
KUMULATIV IMMATERIALRETTLIG BESKYTTELSE AF DESIGNERSTOLE

Jonas Anker Frederiksen – 2013 6131

17. MAJ 2018

AALOBORG UNIVERSITET

Vejleder: Torsten Bjørn Larsen

Abstract

There is no doubt that designer chairs can be very valuable. In a marked that glorifies design-icons such as the Egg and the Swan, there is however a great chance that these designs might be copied.

The question asked in this paper is: *how can these icons be protected?* And more so, how does the owner *obtain* this protection? The laws of intellectual property provides several options in this regard, and the scope of this paper is to examine the opportunity of obtaining them all at the same time, if such an accumulation of protection is even possible.

Firstly, if the chair is sufficiently artistic, it could be protected by the easily obtainable and long lasting rules of copyright. Secondly, if the chair boasts novelty and individual character, the rules of industrial design, which is easily obtainable as well, could be used. Lastly, the modern rules of trademark protection offers a, in principle, permanent and wide protection of the shape of a good. This protection, however, comes with great requirements of distinctiveness, requirements which might even be so strict, that's its only very few chairs that can fulfill them.

Theoretically, there is no restrictions barring the shape of a chair from being art, design and a trademark at the very same time. However, the rules of trade mark protection of shapes are currently very strict, this due to the fear of permanently monopolizing something, which was always intended to only be protected for a limited time. Therefore, the practical application of accumulated might not so simple.

This paper concludes, that the accumulation of all three protections simultaneously is improbable, due to the (relatively) short span of design protection, and the very high demands of incorporation required to obtain trade mark protection of the shape of a chair.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1: Indledning	4
1.1: Emnevalg	4
1.2: Afgrænsning	5
1.3: Retskilder	6
1.3.1: Ophavsretten	6
1.3.2: Varemærkeretten	6
1.3.3: Designretten	7
1.4: Metode	7
1.5: Struktur	8
Kapitel 2: Ophavsretsbeskyttelsen	9
2.1: Retserhvervelsen	9
2.2: Brugskunst	9
2.3: Det almindelige originalitetskrav	10
2.4: Særligt om originalitetskravet for brugskunst	12
Kapitel 3: Designbeskyttelsen	16
3.1: Retserhvervelsen	16
3.2: Designbegrebet	17
3.3: Nyhedskravet	17
3.4: Individuel karakter	18
Kapitel 4: Varemærkebeskyttelsen	21
4.1: Retserhvervelsen af varemærkeret	21
4.2: 3D-Varemærket	21
4.3: Særpræg	22
4.3.1: Distinktivitet	23
4.3.2: Ikke deskriptivitet	25
4.3.3: Indarbejdet særpræg	25
4.4: Særprægsbedømmelsen for 3D-varemærker	25
4.5: De absolutte registreringshindringer i VMD art. 4 (1) (e)	27
4.5.1: VMF art. 7 (1) (e) (i) Varens egen karakter	28
4.5.2: VMF art. 7 (1) (e) (ii) Teknisk resultat	28
4.5.3: VMF art. 7 (1) (e) (iii) Væsentlig værdi	29
Kapitel 5: Kumulativ beskyttelse	33

5.1: Forholdet mellem ophavsret og designret	33
5.2: Forholdet mellem ophavsret og varemærkeret	34
5.3: Forholdet mellem designret og varemærkeret	35
5.4: Trippelbeskyttelse og betydningen af kumulation	35
Kapitel 6: Retspraksis om stolens formgivning	37
6.1 Retspraksis – stolen som brugskunst.....	37
6.1.1: U 1960.483 Ø: Wegnerstolen, model 501 og 503	37
6.1.2 U 1963.782 H – Johanssons hvilestol (Ejvind Johansson #301).....	38
6.1.3 Vestre Landsrets Dom af 31. marts 1976: FALCON af Sigurd Resell (Gengivet i NIR 1979.347)	41
6.1.4: U.2002.1715.2 H - Myren mod Jackpot	42
6.1.5: Delkonklusion.....	44
6.2: Stolen som industrielt design	45
6.2.1: Svanen og 7eren mod stadionsæderne	46
6.2.2: Sachi-lænestolene.....	49
6.2.3: Delkonklusion.....	54
6.3: Stolen som sit eget varemærke	55
6.3.1: CTM 004591608 – Arne Jacobsens Ægget.....	55
6.3.2: Ansøgning 006151229 – Corona-stolen.....	56
6.3.3: Arne Jacobsens klassikere – Myren, 7eren og Svanen.	57
6.3.4: Sammenfatning af praksis fra 00'erne.....	58
6.3.5 R 486/2010-2 - Eames Alu-Chair	59
6.3.6: R 664/2011-5 Eames Lounge-Chair	61
6.3.7: Delkonklusion.....	64
Kapitel 7: Konklusion.	65
8: Litteraturliste	67

Kapitel 1: Indledning

1.1: Emnevalg

Denne afhandling omhandler spørgsmålet om immaterialretlig kumulation. Immaterialretten er en samlebetegnelse for beskyttelsesformerne til bestemte enerettigheder. Som udgangspunkt er hver rettighed forbeholdt et bestemt område: ophavsretten beskytter kunstneriske og litterære værker, patentretten beskytter opfindelser, designretten beskytter industrivarers ydre fremtoning og varemærkeretten beskytter forretningskendetegn.

Beskyttelsesrettighederne giver indehaverne af disse en eneret. Disse enerettigheder gør indehaveren i stand til at anvende sit værk/produkt/mærke på en måde, om ingen andre lovligt kan gøre. Dette kan være ved salg, overdragelse eller noget helt tredje. Rettighedshaveren kan også forhindre andre i at udnytte sit immaterielle aktiv, og en eneret kan på den måde fungere til at skabe et mindre "monopol" på det pågældende aktiv.¹ Selvsagt, kan sådanne monopoler være utroligt værdifulde, hvorfor det også er vigtigt, at reglerne er tilstrækkeligt balanceret mellem hensynet til indehaverens beskyttelse og den fri konkurrence i samfundet.

Gennem tiden er der dog sket et sammenfald af nogle af disse rettigheder. Det, som nu anses for kunst, kan også samtidig anses som et industriprodukt, og det, som anses som et industriprodukt, kan nu være så særpræget, at det også kan fungere som sit eget varemærke. Det store indtog af brugskunst og tredimensionelle varemærker har gjort, at disse tre rettigheder nu alle kan beskytte en og samme ting: et produkts udseende.

En meget stor del af varer på markedet er i forvejen beskyttet af flere immaterialretlige beskyttelser, hvor hver rettighed beskytter en konkret egenskab ved varen, uden at dette som udgangspunkt giver anledning til større problemer i praksis. Som eksempel herpå kunne nævnes en barbermaskine: Håndtagets form vil kunne have ophavsretlige beskyttelse som brugskunst, hvor mønsteret på barbermaskinen er designbeskyttet. Der er et logo, som kunne have varemærkebeskyttelse, og den indvendige tekniske mekanisme eller måske barberhovedet kunne have patentbeskyttelse. Her er tale om forskellige egenskaber, som har konkrete forskellige beskyttelser. Retserhvervelsen, beskyttelsesomfanget og tidsrummet for beskyttelsen er således forskellig for hver enkel egenskab, og en krænkelse af en bestemt egenskab vil skulle vurderes og

¹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 27

behandles udelukkende efter de regler, som gælder for krænkelse af den konkrete immaterielrettighed. Dette speciale vil derimod fokusere udelukkende på beskyttelsen af én bestemt egenskab: varens udseende.

