurderingen. Omvendt vil der være mere at basere krænkelsesvurderingen på for et værk med mange originale dele, da færre dele skal bortfiltreres—dermed en *bredere* beskyttelse.<sup>266</sup>

### 8.3.6.2 MFL

Beskyttelsessfæren i MFL § 3 afhænger derimod af udseendets grad af iboende særpræg.<sup>267</sup>

Er særpræget lavt (nok oftere de særegne sammensætninger af fælleseje), beskyttes blot mod *slaviske* efterligninger, men er særpræget højt, beskyttes tillige mod *nærgående* efterligninger i det omfang de skaber en forvekslingsfare.<sup>268</sup>

En særegen sammensætning af fællesejet vil dermed nyde en betydeligt bredere beskyttelse i OHL § 2 end i MFL § 3, hvilket synes berettiget, da originalitet er en højere tærskel end særpræg [s27].

Se *Møbelknoppen*: Formen, som udgjorde sammensætningen af en kugle på en kegle, blev kun tilkendt beskyttelse mod slaviske efterligninger, hvilket hænger godt sammen med det beskudne særpræg, da sammensætningen end ikke var ny for produktarten [s27].<sup>269</sup>

---

<sup>261</sup> NIR20.323 s332f—*Borcher* s89—U15B.181—*Schønning* s166f—NIR22.3 s7—NIR21.131 s144—fx U01.747H|U02.1715H|U12.1185H|U12.3189H|U15.979H|U15.992H

<sup>262</sup> *Painer*[95ff]—*Infopaq*[43]

<sup>263</sup> *Cofemel*[35]

<sup>264</sup> NIR22.3 s12—ECS Opinion s19f—GA Mio/konektra[68ff]

<sup>265</sup> *Schovsbo mfl* s191f—NIR22.3 s13/21

<sup>266</sup> NIR22.3 s17/21—ECS Opinion s19f—GA Mio/konektra[70]

<sup>267</sup> *Riis* s560—NIR22.3 s6—*Madsen 2* s188/196

<sup>268</sup> *Borcher* s166—U09B.151 s153

<sup>269</sup> U03.694—også V-123-08: beskyttelse var *overordentlig snæver* pga. beskeden adskillelsesevne|B-132-15 set i *Frahm & Kragmann* s204|BS-10889/2018-SHR|BS-10241/2017-SHR|U23.2197

Modevarer beskyttes også typisk kun mod *slaviske* eller *meget nærgående* efterligninger jf. MFL § 3, hvorfor blot små forskelle mellem efterligningen og originalens udseende vil medføre frifindelse.<sup>270</sup>

#### 8.3.6.3 DSF

Det *antages*, at designretten også kan inddrage momentet, så bredden af designets beskyttelsessfære afhænger af designets grad af individuel karakter.<sup>271</sup> Se **Legemadrasser**: Den designretlige beskyttelse var snæver, da designet var baseret på fælleseje.<sup>272</sup>

Det kan dog siges med sikkerhed, at et designs beskyttelsessfære afhænger af designerens frihedsgrad under udviklingen (frihedsmomentet) jf. DSF art. 10(2), da et design, hvor formgivningen delvist er bundet af et teknisk hensyn, får en snævrere beskyttelse ift. design, hvor samme begrænsning ikke gjaldt.<sup>273</sup>

Hvor en lav frihedsgrad gør det *lettere* at fastslå, at der er tale om et beskyttet design [s23], vil en lav frihedsgrad samtidig gøre det *sværere* at fastslå krænkelse for samme design, da mindre designforskelle i højere grad er tilstrækkelige til at give en informeret bruger et andet helhedsindtryk—dvs. en mindre beskyttelsessfære.

I den forstand minder frihedsmomentet om den effekt, som en lav eller højt særpræg har på beskyttelsessfæren jf. MFL § 3.<sup>274</sup>

De er dog lidt forskellige. Hvor den snævre beskyttelsessfære jf. MFL § 3 skyldes *selve udseendet*, skyldes den snævre beskyttelsessfære i designretten pga. en lav frihedsgrad *produktarten*, da en teknisk hensyntagen ved formgivningen følger af produktartens natur.

### 8.3.7 Udvanding

Her behandles spørgsmålet om degenerering (**udvanding**), hvorved forstås en indsnævring af beskyttelsessfæren, når originalens særegenhed er blevet udvasket med tiden pga. konkurrenters fremstilling af efterligninger. Er særegenheden helt udvandet, vil udseendet kunne tilegnes 1:1 af enhver.

Momentet bliver næppe særligt relevant i designretten qua den korte beskyttelsestid [s43]. Derimod kan det have praktisk relevans fsva. beskyttelsen jf. OHL § 2 og MFL § 3, da beskyttelsen her varer væsentligt længere.