En af de produkttyper, som tiltrækker sig mest opmærksomhed, både som kunst og som design er stolen. Designerstole, så som Arne Jacobsens Ægget eller Eames-parrets Lounge-Chair er endda så kendte, at de lovligt kan fungere som sit eget varemærke. Dette speciale har til formål at undersøge *hvordan* en stol kan beskyttes, og *hvad* der kræves, før stolen kan opnå beskyttelse som kunst, design og varemærke.

Problemformuleringen lyder derfor sådan:

Er der mulighed for immaterialretlig kumulation mellem ophavs- design- og varemærkeretten, og i bekræftende fald, hvad skal der til før, stolen kan beskyttes henholdsvis som kunst efter ophavsretten, design efter designretten, og et varemærke efter varemærkeretten, og hvad skal der til, før alle beskyttelserne kan opnås samtidig?

1.2: Afgrænsning

Problemformuleringen vil udelukkende blive besvaret efter immaterialretlige regler. Det vil sige, at markedsføringslovens regler om beskyttelse af forretningskendetegn ikke vil blive inddraget. Endvidere vil der ikke blive taget stilling til spørgsmål vedrørende patenter- og brugsmodeller, da disse immaterialretlige beskyttelser udelukkende forholder sin til tekniske egenskaber, og ikke til en vares udseende.

Specialet vil begrænse sig til at behandle spørgsmål om retserhvervelse. Selvom meget af den anvendte praksis hovedsageligt er sager om krænkelse, vil der udelukkende være fokus på retserhvervelsesspørgsmålene i disse sager. Endvidere vil der inden for varemærkeretten udelukkende være fokus på beskyttelse af en vares formgivning (3D-mærker).

Afhandlingen er begrænset sig til at undersøge beskyttelsen af en bestemt varegruppe, nemlig stole. Oftest, vil spørgsmålet om beskyttelse konkret kunne variere fra varegruppe til varegruppe, hvorfor besvarelsen i denne afhandling derfor også som resultat heraf vil være meget konkret.

Specialet vil have fokus på retstillingen i Danmark, men da alle tre immaterielle retsområder i fokus er genstand for en gennemgående EU-harmonisering, vil der i meget omfattende grad anvendes

EU-retskilder og EU-retspraksis til at belyse de spørgsmål, som emnet giver anledning til. Specialet bygger på den opfattelse, at grundet graden af harmonisering, må EU-retspraksis i alle tre områder kunne sidestilles tilstrækkeligt med dansk praksis til at dette kan fungere direkte som en indikator for retstilstanden i Danmark. Specialet vil ikke berøre internationale varemærker og designs, som er registreret med hjemmel i Madrid-protokollen og Geneve-aftalen.

1.3: Retskilder

1.3.1: Ophavsretten

Ophavsretten reguleres i Danmark af ophavsretsloven (LBK nr. 1144 af 23.10.2014). Der findes ikke i ophavsretten EU-retskilder på samme måde, som der ses i design- og varemærkeretten. Den moderne ophavslov er dog resultatet af implementeringen af mange EU-direktiver, og fortolkningen af den nationale ophavsretslovgivning er også i mange tilfælde baseret på EU-domstolens praksis.

1.3.2: Varemærkeretten

Varemærkeretten reguleres i Danmark af varemærkeloven (herefter VML). Loven står i øjeblikket til at blive erstattet ved implementering af 2015-direktivet, Direktiv 2015/2436 af 16.12.2015 (Herefter VMD). Dette gør, at den nuværende lovgivning befinder sig i et 'vadested'² i den forstand, at direktivet senest skal være implementeret i januar 2019, jf. 2015-direktivets art. 54 (1), og den danske lovgivning derfor med sikkerhed vil ændre sig på nogle enkelte formelle og materielle punkter i den nærmeste fremtid. Varemærkeloven vil derfor kun blive anvendt i dette speciale vedrørende redegørelse ibrugtagning af varemærker, ellers vil direktivet blive anvendt i stedet til redegørelse for de regler, som udelukkende har national karakter.

Varemærkeretten vil hovedsageligt blive behandlet ud fra reglerne i Varemærkeforordningen (Forordning 2017/1001 af 14.6.2017, herefter VMF) som omhandler EU-varemærker. VMF finder ikke direkte anvendelse på nationale varemærker, men det må lægges til grund for besvarelsen, at den kan finde anvendelse gennem analogi. Dette skyldes at, VML som nævnt er i et vadested, hvorfor VMD bør anvendes til besvarelse af nationale spørgsmål, ikke mindst fordi national lovgivning altid skal fortolkes direktivkonformt, uanset om dette er implementeret jf. 14/83 (Von Colson)³. VMD stemmer på mange punkter overens med VMF, og begge regelsæt er formuleret

² Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 446

³ Sørensen, Nielsen & Danielsen, 2014, s. 171 samt Bøggild og Staunstrup, 2015 s. 22

fuldstændig ens for så vidt angår de bestemmelser, som anvendes i denne afhandling. Desuden, søger begge regelsæt at opnå samme mål: harmonisering af varemærkelovgivningen⁴. Til sidst, anvendes i dette speciale udelukkende retspraksis fra EU på varemærkeområdet, hvorfor det for overblikkets skyld vil være mest hensigtsmæssigt at anvende VMF.

1.3.3: Designretten

Designretten reguleres nationalt og på EU-niveau. Den nationale retskilde for designretten er designloven (herefter DSL), som implementerede Mønsterdirektivet af 1998 (98/71 EF (Herefter DED)) og regulerer registrering af nationale designs. Forordningen om EU-design (herefter benævnt DSF) som trådte i kraft i 2002, regulerer registrerede EU-designs samt uregistrerede EU-designs.

Der bliver i denne besvarelse udelukkende anvendt EU-praksis på design-området, hvorfor den anvendte retskilde vil være DSF. DSF kan anvendes analogt på national lovgivning af samme grunde som nævnt ovenfor vedrørende varemærkeretten.

1.4: Metode

Problemformuleringen i denne afhandling vil blive behandlet efter den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode anvendes til at belyse, beskrive, analysere og dermed fastlægge gældende ret.

I dette speciale søges dette gjort ved fortolkning af retspraksis. På ophavsretsområdet anvendes dansk retspraksis til belysning af de ophavsretlige problemstillinger, hvorimod der i design- og varemærkeretten anvendes EU-retspraksis.

Dette skyldes, at ophavsretten ikke reguleres på EU-niveau på samme måde som design- og varemærkeretten. National retspraksis vil derfor give et bedre overblik.

Retserhvervelsesspørgsmålet om design adskiller sig en smule fra den øvrige immaterialret ved, at kriterierne for beskyttelse ikke prøves ved registreringen, og må anfægtes for at blive prøvet. Annulleringssager i designretten ligner på mange måder krænkelssager, da det kræves at der anvendes et *konkret* design som eksempel på, at det nye design ikke har nyhedshøjde og individuel

⁴ R 664/2011-5, præmis 14.

karakter. Dette er dog den bedste mulighed for at belyse anvendelsen af kriterierne for designbeskyttelse i praksis, og vil derfor blive anvendt i dette speciale.

I varemærkeretten vil spørgsmålet om absolutte registreringshindringer altid prøves ved registrering, og nogle gange efterfølgende ved anfægtelse.

1.5: Struktur

Dette speciale struktureres således, at de tre beskyttelsesrettigheder, ophavsret, designret og varemærkeret behandles hver for sig. Først, vil der blive redegjort overordnet for hver af de tre rettigheder individuelt. Den overordnede ophavsret og varemærkeret vil der kort blive redegjort for, men fokus ved disse områder vil være på brugskunst og tredimensionelle varemærker. Designretten vil blive inddraget med særligt fokus på møbeldesign, hvilket betyder at der ikke redegøres for områder af designretten, som ikke har nogen umiddelbar relevans for beskyttelse af møbler.