#### 8.3.7.1 MFL

Konsensus er, at udvanding kan indgå som moment jf. MFL § 3. Det giver også god mening, da beskyttelse forudsætter en beskyttelsesværdig markedsposition, og denne vil forsvinde i takt med mindskelse af særpræg, fx ved at man forholder sig passiv over for efterligninger.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> NIR21.131 s145f—U12.129H|U08.446H|U20.2817

<sup>271</sup> NIR22.3 s5 & note 4—Madsen 3 s227

<sup>272</sup> BS-10241/2017-SHR

<sup>273</sup> *Schovsbo mfl* s470f/487f—Frahm & Kragmann s49—GA Mio/konektra[68]—Madsen 3 s224

<sup>274</sup> BS-50402/2024-SHR: frihedsmomentet blev anvendt i en sag om krænkelse jf. MFL § 3—frihedsgraden i formgivning af stearinlys var høj på en række parametre, hvilket talte for, at modpartens efterligning krænkede, da den lignede originalen på netop disse parametre

<sup>275</sup> U09B.151 s153—Borcher s158/164—Heide-Jørgensen s423—Frahm & Kragmann s44 note 55—Madsen 2 s184

Se fx en sag om et møbelgreb, hvor HR udtalte, at denne slags greb var blevet en standardvare ”i tiden efter år 2000 som led i en almindelig trend på [markedet] for bl.a. køkkenudstyr”, hvorfor modpartens efterligning ikke krænkede jf. § 3.<sup>276</sup>

#### 8.3.7.2 OHL

Fsva. ophavsretten vil total udvanding virke meget indgribende, da beskyttelsen vil være helt forsvundet—uanset at den *lovfæstede* lange beskyttelsestid ikke er ophørt [s43]. Derfor bør det nok afvises, at brugskunst kan udsættes for en total udvanding.

En anvendelse af udvandingsmomentet på brugskunst vil også umiddelbart stride mod **Cofemel**, hvorefter brugskunstbeskyttelsen ikke er svagere end beskyttelsen for andre værker.<sup>277</sup>

Alligevel mener nogle, at momentet kan gøres gældende for brugskunst jf. OHL § 2.<sup>278</sup>

Synspunktet kan støttes i **Myren**, hvor det originale ved stolen var lamineringen af sæde/ryglæn i ét stykke samt dobbeltkrumningen, stålrørsbenene, den slanke talje og den organiske form i øvrigt. Stålrørsbenene og sæde-/ryglænsfladen var dog siden blevet almindelige. HR lagde dermed kun vægt på originalens særlige udformning af ryglænet (ellipseformen og den snævre talje) i krænkelsesvurdering, men efterligningen havde ikke overtaget disse karakteristika, da ryglænet i stedet var cirkelformet—frifindelse.<sup>279</sup>

#### 8.3.8 Øvrig illoyalitet

En forskel på beskyttelsen i MFL § 3 er, at **øvrig illoyal adfærd** kan inddrages—dvs. man kan tillægge tilstedeværelsen af *ekstra utilbørlighed* i hændelsesforløbet (udover den illoyalitet, som ligger i fremstillingen af en efterligning) vægt i krænkelsesvurderingen.

At dette kan indgå som moment er ikke overraskende, da § 3 netop tager sigte på markedsadfærd—modsat immaterialretten [s18], hvorfor momentet ikke ses i design- og ophavsretten.

Adfærdsmomentet bliver først relevant, når en efterligning ikke skaber en forvekslingsfare. Momentet kan i en sådan situation udvide beskyttelsessfæren jf. § 3—men næppe videre end de immaterialretlige regelsæt.<sup>280</sup>

Omvendt kan *loyal* adfærd ikke tillægges vægt mhp. at rette op på en efterligning, som skaber en forvekslingsfare.<sup>281</sup>

Et *tidligere* eller et *på tænkt aftaleforhold* mellem sagsøger og sagsøgte kan tillægges vægt i krænkelsesvurderingen, da man derved kan have tilegnet sig viden, som man ellers ikke vil være i besiddelse af, og da en part er forpligtet til en rimelig varetagelse af modpartens interesser udover aftalens eller forhandlingernes levetid.<sup>282</sup>

---

<sup>276</sup> U12.3584H—også V-3-95 set i *Borcher* s164

<sup>277</sup> Cofemel[35]

<sup>278</sup> *Schønning* s167—*Frahm & Kragmann* s53/317f

<sup>279</sup> U02.1715H—også H-23-07: originalen havde ”bevaret sin egenart op til i dag”

<sup>280</sup> U79.603—*Riis* s561f—*Borcher* s161f/189

<sup>281</sup> *Borcher* s162/189

<sup>282</sup> *Ibid* s201—*Heide-Jørgensen* s423f—*Frahm & Kragmann* s339ff—*Riis* s562—*Madsen* 2 s193

Se **Biblioteksreolen**: Her blev det fastslået, at efterligningen ikke *i sig selv* krænkede § 3—dog gjorde det forhold, at sagsøgte virksomhed var stiftet og drevet af tre af sagsøgerens tidligere ansatte, at § 3 var krænkelse.<sup>283</sup>