Efterfølgende vil afhandlingen behandle spørgsmålet om immaterialretlig kumulation rent overordnet, ved at undersøge, hvordan reglerne for de tre beskyttelser forholder sig til hinanden.

Anden halvdel af specialet vil analysere retspraksis i lyset af de regler, som er redegjort for tidligere i afhandlingen. Analysen af retspraksis har til formål at danne et billede af den nuværende retstilstand, og dermed besvare problemformuleringen som følge heraf.

Kapitel 2: Ophavsretsbeskyttelsen

2.1: Retserhvervelsen

Fremgangsmåden til erhvervelse af ophavsret er som udgangspunkt uhyre simpel, da retserhvervelsen nemlig er formløs. Der er med andre ord ingen formelle krav, som skal opfyldes, før en ophavsmand opnår ophavsretlig beskyttelse af sit værk. Dette princip stammer fra Bernerkonventionens art. 5 (2). Den formalitetsløse beskyttelse er dog forudsat af, at værket 'forlader' ophavsmandens hoved, eksempelvis ved eksemplarfremsstilling. Hvorvidt der er opnået ophavsret, afhænger derfor udelukkende af de formelle krav, som fremgår af OHL §1.

Retten erhverves allerede på det tidspunkt værket skabes. Det vil også sige, at såfremt værket skabes over flere stadier, hvor hvert stadie udgør en form for selvstændigt værk, vil disse også være beskyttet, såfremt de opfylder det grundlæggende originalitetskrav. Det samme gør sig gældende for dele af værket, såfremt dette i sig selv kan anses for et originalt værk⁵.

Den formløse retserhvervelse er ganske simpel for ophavsmanden, men den kommer også med den pris, at ophavsmanden aldrig kan se sig sikker på, at den faktisk består, da der ikke sker nogen prøvelse. Derfor kan der i praksis først *med sikkerhed* fastslås en ophavsret, når spørgsmålet er taget op af en domstol, hvilket oftest vil være tilfældet i en krænkelssag.

Ophavsret beskytter værket i 70 år efter ophavsmandens død, jf. OHL § 63.

2.2: Brugskunst

Ophavsretten beskytter primært kun frembringelser, som kan betegnes som "værker" jf. OHL § 1. Når et hverdagsprodukt, eksempelvis en stol eller et andet møbel, bestik, toiletartikler eller tøj, anses for at have en kunstnerisk fremtoning ud over sit praktiske formål, kan det betegnes som brugskunst, og er beskyttet efter ophavsretsloven jf. den direkte angivelse i OHL §1 (brugskunst). Brugskunstsbegrebet kan siges at dække over værker, som *både har et æstetisk og et praktisk formål, og som har karakter af løsøretning*.⁶

⁵ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 75

⁶ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 91

Loven definerer ikke yderligere hvad der skal forstås ved brugskunst, men det fremgår af forarbejderne til ophavsretsloven af 1961 at brugskunst er "*en kunstnerisk frembringelse, der opfylder de almindelige betingelser for at udgøre et værk i lovens forstand*".⁷

Brugskunst kan omfatte alle tænkelige løsøregenstande, som ved siden af sin æstetiske fremtoning har et praktisk formål⁸. Det afgørende element i sondringen mellem brugskunst og øvrige kunstneriske værkstyper ligger i tilstedeværelsen af en praktisk egenskab, som udtrykker *genstandens umiddelbare formål*⁹. Såfremt en genstand ikke er i stand til at opfylde andre formål end at pynte, vil den ikke kunne klassificeres som brugskunst. En udsmykning på en brugsgenstand, eksempelvis et mønster på et pudebetræk, er billedkunst, og ikke brugskunst¹⁰. Selve udsmykningen er nemlig ren pynt, og uden praktisk formål. Brugskunst dækker derimod over det fænomen, at selve brugsgenstandens *fremtoning* kan anses som kunst.

Brugskunst beskyttes på linje med andre former for kunst i Danmark, så nationalt er sondringen mellem anvendt og ren kunst ikke så betydningsfuld, som i lande, hvor dette ikke er tilfældet. Originalitetsvurderingen, som er afgørende for erhvervelse af ophavsret, er dog en anelse anderledes ved brugskunst end andre værker, hvilket vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

2.3: Det almindelige originalitetskrav

Originalitetskravet er helt grundlæggende for opnåelse af ophavsretsbeskyttelse. Det fremgår ikke direkte af ophavsretsloven, at originalitet er afgørende for beskyttelsen, men det antages i litteraturen, at det kan fortolkes ud fra udtrykket "værk" i OHL § 1.¹¹ Originalitet kaldes imidlertid også "værkshøjde".

Originalitetskravet er gennem tiden blevet defineret på en lang række forskellige måder, men er nu EU-harmoniseret. EU-domstolen har formuleret det således, at der skal gives beskyttelse til værker, som er "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*". Denne definition fandt anvendelse i C-05/08 (Infopaq), præmis 37, som henviser til infosoc-direktivets artikel 2. Det følger af dommen, at

⁷ FT 1960-61, tillæg B, 2. samling s. 628

⁸ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 90

⁹ Koktvedgaard, 1965, s. 254

¹⁰ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 91

¹¹ Schønning, 2008, s. 106 samt Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 77

dette kriterie er generelt, og således gældende for alle værkstyper når originalitet skal vurderes¹². Det vil således også sige, at der som udgangspunkt stilles de samme krav om originalitet for samtlige typer af værker.

Formuleringen "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*" er uddybet i den senere dom C-145/10 (Panier):

88: Som det fremgår af 17. betragtning til direktiv 93/98, betragtes en intellektuel frembringelse som ophavsmandens egen, når den afspejler hans personlighed

89: Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg [...]

Kravet "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*" kan ud fra præmis 89 i *Panier* således suppleres med, at frembringelsen også skal være frembragt *på grundlag af frie og kreative valg*. Såfremt frembringelsen *ikke* har været et udtryk for kreativitet, vil den ikke opfylde originalitetskravet.

Et moment i originalitetsvurderingen vil være risikoen for dobbeltskabelse, det såkaldte *dobbeltskabelseskriterium* jf. U.1993.17 H, s. 9. Dobbeltskabelseskriteriet omhandler spørgsmålet om, hvor sandsynligt det er, at to kunstnere kunne få den samme idé, og dermed skabe det samme værk. Såfremt det må formodes, at dette kan ske med høj sandsynlighed, skyldes det nok at værket ikke er frembragt af ophavsmandens intellektuelle skabende indsats, og dermed ikke er originalt. Virker det usandsynligt, at nogen anden kunne få den pågældende idé, vil der være høj sandsynlighed for, at det frembragte værk er originalt.

Dobbeltskabelseskriteriet skal forstås sådan, at det afgørende er *sandsynligheden* for dobbeltskabelser henset til, hvor mange valgmuligheder ophavsmanden har i forhold til det konkrete værk. Skal der laves et maleri, er mulighederne nok uendelige, hvorimod der inden for brugskunstormrådet er noget strengere restriktioner. Det dobbelte frembringelseskriterie er således ikke til hinder for, at to identiske frembringelser begge kan opfylde originalitetskravet, hvis blot de blev frembragt uafhængigt af hinanden. Der kan således i ophavsretten tales om et *subjektivt* nyhedskrav.¹³ Det, at nyhedskravet er subjektivt, skal forstås på den måde, at et værk, som faktisk

¹² Schønning & Blomqvist, 2011, s. 193

¹³ Schønning, 2008, s. 109

er identisk med et andet, godt kan være originalt, såfremt ophavsmanden ikke kendte til det ældre værk.

2.4: Særligt om originalitetskravet for brugskunst

Som det fremgår ovenfor, har EU-retten harmoniseret originalitetskravet, og det bør derfor som udgangspunkt være identisk for alle værkstyper. Der er dog i litteraturen stadig diskussion om, hvorvidt dette også gælder for lige præcis brugskunst.¹⁴

Grunden til, at brugskunst er den værkstype i ophavsretten, som er mest upraktisk i forhold til vurderingen af værkshøjde¹⁵ er, at foruden det almindelige krav om originalitet, er det også et krav, at udformningen ikke *alene* må være teknisk betinget. Som det fremgår ovenfor, skal værket være frembragt "*på grundlag af frie og kreative valg*". Skyldes udformningen udelukkende, at genstanden skal være i stand til at udføre en bestemt egenskab, har skaberen ikke haft nogen kreativ frihed.

Dette krav fremgår ikke af ophavsretsloven, men følger af retspraksis. I SØ- og Handelsrettens dom af 19. juni 1986, trykt i NIR 1990.259 SH, omhandlende krænkelsspørgsmålet af et "transportabelt, sammenklappeligt udstillingssystem" fandt SØ- og Handelsretten, at systemet ikke var ophavsretligt beskyttet:

"Efter bevisførelsen lægges det til grund, at Instand-systemets æstetiske kvaliteter må betragtes som et resultat af det konstruktionsmæssige princip, hvorpå systemet er baseret. Det findes derfor betænkeligt at fastslå, at der bag systemet ligger en sådan skabende åndsvirksomhed, at systemet kan nyde beskyttelse efter ophavsretsloven." ¹⁶

Når udformningen er et resultat af bestræbelser på et opnå en teknisk funktion, har der ikke været nogen frie eller kreative valg, og dermed har værket ikke originalitet. SØ- og Handelsretten binder således kriteriet om at udformningen ikke alene må være teknisk betinget sammen med det grundlæggende originalitetskrav – er formgivningen udelukkende betinget af en teknisk funktion, kan der ikke statueres værkshøjde.

I U 2001.747 H vedrørende Tripp Trapp stolen, udtalte Højesteret:

"Der er enighed mellem parterne om, at der efter udløbet af patentet ikke er knyttet immaterielle rettigheder til værkets konstruktive idé. Det er endvidere ubestridt, at Peter Opsviks udformning af Tripp Trapp stolen nyder

¹⁴ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 79

¹⁵ Schønning, 2008, s. 119

¹⁶ NIR 1990.259 SH, s. 268.

beskyttelse som brugskunst efter ophavsretslovens § 1. Beskyttelsen efter ophavsretslovens § 1 kan efter udløbet af patentet kun angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé.

Som dommen viser, er det ikke kun situationer, hvor formen *udelukkende* er dikteret af tekniske egenskaber som er relevante, men også situationer, hvor dele af udformningen er dikteret heraf. Der er altså ikke erhvervet beskyttelse til andet end "*de former som ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé*". Det er således kun den del af værket, som er fremkommet ved ophavsmandens intellektuelle frembringelse, som der er erhvervet ophavsretslig beskyttelse af. Det stemmer godt overens med det, som var angivet i NIR 1990.259 SH, hvor der lægges vægt på at *hele* formens tilblivelse skyldes et teknisk formål, og ingen del således kan have opnået ophavsretlig beskyttelse.

Brugskunst giver også anledning til overvejelser i forhold til dobbeltskabeskriteriet. Dette skyldes, at mulighederne for at værkerne adskiller sig fra hinanden må være færre end ved den øvrige kunst, da værket altid forsøger at opnå en eller anden bestemt funktion. Koktvedgaard beskriver denne problemstilling således:

"I nærværende forbindelse adskiller brugskunsten sig fra de andre kunstneriske frembringelser ved at selve det forhold, at man tilstræber noget tildeles objektivt rigtigt, uvægerligt må medføre, at der er en ikke ringe fare for dobbeltfrembringelser. Rent logisk må to dygtige »designere«, er arbejder aldeles uafhængigt, men på samme felt, nå til resultater, der ligger hinanden nær." ¹⁷

Tages en stol som eksempel, er det klart at stolens umiddelbare egenskab er at fungere som et sæde. Stole vil som regel bestå af fire ben, et sæde og et ryglæn. Det er derfor klart, at mulighederne for at være kreativ er begrænset til en vis grad i forhold til eksempelvis et maleri eller en skulptur, jf. hertil 2002-dommen om Arne Jacobsens "Myren":

"Da de forskellige møbelgrupper designmæssigt er stærkt funktionsbestemte, vil der i sagens natur være et vist sammenfald. Det er så designerens opgave bl.a. at tilføre produktet en egenart eller et personligt »kunstnerisk udtryk«, som kunne tjene bl.a. til differentiering fra andre tilsvarende produkter." ¹⁸

Stole er dog, en af de varetyper, som i praksis anses for at have mange udformningsmuligheder. ¹⁹ Et andet, mere nærgående eksempel kunne være bestik. En gaffel har en åbenlys funktion, men den

¹⁷ Koktvedgaard, 1965, s. 130

¹⁸ U.2002.1715.2 H s.4

¹⁹ T-339/12 (Sachi 1), præmis 19

vil altid bestå af de samme elementer: et håndtag og et hoved. Mulighederne er her meget begrænset for at være kreativ. Af den grund omtales det også i litteraturen, at der er en vis monopol frygt i forbindelse med tildeling af ophavsret til brugskunst, jf. Koktvedgaard:

"Gives der ophavsbeskyttelse til ethvert industriprodukt, der har en vis tiltalende form eller et vist pænere udseende, kan immaterialretspositioner virke stærkt hæmmende på erhvervsudøvelsen." ²⁰

Dette giver i sig selv anledning til det afgørende spørgsmål, om originalitetskravet for brugskunst i det hele taget er det samme, som for andre værkstyper. Ud fra betragtningen om monopol frygt, kunne det antages, at der er baggrund for at skærpe kravet, og dette blev også udtalt af Landsretten i U 2012.229 H, omhandlende spørgsmålet om krænkelse af en række Nørgaard T-shirts:

"Under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler"

Ud fra denne dom, kunne det se ud til at originalitetsspørgsmålet behandles forskelligt fra værkstype til værkstype. Nørgaard T-shirt dommen omhandler eksklusivt modeartikler, så det er derfor ikke fastslået i dommen, om dette "*betydelige krav*" omfatter de øvrige former for brugskunst.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2.3, er originalitetskravet nu EU-harmoniseret. Dette indebærer, at det eneste krav der kan stilles til ophavsretsbeskyttelse er, at det er "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*". Dette betyder blandt andet, at der ikke kan stilles strengere krav til værkshøjde for bestemte værkstyper, og spørgsmålet er således, om dette også omfatter brugskunst.

Schovsbo, Rosenmeier og Petersen er af den opfattelse, at der er en meget høj grad af sandsynlighed for, at EU-harmoniseringen også omfatter brugskunst²¹, og det skal da huskes, at EU-domstolen altid vil forsøge at tolke reglerne på en måde, der fremmer europæisk integration, og med henblik på dette må det være mest nærliggende at forvente, at kravet til originalitet i brugskunst er det samme for alle medlemsstaterne.²²

²⁰Koktvedgaard, 1965, s. 254

²¹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 79

²² Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2015, s. 80-81

Det må derfor antages, at det ville stride mod EU-retten at stille skærpede originalitetskrav til brugskunst. Schovsbo, Rosenmeier og Petersen tilføjer i den sammenhæng at *"Det danske originalitetskrav til brugskunst er heldigvis nok i overensstemmelse med den EU-retslige originalitetsopfattelse, i hvert fald når det handler om andet end tøj."*²³. Hermed har disse forfattere også svaret på, hvorvidt U 2012.229 H skal anses for at lægge en generel retningslinje for originalitetsvurderingen af brugskunst efter deres opfattelse. Denne opfattelse deles også af Schønning.²⁴

Originalitetsvurderingen for brugskunst må derfor i sig selv må anses for at være den samme, som hvad angår den øvrige ophavsret. Denne opfattelse stemmer også overens med forarbejderne til 1961-loven omkring brugskunst, hvori det lyder at brugskunst kan være *"en kunstnerisk frembringelse, der opfylder de almindelige betingelser for at udgøre et værk i lovens forstand"*, da der i denne udtalelse specifikt angives, at værket blot skal opfylde *"de almindelige betingelser"*.