Øvrig illoyal adfærd kan også være snylteri bestående i **lignende marketing** eller **distributionskanaler**, i markedsføring af **serieefterligninger**, eller i at gå direkte efter **originalproducentens kunder**.<sup>284</sup>

Se en sag hvor sagsøgte efterligning af sagsøgerens reol design krænkede § 3. Det forhold, at parterne tidligere havde forhandlet om køb af reolen, samt det forhold, at sagsøgte dernæst havde skabt og solgt en konkurrerende reol til en af sagsøgerens kunder, blev tillagt vægt.<sup>285</sup>

Adfærdsmomentet fungerer som en supplerende beskyttelse i sager, hvor udseendet ikke beskyttes i immaterialretten, og hvor efterligningen *i sig selv* ikke er egnet til at skabe en forvekslingsfare jf. § 3. En aktør, der tidligere har haft relationer til andre aktører, bør dermed udvise forsigtighed og aflægge en pæn designmæssig distance i sin udvikling af et konkurrerende produkt.

### 8.3.9 Kendskab

Fsva. efterlignerens subjektive forhold adskiller retsgrundlagene sig.

#### 8.3.9.1 RD

I designretten må sondres mellem et RD og et UD. En krænkelse af et RD forudsætter ikke kendskab til det, hvilket er en fordel som rettighedshaver. Afgørende er alene, om efterligningen efterlader samme helhedsindtryk som originalen jf. DSF art. 10.

At efterlignerens kendskab til designet ikke tillægges vægt, kaldes prioritetsbeskyttelse, da der gives prioritet til den, der skabte designet først.

#### 8.3.9.2 De øvrige

Dette står i modsætning til et UD, ophavsretten [s15] samt MFL § 3, hvor uafhængige dobbeltfrembringelser i princippet ikke krænkelse—efterlignerens kendskab til originalen er afgørende.<sup>286</sup>

Fsva. UD'et fremgår dette af DSF art. 19(4), da man kun kan forbyde andres brug, som skyldes *kopiering*—med dette skal blot forstås, at en krænkelse forudsætter, at efterligneren har haft kendskab til det.<sup>287</sup>

Spørgsmålet er dernæst, om der er forskel i kendskabsvurderingen blandt disse.

Res ipsa loquitur-princippet [s15] synes at finde anvendelse for dem alle:<sup>288</sup> i ophavsretten<sup>289</sup>, i markedsføringsretten<sup>290</sup> og for UD'et.<sup>291</sup>

---

<sup>283</sup> U68.576H—også V-11-01: tillagt vægt, at sagsøgte havde haft forhandlinger med sagsøger om køb af virksomheden. Sagsøgte fremstillede dernæst en efterligning af sagsøgerens havelampe—krænkelse

<sup>284</sup> Borchers s162—Riis s561f—Madsen 2 s190

<sup>285</sup> U95.1H

<sup>286</sup> Riis s560—Borchers s178—Madsen 2 s192

<sup>287</sup> Schovsbo mfl s489

<sup>288</sup> Frahm & Kragmann s60/344—Borchers s178—U02B.101

<sup>289</sup> U63.782H|U98.941|U00.212|U01.747H

<sup>290</sup> U65.530V|U79.588|U98.941|U01.1006H|V-109-04|U12.256H|V-88-15

<sup>291</sup> V-62-04|BS-42938/2018-SHR

En slående lighed mellem de to udseender skaber altså en *formodning for* kendskab. I praksis vil bevisbyrden ligge hos den påståede krænker, da vedkommende skal kunne bevise en selvstændig designindsats, hvis han vil imødegå kendskabsformodningen.<sup>292</sup>

Fsva. UD'et kan dette støttes på ordlyden af art. 19(4), da det senere udseende ikke krænker, hvis den hidrører fra et selvstændigt arbejde fra en designer, man med rimelighed må formode, ikke har haft kendskab til originalen. I *Halskæden* forelå ingen krænkelse af et UD, da sagsøgeren ikke havde bevist sin markedsføring i Danmark—hvorfor det ikke var godtgjort, at sagsøgte kunne have kendskab til det.<sup>293</sup>

Der er muligvis alligevel en forskel i kendskabsvurderingen.

Flere forfattere mener, at en *ubevidst* efterligning kan krænke jf. OHL § 2—dvs. hvor der ikke var *forsæt* til at skabe en efterligning.<sup>294</sup>

Fsva. UD'et mener *Madsen* modsat, at der kræves *kvalificeret ond tro*.<sup>295</sup> Dette omfatter nok ikke ubevidst efterligning.

Det samme anføres om MFL § 3. Her skal *kvalificeret ond tro* tilsyneladende forstås på den måde, at efterligneren har haft forsæt til at tilegne sig originalens markedsandel jf. MFL § 3.<sup>296</sup>

Det er tvivlsomt, om denne sondring i praksis har nogen særlig betydning, da en slående lighed mellem udseenderne, jf. *res ipsa loquitur*, lige så vel kan anføres til støtte for, at sagsøgte havde forsæt til at tilegne sig originalens markedsandel, som det kan anføres til støtte for, at sagsøgte havde kendskab til originalen.

## 8.4 Ophør

Her belyses tidspunktet for fremtoningsbeskyttelsens *ophør*—hvorefter udseendet står til fri afbenyttelse.

### 8.4.1.1 DSF

Et RD beskyttes i 5 år fra ansøgningsdagen med mulighed for at forny op til 4 gange—dvs. en max beskyttelse på 25 år jf. DSF art. 12(2).

Et UD beskyttes i 3 år fra offentliggørelsesdagen jf. art. 11(1), og det er ikke muligt at forlænge.

Der er blevet sat spørgsmålstegn ved UD'ets anvendelighed qua dens kortvarige beskyttelse—den udgør i bedste fald en tilbagefaldsposition, hvor udseendet mod forventning opnår nok succes til at andre vil kopiere det, og i øvrigt er den nok kun særlig relevant for sæsonvarer såsom mode.<sup>297</sup>

### 8.4.1.2 OHL

Eneretten til værker, herunder brugskunst, ophører først 70 år efter ophavsmandens død jf. OHL § 63.<sup>298</sup>

---

<sup>292</sup> *Madsen* 3 s223—*Heide-Jørgensen* s423

<sup>293</sup> V-6-09—også U99.786H: sagsøgte kunne bevise en selvstændig udvikling

<sup>294</sup> *Schønning* s194—*Schovsbo mfl* s175

<sup>295</sup> *Madsen* 3 s227

<sup>296</sup> *Borcher* s178f—*Heide-Jørgensen* s422—*Frahm & Kragmann* s60—*Madsen* 2 s193

<sup>297</sup> *Schovsbo mfl* s457—U09B.151—U02B.101

<sup>298</sup> Flos[39]—U15B.181

At beskyttelsestiden udmåles fra ophavsmandens død, skaber den finurlighed, at værker, som skabes i ophavsmandens unge år, får en væsentlig længere beskyttelse end værker, som skabes umiddelbart før vedkommendes død.<sup>299</sup>

#### 8.4.1.3 MFL

MFL § 3 bliver relevant, når beskyttelsen er ophørt i de øvrige retsgrundlag—især hvor et udseende alene var beskyttet som et UD.

§ 3 adskiller sig fra design- og ophavsretten, da der ikke er en udløbsdato at forholde sig til. Så længe et udseende har adskillelsesevne, dvs. så længe det *markedsføres* og har et *anerkendt beskyttelsesbehov*, vil det være beskyttet.<sup>300</sup>

Det anerkendte beskyttelsesbehov hænger sammen med, at § 3 regulerer illoyal adfærd i overensstemmelse med samfundsopfattelsen, som er dynamisk, samt at man til enhver tid bør overveje om de konkurrencebegrænsninger, som MFL medfører, er acceptable.<sup>301</sup>

Ophører markedsføringen, vil den beskyttede markedsposition ophøre. Beskyttelsen kan dog efter omstændighederne opretholdes derudover—i en *afløbsperiode*.<sup>302</sup>

Se fx **Overgangsfrakken**: Modpartens efterligning udgjorde en krænkelse uanset, at den var udviklet flere måneder efter, at originalfrakkens salg ophørte. Som begrundelse blev anført, at sagsøger ikke havde afvist at producere frakken igen, og at man ikke kunne kræve, at modesæsonvarer skulle markedsføres året rundt.<sup>303</sup>

§ 3 har den fordel, at udseendet kan bevare sin beskyttelse på ubestemt tid i modsætning til immaterialretten.<sup>304</sup> Det er dog nok en forudsætning, at der lægges en vis kontinuerlig indsats for at opretholde adskillelsesevnen og dermed beskyttelsen. Om dette kan betale sig, vil bero på en kommerciel afvejning. Dog kan udseendets beskyttelse nok også helt ophøre ved udvanding [s40].

## 9 Konklusion

---

Retsgrundlagene har til fælles, at de beskytter en vis *indsats*—dog udfolder de sig i forskellige retninger, når de anvendes på produktudseender. På visse parametre kan der være markante forskelle, og det er ikke utænkeligt, at disse kan blive altafgørende i en retssag.

Fsva. *beskyttelsens stiftelse* sondres mellem den formløse og forbundne stiftelse. Beskyttelsen af et udseende som et RD har den fordel, at beskyttelsen let bevises over for andre ved at henvise til designregistret. Modsat kan ophavsrettens formløshed være en fordel, da ingen indsats udover selve skabelsen af udseendet kræves. Et udseendes beskyttelse som et UD eller i MFL § 3 er derimod mere usikker, da det hhv. kræves, at fagkredsen med rimelighed kan have stiftet bekendtskab til det, eller at udseendet har opnået en vis markedsværdi.