Når det er sagt, oplever brugskunsten stadig den udfordring, at det også må dokumenteres, at der overhovedet er tale om kunst, og ikke blot en frembringelse, hvis udformning udelukkende skyldes praktiske årsager. Med andre ord kan det siges, at det er mindre sandsynligt, at frembringelsen af et brugskunstværk skyldes *"ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse"*.²⁵

Det er i øvrigt den almindelige opfattelse i litteraturen, at retspraksis på brugskunstmrådet er ganske liberal²⁶. Det stemmer godt overens med betragtningen om, at originalitetskravet er det samme herfor, som for andre værkstyper, da det også er en generel opfattelse, at *originalitetskravet ikke er noget strengt krav*.²⁷

Det må sluttes, at originalitetsvurderingen skal foretages på samme måde for brugskunst som den øvrige kunst, med den undtagelse, at der altid skal tages i betragtning, om genstanden udelukkende udfører en teknisk funktion.

²³ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2015, s. 81

²⁴ Schønning, 2016, s. 137

²⁵ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2015, s. 103

²⁶ Schønning, 2016, s. 109

²⁷ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2015, s. 77

Kapitel 3: Designbeskyttelsen

Designretten, som før i tiden blev kaldt 'mønsterretten', giver beskyttelse til *industriprodukters ydre fremtoning*²⁸, og omfatter således både todimensionelle udseender, i form af udsmykninger, og tredimensionelle udseender, i form af formgivninginger.

3.1: Retserhvervelsen

Søges der om EU-designbeskyttelse, skal ansøgningen indleveres til EUIPO. Efter DSF art. 48, som henviser til art. 3 (a) om designets art og artikel 47 om stødende designs, kan designs registreres såfremt disse få formelle krav er opfyldt. Registreringen bliver, ligesom ved en dansk ansøgning, fuldført uden en materiel prøvelse. Der kan herefter rettes anmodning om ophævelse efter art. 52. De danske regler om designansøgning ved PVS er meget tilsvarende EU-reglerne, og behandles efter DSL²⁹.

Det er et krav for ansøgningen, at designet "vises", og ikke blot beskrives. Dette betyder samtidig, at der ikke kan erhverves designbeskyttelse til koncepter jf. af national retspraksis SHD V-34-10, hvor Sø- og Handelsretten ikke tillod beskyttelsen af et "koncept": "*Selv om konceptet med en dispenser og en opvaskebørste i en holder, som i sig selv ikke kan beskyttes [...]*". Det fremgik, at alle de producerede produkter, som var blevet fremstillet efter det koncept, derimod individuelt kunne beskyttes efter deres art.

Der kan også erhverves ret til EU-designbeskyttelse uden registrering, nemlig ved offentliggørelse af designet inden for EU jf. DSF art. 11 (1). Offentliggørelse defineres i DSF art. 11 (2) som bekendtgørelse, udstilling eller kommerciel benyttelse, som de relevante fagkredse har fået kendskab til som led i deres normale forretningsførelse.

Offentliggørelse vil typisk ske ved markedsføring, og det er ikke noget krav, at offentliggørelsen er foretaget i hele EU – det vil være tilstrækkeligt, at det er sket i blot et enkelt medlemsland, såfremt det er sket til "*Den relevante fagkreds*"³⁰.

Designbeskyttelse gælder maksimalt for 25 år, jf. DSF art. 12.

²⁸ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 399

²⁹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 408

³⁰ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 409

3.2: Designbegrebet

Hvor ophavsretten er inddelt i forskellige værkstyper og varemærkeretten er inddelt i forskellige mærketyper, er designretten ikke opbygget på en måde, hvor der kan ske opdeling af forskellige "designtyper". Det må derfor være nødvendigt at redegøre for selve designbegrebet.

Designbegrebet defineres i DSF art. 3 (a):

"Et produkts eller en del af et produkts udseende, navnlig bestemt af de særlige træk ved selve produktets og/eller dets udsmyknings linjer, konturer, farver, form, tekstur og/eller materiale"

Design beskytter et "udseende". Det vil dermed også sige, at det kun er synlige egenskaber, som kan nyde designbeskyttelse. Der stilles efter ordlyden i art. 3 (a) ikke andre krav end, at det som søges beskyttet er et "udseende".

Det fremgår af DSF art 3 (b), at et "produkt" defineres som "*en industrielt eller håndværksmæssigt fremstillet artikel*". Det afgørende er altså selve fremstillingen, og definitionen i denne bestemmelse dækker over et meget bredt område. Der stilles således ikke noget krav til, at produktet anvendes erhvervsmæssigt, er masseproduceret eller lignende.

3.3: Nyhedskravet

Nyhedskravet fremgår af DSF art. 4 (1). Et design anses for nyt, såfremt intet identisk design er offentliggjort inden dagen hvor der påberåbes beskyttelse, jf. art. 5 (1) (a) eller dagen hvor der ansøges om registrering jf. art 5 (1) (b). Et produkt anses kun for at være "identisk" med at andet produkt, hvis deres særlige træk er ens på alle de væsentligste punkter jf. art. 5 (2) modsætningsvist.

Et design er kun nyt, hvis intet identisk design er *offentligt tilgængeligt* på indgivelsestidspunktet. Offentlig tilgængeligt er defineret i DSF art. 7 (1):

Med henblik på anvendelsen af artikel 5 og 6 anses et design for at være blevet offentliggjort, hvis det er blevet bekendtgjort i forbindelse med registreringen eller på anden måde, eller det er udstillet, benyttet kommercielt eller på anden måde blevet kendt.

Et design anses ikke for at være offentligt tilgængeligt hvis fagkredsene inden for den pågældende sektor i EU ikke med rimelighed kan have fået kendskab til det gennem deres sædvanlige forretningsførelse. Ved "*fagkreds inden for den pågældende sektor*" forstås specialister inden for et pågældende område. Eksempelvis en tøjdesigner eller møbeldesigner. Det antages i

almindelighed, at fagfolk inden for deres område har et meget bredt kendskab til, hvilke design der findes i deres branche i øjeblikket.³¹

Endvidere vil et design ikke anses for offentliggjort, hvis den eller de, som har fået kendskab til det, har fået det i forbindelse med et udtrykkeligt eller underforstået krav om fortrolighed, jf. DSF art. 7 (1), sidste punktum.

Til sidst arbejder designretten med en såkaldt "nyhedsskånefrist". Det fremgår af DSF art. 7 (2) (b), at en designer eller anden indehaver af designretten til et produkt har ret til at registrere designet i op til 12 måneder efter offentliggørelsen, uden at dette anses for at være i strid med nyhedskravet.

3.4: Individuel karakter

Det fremgår af DSF art. 4 (1), at designbeskyttelse kun kan opnås, såfremt designet har *individuel karakter*. Individuel karakter er defineret i DSF art. (6):

Et design anses for at have individuel karakter, hvis det helhedsindtryk, designet giver den informerede bruger, adskiller sig fra en sådan brugers helhedsindtryk af alle andre design, som er blevet offentliggjort.