Fsva. retsgrundlagenes *anvendelsesområde* beskytter MFL § 3 i praksis udseender i størst omfang, designretten i mindre grad og i mindst grad OHL § 1. Hierarkiet skyldes forskellen på det

---

<sup>299</sup> Borchers s114

<sup>300</sup> Ibid s158—Heide-Jørgensen s408

<sup>301</sup> U09B.151 s152

<sup>302</sup> Ibid—U02B.101—Frahm & Kragmann s44 note 54—Madsen 2 s190

<sup>303</sup> BS-42938/2018-SHR—også U01.2387

<sup>304</sup> Frahm & Kragmann s44f—Borchers s156ff—Heide-Jørgensen s407—U02B.101—modsat Schønning s140

krav til indsatsen, som ligger i hhv. *adskillelseevne, individuel karakter og originalitet*. Hvis retsgrundlagene finder anvendelse på samme udseende, kan beskyttelsen kumuleres.

Fsva. anvendelsesområdets momenter, kan en diskrepans konstateres fsva. *helhedsvurdering* og inddragelse af *markedsforhold*. Tildelingen af beskyttelsen jf. OHL § 1 sker ikke pba. en helhedsvurdering, men ved en identifikation af de dele, som er originale. Modsat designretten, hvor beskyttelsen tildeles pba. en vurdering af det helhedsindtryk, som udseendet giver, sml. med kendte designs. Fsva. MFL § 3 er det mere uklart. En diskrepans ses også i inddragelsen af markedsforhold—overordnet konstateres, at design- og MFL § 3 tillader en sådan hensyntagen i vurderingen af, om et udseende tildeles beskyttelse. Omvendt spiller disse forhold mindre betydning jf. OHL § 1.

*Nyhed* er kun et formelt krav i designretten, men det har dog en indirekte rolle i OHL § 1/MFL § 3, da en nyskabelse bestemt kan tale *for* hhv. originalitet/særpræg. Fraværet af nyhed kan også tale *mod* originalitet, hvis det blot er en gengivelse af fællesejet. Fraværet af nyhed spiller dog en mindre rolle jf. MFL § 3, da beskyttelse kan opnås—trods beskedent særpræg—ved indarbejdelse.

Retsgrundlagene er dog på linje fsva. *grænsedragningen* mod *fællesejet* og det *tekniske*. Et udseendes beskyttelse kan i retsgrundlagene støttes på en betragtning om, at udseendet er en *særegen sammensætning af fælleseje*. Forskellen på retsgrundlagene består blot i højden på tærsklen, som et udseende skal overkomme, hvis det skal beskyttes. Det er måske en forudsætning for originalitet i denne sammenhæng, at en særegen sammensætning er ny for produktarten—dette er ikke nødvendigvis et krav for særpræg. Et udseende præget af teknik kan beskyttes i retsgrundlagene, hvis udseendet ikke alene er formgivet pba. tekniske hensyn. I det omfang, der er et designmæssigt overskud, bliver forskellen på retsgrundlagenes beskyttelse igen, om dette designmæssige overskud overkommer de respektive tærskler.

Fsva. *beskyttelsessfæren* giver OHL § 2 i praksis nok den bredeste beskyttelsessfære (med forbehold for at det kun gælder de beskyttede dele), dernæst designretten og til sidst MFL § 3—hvorved forstås hvor nærgående efterligningen skal være, før den udgør en krænkelse. Hierarkiet kan konstateres pba. undersøgelsen af de enkelte momenter.

Modsat anvendelsesområdets momenter er der diskrepanser ved samtlige momenter i udmålingen af beskyttelsessfæren.

Krænkelser jf. OHL § 2 beror på en konstatering af, at efterligningen har *overtaget beskyttede dele på genkendelig vis*—modsat foretager designretten en *helhedsvurdering*. Efterligningens *mærkbare forskelle* kan medføre frifindelse jf. designretten—modsat er mærkbare forskelle ophavsretligt irrelevante, hvis disse ikke vedrører de fra originalen overtagne, originale dele. I denne forstand er ophavsretsbeskyttelsen stærkest, da kun mærkbare forskelle ved de fra originalen overtagne dele tillægges vægt. Fsva. MFL § 3 anvender domstolene begge tilgange—men en helhedsvurdering er mere oplagt jf. en kohærensbetragtning.

MFL § 3 svækkes ift. de to øvrige, da en *konkurrenserelation* og *forvekslingsfare* er en forudsætning for krænkelse. Omvendt kan krænkelse af ophavs- eller designretten allerede foreligge qua efterlignerens forberedende designhandlinger. Forvekslingsfare er dog ikke et krav jf. § 3, hvis der konstateres *øvrige illoyalitet*.

Efterligningens *forskelle i kvalitet/materiale* kan tillægges vægt jf. MFL § 3 og designretligt. Fsva. MFL § 3 kan en prisforskel også tillægges vægt. Efterligningen har i så fald lagt en tilstrækkelig afstand til originalen—eller også skyldes det, at kundeskaren ikke er ens, så der ikke

foreligger en konkurrencerelation jf. MFL § 3. Disse forskelle tillægges tilsyneladende ikke vægt jf. OHL § 2, hvorfor den her er stærkere.

Beskyttelsen jf. OHL § 2 skal altid være *vid*—modsat MFL § 3 og designretten, som har *variable* beskyttelsessfærer, da udstrækningen heraf afhænger af udseendets grad af særpræg hhv. af designerens frihed.

Om *udvandringsmomentet* har en praktisk betydning i designretten, er tvivlsomt—modsat MFL § 3/OHL § 2, hvor det kan spille en rolle. Det er dog tvivlsomt, om beskyttelsen helt kan bortfalde ved udvanding jf. OHL § 2.

Hvis udseendet beskyttes som et RD, gives prioritetsbeskyttelse, hvorfor *kendskab* til udseendet ikke er et krav for dets krænkelse—modsat de øvrige beskyttelsestyper. Dog vil denne ulempe ved de øvrige opvejes delvist af, at efterligningens store lighed med originalen skaber en formodning for kendskab, hvilket dernæst skal modbevises af konkurrenten.

Designretten og MFL § 3 anvender en *anskuer* i krænkelsesvurderingen—omvendt er konceptet ikke formelt en del af ophavsretten, uanset domstolene bruger det til tider.

Tidspunktet for *beskyttelsens ophør* er en væsentlig diskrepans i retsgrundlagene, og det er afgørende for, om et udseende fortsat nyder beskyttelse. Hvor designrettens tidsmæssige beskyttelse er beskeden, er ophavsrettens luksuriøs. Beskyttelsen jf. MFL § 3 kan opretholdes på ubestemt tid, hvis udseendet har et beskyttelsesbehov, hvilket formentlig kræver en vis indsats. Dette kan virke betænkeligt, da MFL § 3 i forvejen beskytter udseender i vid udstrækning, men betænkeligheden herved opvejes dog af, at beskyttelsessfæren er relativt indsnævret.

Retsgrundlagene påberåbes—af gode grunde—ofte kumulativt i retssager, da der kan være tvivl om hvilket retsgrundlag, der yder beskyttelse og i hvilket omfang. Som advokat bør man dog være opmærksom på retsgrundlagenes diskrepanser i sin juridiske argumentation.

## 10 Forkortelser

---

### Love & konventioner

**Designforordningen (DSF)** | Forordning 2024/2822 af 2024-10-23 om ændring af forordning 6/2002 om EF-design

**Markedsføringsloven (MFL)** | LBK nr. 1420 af 2024-12-02 om markedsføring

**Ophavsretsloven (OHL)** | LBK 2023-08-20 nr. 1093 om ophavsret som ændret ved lov 2024-06-11 nr. 676

**TRIPS** | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights of 1994

**WCT** | WIPO Copyright Treaty (1996)

### Domstole

**EUD** | The Court of Justice of the European Union *eller* EU-Domstolen

**SHR** | Sø- og Handelsretten

**LR** | landsretten

HR | Højesteret

EU-Design

UD | Unregistered EU-Design (uregistreret EU-design)

RD | Registered EU-Design (registreret EU-design)

## 11 Bibliografi

---

### Bøger

**Borcher, Erling.** *Produktefterligninger, 2. omarb. udg.* København: Forlaget Thomson A/S, 2003.

**Evald, Jens.** *Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udg.:* Djøf, 2020.

**Frahm, Kasper og Michala Kragmann.** *Produktefterligninger i praksis.* København: DJØF, 2021.

**Heide-Jørgensen, Caroline.** *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 5. udg.* København: Djøf, 2022.

**Heide-Jørgensen, Caroline.** *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 3. udg.* København: Djøf, 2017.

**Koktvedgaard, Mogens.** *Immaterialretspositioner.* København: Juristforbundets forlag, 1965.

**Kur, Annette, Thomas Dreier og Stefan Luginbuehl.** *European Intellectual Property Law, 2. udg.:* Edward Elgar Publishing, 2019.

**Lund, Torben.** *Ophavsret.* København: G E C Gads forlag, 1961.

**Madsen, Palle Bo.** *Immaterialret—Markedsret del 3, 8. udg., bind 3,* 2023.

**Madsen, Palle Bo.** *Markedsføringsret og konkurrenceværn—Markedsret del 2, 8. udg., bind 2,* 2022.

**Riis, Thomas.** "Produktefterligninger" i P. Møgelvang-Hansen, T. Riis og J. Trzaskowski (red.), *Markedsføringsretten, 4. udg.* København: Ex Tuto, 2022.

**Schønning, Peter.** *Ophavsretsloven med kommentarer, 8. udg.* København: Karnov, 2024.

**Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen.** *Immaterialret, 7. udg.* København: Djøf, 2024.

**Trzaskowski, Jan.** "Markedsføringsret" i P. Møgelvang-Hansen, T. Riis og J. Trzaskowski (red.), *Markedsføringsretten, 4. udg.* København: Ex Tuto, 2022.