Begrebet helhedsindtryk skal forstås som det indtryk, der fås ved at anskue en genstand som helhed, og ikke det indtryk, der opnås ved at studere en eller flere bestemte detaljer individuelt.³² Når vurderingen af en helhed foretages, kan der kun medregnes egenskaber som er *synlige*.³³ Usynlige detaljer, som eksempelvis strukturen af en genstand bag en hynde, kan ikke tillægges vægt.

Bestemmelsen anvender udtrykket "den informerede bruger", som den samfundsgruppe, helhedsindtrykket skal vurderes ud fra. En informeret bruger skal forstås som værende en person, der kan placeres imellem en gennemsnitsforbruger, svarende til dette varemærkeretlige udtryk, og en fagmand eller ekspert, svarende til det patentretlige udtryk. Det vil sige en person, som "*ikke er gennemsnitlig opmærksom, men som er særligt opmærksom, hvad enten det er på grund af personlige erfaringer eller omfattende kendskab til den omhandlende sektor*"³⁴. Den informerede bruger er derfor en *retlig fiktion*³⁵, placeret imellem to andre retlige fiktioner, og skal vurderes

³¹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 415

³² Schovsbo & Svendsen, 2013, s. 121

³³ T-339/12 (Sachi 1), præmis 32

³⁴ C-281/10 P (Pepsi), præmis 53

³⁵ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 418

konkret efter, hvilken type vare det pågældende spørgsmål om individuel karakter omhandler, jf. bet. 13 i præamblen til DSF. Hvad der nærmere skal forstås ved den informerede brugers opmærksomhedsniveau, fremgår det af C-281/10 P (Pepsi), Præmis 55:

”Benævnelsen »informeret« angiver således, at brugeren, uden at være designer eller teknisk ekspert, er bekendt med forskellige design i den omhandlede sektor, er i besiddelse af et vist kendskab til de bestanddele, som disse design normalt består af, og udviser en vis grad af opmærksomhed, når han anvender produkterne, som følge af hans interesse for de omhandlede produkter”

Før et design kan have individuel karakter, er det et krav, at det giver et helhedsindtryk, som adskiller sig *klart* fra *den allerede eksisterende formgivning* jf. bet. 14 i præamblen til DSF. Vurderingen af, om et individuelt design adskiller sig fra andre, skal foretages ud fra andre *bestemte, individualiserede* designs, som tidligere er blevet offentliggjort³⁶. Sammenligningen skal altså som udgangspunkt laves direkte og konkret ud fra *et bestemt design*, og ikke ud fra branchemæssige normer eller tendenser.

Der er dog mulighed for indirekte sammenligning, såfremt denne sker på baggrund af ”erindring af bestemte design”, og ikke flere bestanddele af tidligere design³⁷. En designregistrering kan altså ikke ophæves med henvisning til, at det består af kendte elementer fra tidligere produkter – der skal anføres et konkret produkt. I praksis vil dette dog oftest også som hovedregel være tilfældet, at den begærende part fremkommer med et konkret produkt til sammenligning.

DSF art. 6 (2) omhandler designerens frihedsgrad. Det fremgår af bestemmelsen, at der skal henses til ”*til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet*”. Har designeren haft en høj grad af frihed, må det være mere sandsynligt, at hans design ikke ligner et ældre design. Det vil modsætningsvist sige, at såfremt et design på et område med høj frihedsgrad kommer tæt på et allerede eksisterende design, er der en større sandsynlighed for at dette nye design mangler individuel karakter, og dermed også giver den informerede bruger et identisk helhedsindtryk³⁸. Er der derimod tale om et område med et mere snævert spillerum, eksempelvis bestik, skal der

³⁶ C-345/13 (Karen Millen) Præmis 25

³⁷ C-345/13 (Karen Millen) Præmis 29

³⁸ C-57/13 (Chanel) Præmis 59

betydeligt mindre til, før et nyt design har individuel karakter. Frihedsgraden fungerer derfor til at regulere, hvor meget vægt der skal lægges på det ældre design³⁹.

³⁹ T-9/07 (Metal Rappers) præmis 72

Kapitel 4: Varemærkebeskyttelsen

4.1: Retserhvervelsen af varemærkeret

Et varemærke kan erhverves som et nationalt varemærke og et EU-varemærke. Retserhvervelse i EU kan kun ske på baggrund af registrering efter VMF, hvorimod der i Danmark er mulighed for at opnå varemærkeret ved både registrering og ibrugtagning efter reglerne i VML.

Dansk registrering sker ved ansøgning til Patent- og Varemærkestyrelsen. Her undersøges om varemærket er i strid med de absolutte registreringshindringer, eksempelvis VMD art. 3 (lovlige varemærketyper) og art. 4 (1) (b) (særprægskravet) Relative registreringsbetingelser, eksempelvis forvekslingsrisiko med et andet varemærke, kan derimod ikke medføre afslag, jf. VMD art. 5.

VML §3, stk. 1, nr. 2 giver mulighed for at et tegn får varemærkestatus allerede ved ibrugtagning. Der er ikke yderligere formelle krav til denne retserhvervelse, og en varemærkeret kan på denne måde opnås hurtigt og forholdsvis nemt. Det eneste, der reelt kræves, er en "konkret og dokumenterbar markedsaktivitet"⁴⁰.

EU-varemærkeret kan kun opnås ved registrering, jf. VMF art. 6, og ansøgning om registrering indleveres til EUIPO jf. art. 30 (1). Når et EU-varemærke er registreret, er det således gældende i hvert land i EU. Der kan dog ikke ske registrering af et EU-varemærke, såfremt dette ikke er muligt i blot ét enkelt land, eksempelvis fordi mærket anses som beskrivende i den pågældende nation⁴¹ eller mangler særpræg på et af medlemsstaternes sprog⁴².

4.2: 3D-Varemærket

Det er på nuværende tidspunkt hævet over enhver tvivl, at en form kan registreres som et varemærke, og fremgår sågar direkte af VMF art. 4 ("*varens eller vareemballagens form*"). Disse mærketyper er traditionelt blevet betegnet som *vareudstyrsmærker*, som er en samlebetegnelse for formgivning, vareudstyr og vareemballage⁴³.

⁴⁰ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 459

⁴¹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 448

⁴² Wallberg & Ravn, 2017, s. 79

⁴³ Skovbo, U.2010b.23: *Varen som sit eget varemærke*, 2010, s. 1

Begrebet vareudstyr dækker over en tredimensionel udsmykning på en vare, som udelukkende adskiller sig fra figurmærker ved at have en ekstra dimension. Disse kan dog med fordel behandles på samme måde som figurmærker. Varens emballage omfatter naturligvis varens indpakning, men emballage kan i nogle henseender udgøre et 3D-mærke i sig selv, hvis selve emballagen er et produkt i sig selv (eksempelvis for en samler).

3D-mærker er en betegnelse for selve varens form, og er den varemærketype som er afgørende, når en stols udseende skal beskyttes efter varemærkeretten.

Helt grundlæggende er et varemærke tiltænkt som en beskyttelse af et *forretningskendetegn*, og altså ikke en beskyttelse af selve det produkt, som produceres af varemærkeindehaver. Dette udgangspunkt gør 3D-mærket op med i den forstand, at der nu er mulighed for, at produkter *i sig selv* kan anses for forretningskendetegn. Dette giver anledning til en række problemstillinger, såvel som muligheder. Ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt vil der være en risiko for uhensigtsmæssig monopolisering i de, om ikke andet hypotetiske tilfælde, hvor en genstand som allerede nyder en immaterialretlig tidsbegrænset beskyttelse, opnår den principielt permanente, og i flere henseender også mere fordelagtige, beskyttelse som varemærkeretten giver⁴⁴. Særligt problemstilling med tidsudstrækning har givet anledning til bekymringer, og var allerede anført som en *"retsteknisk vanskelighed"* af Koktvedgaard i 1965.⁴⁵ På den anden side giver 3D-varemærkebeskyttelsen ervervsdrivende muligheder for at øge den allerede eksisterende beskyttelse af et produkt, hvilket kan udvikle sig til en værdifuld markedsfordel.