### Artikler

**ECS Opinion** (Bently, Lionel, Estelle Derclaye, Caterina Sganga, Alexander Peukert, Thomas Margoni og Tatiana Synodinou. "Opinion of the European Copyright Society in MIO/konektra". 2024. [ECS Opinion]. <https://europeancopyrightsociety.org/opinions/>)

**GRUR20.264** (Endrich-Laimböck, Tobias. "Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel". *GRUR International* 69, nr. 3, 2020, s. 264)

**JIPL20.290** (Kur, Annette. "Unité de l'art is here to stay—Cofemel and its consequences". *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 15, nr. 4, 2020, s. 290)

### UfR-artikler

**U09B.151** (Borcher, Erling. "Produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringslovens § 1". *UfR*, 2009, s. 151. [U2009B.151])

**U02B.101** (Koktvedgaard, Mogens. "Europæisk Design". *UfR*, 2002, s. 101. [U2002B.101])

- U14B.220** (Rosenmeier, Morten. "Krænkes ophavsretten, hvis man råder over en mindre del af et beskyttet fænomen?". *UfR*, 2014, s. 220. [U2014B.220])
- U15B.181** (Rosenmeier, Morten og Jens Schovsbo. "Brugskunstbeskyttelse mod »meget nærgående efterligninger«. Er Højesterets praksis på kant med EU-retten?". *UfR*, 2015, s. 181. [U2015B.181])
- U13B.341** (Schønning, Peter. "Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker". *UfR*, 2013, s. 341. [U2013B.341])
- U99B.55** (Wallberg, Knud. "Beskyttelse af forretningskoncepter". *UfR*, 1999, s. 55. [U1999B.55])

### **NIR-artikler**

- NIR21.131** (Larsen, Torsten Bjørn. "Beskyttelse af beklædning". *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2021, s. 131)
- NIR22.3** (Rosenmeier, Morten. "Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painerdommen?". *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2022, s. 3)
- NIR20.323** (Schovsbo, Jens. "Design Protection in the Nordic countries: Welcome to the smörgåsbord". *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2020, s. 323)
- NIR05.420** (Schovsbo, Jens. "Designloven: 100 år og hvad nu?". *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2005, s. 420)

### **Web-udgivelser**

- Christiansen, Claus Barrett. "Østre Landsret stadfæster: Steve Madden krænker Gannis skodesign", 2025. Tilgået 2025-05-02, <https://www.bechbruun.com/nyheder/faglige-nyheder/oestre-landsret-stadfaester-steve-madden-kraenker-gannis-skodesign>.
- Reipurth, Søren Danelund. "Mode og ophavsret", 2025. Tilgået 2025-05-02, [https://issuu.com/bruunhjejl/docs/mode\\_og\\_ophavsret\\_en\\_evergreen\\_i\\_dansk\\_ret](https://issuu.com/bruunhjejl/docs/mode_og_ophavsret_en_evergreen_i_dansk_ret).

### **EU-retlige domme**

- Infopaq** (C-5/08, Infopaq).
- Nintendo** (C-24/16 & C-25/16, Nintendo).
- Painer** (C-145/10, Painer).
- Flos** (C-168/09, Flos).
- Pepsi** (C-281/10, Pepsi).
- Levola** (C-310/17, Levola).
- Karen Millen** (C-345/17, Karen Millen).
- Doceram** (C-395/16, Doceram).
- Premier League** (C-403/08 & C-429/08, Premier League).
- Mio** (C-580/23, Mio).
- Football Dataco** (C-604/10, Football Dataco).
- Cofemel** (C-638/17, Cofemel).
- Konektra** (C-795/23, Konektra).
- Brompton** (C-833/18, Brompton Bicycle).
- T-352/19** (T-352/19).
- T-1158/23** (T-1158/23).

### **Generaladvokatens holdning**

- GA Mio/konektra** (Forslag til afgørelse fra generaladvokaten i C-580/23 & C-795/23, Mio/konektra).
- GA Cofemel** (Forslag til afgørelse fra generaladvokaten i C-683/17, Cofemel).

### **Danske udgivne afgørelser**

**U56.237H** (U1956.237/2H).  
**U58.1211** (U1958.1211).  
**U61.46H** (U1961.46H).  
**U61.1027H** (U1961.1027H).  
**U63.782H** (U1963.782H).  
**U65.530V** (U1965.530V).  
**U68.576H** (U1968.576H).  
**U79.588** (U1979.588).  
**U79.603** (U1979.603).  
**U81.946H** (U1981.946H).  
**U82.987** (U1982.987).  
**U91.22H** (U1991.22H).  
**U91.847H** (U1991.847H).  
**U92.34** (U1992.34).  
**U92.909** (U1992.909).  
**U93.17H** (U1993.17H).  
**U94.72H** (U1994.72H).  
**U94.671H** (U1994.671/2H).  
**U95.1H** (U1995.1/2H).  
**U95.92** (U1995.92).  
**U98.941** (U1998.941).  
**U99.158** (U1999.158).  
**U99.786H** (U1999.786H).  
**U00.212** (U2000.212).  
**U01.747H** (U2001.747H).  
**U01.1006H** (U2001.1006/2H).  
**U01.2387** (U2001.2387).  
**U02.1715H** (U2002.1715/2H).  
**U03.694** (U2003.694).  
**U03.1219H** (U2003.1219H).  
**U04.2464** (U2004.2464).  
**U07.1112H** (U2007.1112H).  
**U08.446H** (U2008.446H).  
**U08.1834H** (U2008.1834H).  
**U09.1789H** (U2009.1789H).  
**U11.3451H** (U2011.3451H).  
**U12.129H** (U2012.129H).  
**U12.256H** (U2012.256H).  
**U12.1185H** (U2012.1185H).  
**U12.1983H** (U2012.1983H).  
**U12.3189H** (U2012.3189H).  
**U12.3584H** (U2012.3584H).  
**U14.954H** (U2014.954H).  
**U14.3539H** (U2014.3539H).  
**U15.979H** (U2015.979H).  
**U15.992H** (U2015.992H).  
**U19.4235** (U2019.4235).