Disse betænkninger har givet anledning til, at der i praksis og lovgivning er sat nogle hindringer, som gør det sværere at få registreret en vares form som et varemærke. Dette skyldes for det første, at særprægsvurderingen er anderledes, og at der i loven er angivet en række registreringshindringer i VMF art. 7 (e).

4.3: Særpræg

Før et tegn kan opnå varemærkebeskyttelse, er det et krav at tegnet har særpræg. Kravet om særpræg er generelt, og kan i EU-varemærkeretten findes i VMF art. 4 (a) hvoraf det fremgår at et varemærke skal være egnet til at *"adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre*

⁴⁴ Wallberg & Ravn, 2017, s. 56

⁴⁵ Koktvedgaard, 1965, s. 420

virksomheders". Ud fra denne formulering fremgår det, at et varemærke, før det kan have særpræg, skal være egnet til at adskille sig fra andre varemærker, og således være *distinktivt*.

Det fremgår endvidere af VMF art. 7 (1) (c) og (d), at et mærke er udelukket fra registrering, såfremt det *betegner* varen eller anvender angivelser eller tegn, som i almindelighed anvendes om den pågældende varetype. Ud fra denne formulering kan udledes, at et varemærke *ikke* må være *deskriptivt*.

4.3.1: Distinktivitet

Før et mærke kan have særpræg, må det kræves at det har adskillelsesevne⁴⁶, og således kan adskilles fra andre mærker på markedet, jf. bl.a. C-299/99 (Phillips), præmis 47, hvori det er fastslået, at særpræg og adskillelsesevne følges ad, og der ikke kan foreligge den ene uden den anden.

Et varemærke er distinktivt, når det er egnet til at identificere den pågældende vare, og således adskille det fra andre varer⁴⁷. Det overordnede formål med kravet om særpræg er i særdeleshed at sikre forbrugeren mulighed for at gennemskue mærkets *oprindelsesfunktion*, og i kraft heraf *garantifunktion*⁴⁸. Såfremt et eller flere varemærker var uden særpræg, ville dette kunne resultere i, at forbrugeren konsekvent forvekslede dem, og på den måde ikke kunne udlede ud fra mærket, hvilken producent der har produceret den pågældende vare. Der vil da ikke været noget hensyn til beskyttelse af mærket, da varemærket ikke fungerer som en forbindelse mellem producenten og dens kundekreds.

Hvorvidt et mærke har adskillelsesevne, må vurderes efter samtlige relevante faktiske omstændigheder⁴⁹. Herunder er det blevet fastslået af EU-domstolen, at særprægsbedømmelsen skal foretages med henblik på de varer eller tjenesteydelser, som der søges om⁵⁰. Et eksempel herpå kunne være et ordmærke, som ville være meget deskriptivt eller alment for en type af varer, men unikt for en anden (eksempelvis kan ordmærket "H2O" anvendes for badesandaler og tøj, men nok ikke for vand på flaske).

⁴⁶ Wallberg & Ravn, 2017, s. 244

⁴⁷ C-299/99 (Phillips) præmis 35.

⁴⁸ C-329/02 P (SAT. 1) præmis 23.

⁴⁹ C-363/99 (Postkantoor), præmis 35.

⁵⁰ C-136/02 P (Maglite), præmis 30.

Samtidig skal der lægges vægt på opfattelsen hos den relevante kundekreds, som i C-363/99 (Postkantoor), præmis 34, er defineret som: "*... den opfattelse, som den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, af de pågældende varer eller tjenesteydelser har af mærket*". Det er altid relevant at se på, hvilken gruppe forbrugere mærket rettes imod, når der skal foretages en vurdering om, hvorvidt forbrugeren kan udskille det konkrete mærke fra markedet.

Når der skal tages en endelig vurdering af, om et varemærke har særpræg, skal der ses på helhedsindtrykket. Dette skyldes, at en gennemsnitsforbruger i de fleste tilfælde opfatter et varemærke som en helhed⁵¹. Der foretages dog ikke en direkte helhedsvurdering⁵², idet der først må ses på de individuelle elementer i det ansøgte mærke hver for sig, for således at konstatere, om disse har særpræg⁵³. Efterfølgende ses på om kombinationen af bestanddele udgør et særpræg i sig selv.⁵⁴

Særprægsbedømmelsen er som udgangspunkt den samme for alle varemærketyper, jf. VMF art. 7, (1) (b), hvor der ikke sondres mellem de forskellige typer af varemærker⁵⁵. Særprægsvurderingen skal altså laves efter de samme kriterier, uanset om der er tale om traditionelle varemærker, såsom ord- eller figurmærker, eller mere utraditionelle varemærker, som farvemærker eller 3D-mærker⁵⁶. Det er dog vigtigt at holde for øje, at det i flere tilfælde er blevet fastslået i EU-praksis, at selvom *kriterierne* overordnet er de samme, vil der ved de utraditionelle mærker ofte skulle gives ekstra opmærksomhed til en række faktorer, eksempelvis de konkurrencemæssige hensyn til ikke at lave et utilsigtet monopol⁵⁷.

⁵¹ C-468/01 – C-472/01 (Procter & Gamble), præmis 44.

⁵² Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 109

⁵³ C-144/06 (Henkel) præmis 39

⁵⁴ C-144/06 (Henkel) Præmis 41 & C-286/04 (Corona) præmis 24

⁵⁵ Dette blev også endegyldigt fastslået i de forenede sager C-53-55/01 (Linde), præmis 42.

⁵⁶ Wallberg & Ravn, 2017, s. 245

⁵⁷ C-144/06 (Henkel) præmis 44.

4.3.2: Ikke deskriptivitet

Et varemærke må ikke være deskriptivt. Hensynet bag denne restriktion, som findes i VMF art. 7 (1) (c) & (d), er behovet for at friholde generelle og almindelige beskrivende udtryk, som ville resultere i et uhensigtsmæssigt monopol, såfremt en eneret kunne opnås.⁵⁸

Hvorvidt et mærke er af deskriptiv karakter, må afhænge af konkret vurdering af selve mærket, og den vare/tjenesteydelse det ønskes registreret for. Eksempelvis blev Ordmærket "LITE" nægtet registrering i T-79/00, da mærket søgtes at blive registreret for fødevarer, da det almindelige udtryk (light) bliver anvendt til at beskrive lavt kalorie- og/eller sukkerindhold, jf. præmis 35-37, og således ikke ville blive opfattet af en forbruger som et varemærke, men som en beskrivelse af varens egenskaber.

4.3.3: Indarbejdet særpræg

Varemærkerettens særprægskrav adskiller sig fra ophavsrettens originalitetskrav og designrettens krav om nyhed og individuel karakter ved, at det kan opnås ved *indarbejdelse* jf. VMF art. 7 (3). Indarbejdelse medfører, at selv om et varemærke ved ibrugtagning ikke var distinktivt, og måske endda ansås som deskriptivt, kan det have opnået en "secondary meaning"⁵⁹.

Der findes ingen direkte fremgangsmåde til dokumentation af indarbejdet særpræg, men EU-domstolen har fremhævet kriterier som bl.a. markedssandel, intensitet og varighed af brug, geografisk udstrækning, størrelsen af investeringer i varemærket og størrelsen af den andel af de relevante omsætningskredse, der forbinder tegnet med virksomheden.⁶⁰

4.4: Særprægsbedømmelsen for 3D-varemærker

Som nævnt ovenfor, adskiller særprægsbedømmelsen for 3D-mærker sig som udgangspunkt ikke fra bedømmelsen af særpræg ved andre typer varemærker⁶¹. Det kan dog derimod siges, at selve kravene til *beviset* for særpræg er strengere⁶².