**U20.2817** (U2020.2817).  
**U21.4163** (U2021.4163).  
**U23.2197** (U2023.2197).  
**U23.2688H** (U2023.2688H).  
**U25.2087** (U2025.2087).

### **Danske ikke-udgivne afgørelser**

**B-132-15** (Landsrettens dom 2016-02-11 i sag B-132-15).  
**B-1259-17** (Landsrettens dom 2018-10-22 i sag B-1259-17).  
**BS-15944/2020-OLR** (Østre Landsrets dom 2021-05-27 i sag BS-15944/2020-OLR).  
**V-3-95** (Sø- og Handelsrettens dom 1996-01-24 i sag V-3-95).  
**V-32-99** (Sø- og Handelsrettens dom 2003-01-21 i sag V-32-99).  
**V-11-01** (Sø- og Handelsrettens dom 2003-04-02 i sag V-11-01).  
**V-29-03** (Sø- og Handelsrettens dom 2004-12-20 i sag V-29-03).  
**V-62-04** (Sø- og Handelsrettens dom 2005-07-01 i sag V-62-04).  
**V-86-03** (Sø- og Handelsrettens dom 2005-08-30 i sag V-86-03).  
**V-142-03** (Sø- og Handelsrettens dom 2006-03-28 i sag V-142-03).  
**V-42-03** (Sø- og Handelsrettens dom 2006-04-21 i sag V-42-03).  
**V-109-04** (Sø- og Handelsrettens dom 2006-04-21 i sag V-109-04).  
**V-78-05** (Sø- og Handelsrettens dom 2006-11-22 i sag V-78-05).  
**V-183-05** (Sø- og Handelsrettens dom 2007-03-30 i sag V-183-05).  
**V-123-08** (Sø- og Handelsrettens dom 2009-12-14 i sag V-123-08).  
**H-23-07** (Sø- og Handelsrettens dom 2010-03-17 i sag H-23-07).  
**V-6-09** (Sø- og Handelsrettens dom 2010-08-17 i sag V-6-09).  
**V-22-10** (Sø- og Handelsrettens dom 2010-11-25 i sag V-22-10).  
**V-34-10** (Sø- og Handelsrettens dom 2012-02-14 i sag V-34-10).  
**V-88-15** (Sø- og Handelsrettens dom 2016-9-9 i sag V-88-15).  
**V-10-16** (Sø- og Handelsrettens dom 2017-05-01 i sag V-10-16).  
**V-68-16** (Sø- og Handelsrettens dom 2018-02-09 i sag V-68-16).  
**V-60-17** (Sø- og Handelsrettens dom 2018-11-26 i sag V-60-17).  
**BS-10889/2018-SHR** (Sø- og Handelsrettens dom 2019-1-21 i sag BS-10889/2018-SHR).  
**BS-42938/2018-SHR** (Sø- og Handelsrettens dom 2019-11-04 i sag BS-42938/2018-SHR).  
**BS-10241/2017-SHR** (Sø- og Handelsrettens dom 2020-01-15 i sag BS-10241/2017-SHR).  
**BS-9667/2017-SHR** (Sø- og Handelsrettens dom 2020-05-15 i sag BS-9667/2017-SHR).  
**BS-31417/2022-SHR** (Sø- og Handelsrettens dom 2023-03-31 i sag BS-31417/2022-SHR).  
**BS-25562/2024-SHR** (Sø- og Handelsrettens kendelse 2024-08-09 i sag BS-25562/2024-SHR).  
**BS-32550/2024-SHR** (Sø- og Handelsrettens kendelse 2024-11-01 i sag BS-32550/2024-SHR).  
**BS-44774/2024-SHR** (Sø- og Handelsrettens kendelse 2025-01-14 i sag BS-44774/2024-SHR).  
**BS-50402/2024-SHR** (Sø- og Handelsrettens kendelse 2025-03-25 i sag BS-50402/2024-SHR).  
**BS-59553/2024-SHR** (Sø- og Handelsrettens kendelse 2025-04-30 i sag BS-59553/2024-SHR).