I *Henkel* præmis 36, angiver domstolen, at der ved anvendelse af særprægs-kriterierne skal:

⁵⁸ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 477.

⁵⁹ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 485 samt Wallberg & Ravn, 2017, s. 141.

⁶⁰ C-108-109/97 (*Windsurfing Chimsee*), præmis 51.

⁶¹ C-136/02 P (*Maglite*), præmis 32.

⁶² C-144/06 (*Henkel*) præmis 36.

” [...]tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionelt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af tegn, som er uafhængigt af udseendet af de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at et sådant tredimensionalt varemærke har særpræg, end at et ord- eller figurmærke har det [...]”

Det er således særdeles afgørende for mulighederne for registrering af et tredimensionelt varemærke, at det er påviseligt, at varens form *er egnet* til at adskille sig fra andre varer i forbrugerens øjne.

En gennemsnitsforbrugers opfattelse vil som udgangspunkt afhænge af, hvilken type vare, varemærket dækker over. Dette skyldes, at forskellige forbrugere i almindelighed demonstrerer forskellige opmærksomheds- og grundighedsniveauer ved køb af forskellige varer. Rent overordnet kan siges, at jo mere almindelig og hverdagsaktuel en vare er, jo mindre er opmærksomhedsniveauet, hvorimod et mere luksuriøst, dyrt og langtidvarigt produkt oftest vil blive undersøgt mere grundigt⁶³. Det vil således oftest være en konkret vurdering af forbrugerkredsen, som er afgørende for, hvor højt et niveau af særpræg, der kan kræves af et konkret produkt, da forbrugernes opfattelse af forskellige produkter varierer efter købsituationen.⁶⁴

EU-domstolen har fastslået, at alene tredimensionelle tegn, der afviger *betydeligt* fra *normen*, er egnet til at udføre denne oprindelsesfunktion⁶⁵. *Normen* i denne henseende må forstås som branchesædvanen for så vidt angår udformning af den varetype, der søges registreret⁶⁶. Såfremt der er tale om en branche, hvor der endnu ikke er etableret en sædvane, må afvigelsen skulle vurderes i forhold til den fremtrædelsesform, der må anses for den mest sandsynlige⁶⁷.

Det er afgørende, at afvigelsen er *betydelig*. Mindre variationer vil ikke i almindelighed være egnet til at give varens form distinktivitet, jf. C-136/02 P (*MagLite*), præmis 32:

⁶³ T-460/05 (B&O I), præmis 33.

⁶⁴ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 101.

⁶⁵ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 151 samt C-344/10 og 345/10 (Freixenet) præmis 47

⁶⁶ C-218/01 (Henkel) præmis 49.

⁶⁷ Wallberg & Ravn, 2017, s. 246

I det tilfælde, hvor et tredimensionalt varemærke består af formen på en vare, som varemærkeansøgningen vedrører, er det forhold, at denne form er en variant af en af de sædvanlige former for denne type varer, ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at det kan godtgøres, at det pågældende varemærke [...] har fornødent særpræg [...]

Kravet om betydelig fravigelse skyldes, at det kun ved betydelige afvigelser vil være muligt for en gennemsnitsforbruger at adskille varen fra andre alternativer, uden at skulle fortage mere nærgående undersøgelser eller give varen særlig opmærksomhed⁶⁸. Afvigelse fra normen må ikke forveksles med designets kvalitet, da et mere luksuriøst design ikke i sig selv kan føre til, at varen har særpræg⁶⁹. Uanset hvor æstetisk fremtonende varen er, er det afgørende at det kan påvises, at udseendet faktisk giver forbrugeren et indtryk af varens oprindelse⁷⁰.

Ph.d. Eva Aaen Skovbo beskriver dette "skjulte kriterie" som et krav om "*kendetegnskarakter*"⁷¹, og gør i den forbindelse opmærksom på, at selvom dette krav hverken er blevet nævnt af retten i 1. instans eller EU-domstolen, har det været et element i størstedelen af EU-sagerne vedrørende registrering i tredimensionale EU-varemærker. Schovsbo, Rosenmeier & Petersen kalder kriteriet "*kendetegnsvirkning*"⁷², og anerkender ligeledes dets eksistens.

Særligt med henblik på dette kendetegnskriterie, men måske allerede med henvisning til den massive mængde af litteratur, som beskæftiger sig helt konkret med særprægskravet for 3D-varemærker, må det stå klart, at uanset praksis gentagne gange har antydnet det modsatte, er særprægsvurderingen ikke det samme for 3D-mærker, men strengere end hvad angår de traditionelle varemærketyper.

4.5: De absolutte registreringshindringer i VMD art. 4 (1) (e)

Da varemærkeretlig beskyttelse af selve varens form rent retspolitisk giver anledning til en del overvejelser, særligt i henhold til monopol frygten, har det været nødvendigt at indsætte en række bestemmelser, der yderligere mindsker risikoen for at varemærkeretten bliver 'misbrugt'. EU-domstolen udtrykte i 205/13 (Hauck), præmis 20, at denne "monopol frygt" ligger til grund for alle tre bestemmelser, som nu er at finde i VMF art. 7 (1) (e)⁷³.

⁶⁸ C-136/02 (MagLite) præmis 32.

⁶⁹ C-136/02 (MagLite) præmis 68.

⁷⁰ T-358/04 (Georg Neumann) præmis 64.

⁷¹ Skovbo: *Varen som sit eget varemærke*, U.2010B.23, s. 2

⁷² Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 478

⁷³ Jf. også forslag til det første EU-varemærkedirektiv- og forordning af 19. november 1980, s. 57

Såfremt et mærke er omfattet af en af disse registreringshindringer, kan det aldrig registreres som varemærke. Dette betyder også, at varemærket ikke kan opnås gennem indarbejdelse, da det i det hele taget ikke er relevant, om der forligger særpræg eller ej, jf. modsætningsvist VMF art. 7 (3), som ikke henviser til art. 7 (1) (e). Registreringshindringerne er absolutte.

4.5.1: VMF art. 7 (1) (e) (i) Varens egen karakter

Et tegn, som udelukkende består af formen eller en anden egenskab, der følger af varens egen karakter, kan ikke registreres. Denne bestemmelse anvendes sjældent i praksis, hvilket ofte skyldes, at såfremt formen allerede følger af varens egen karakter, er det tvivlsomt at mærket har særpræg, og afvisning derfor kan ske efter VMF art. 7 (1) (b)⁷⁴.

Retten har endvidere fastslået, at såfremt udformningen *ikke direkte* følger af varens karakter, kan bestemmelsen ikke anvendes. I C-122/99 (Procter & Gamble 1) præmis 55, udtalte retten, at da udformningen af den ansøgte genstand (en sæbe) var *"konkav i længderetningen" og "har nogle riller, der ikke følger af varens egen karakter"* var det klart, at der *"findes andre udformninger af sæber i handelen, som ikke har disse kendetegn"*. Det konstateres dernæst i præmis 56, at da denne udformning således ikke følger af varens karakter, kunne den ikke afvises med hjemmel i (nuværende) art. 7 (1) (e) (i). Anvendelsesområdet må således siges at være ret smalt⁷⁵, men vil med fordel kunne tages i betragtning i situationer, hvor art. 7 (1) (b) ikke kan anvendes på grund af indarbejdelse.

Domstolen udvidede dog området for bestemmelsen i C-205/13 (Hauck), hvor det blev anført, at der ved vurderingen også skal lægges vægt på, om formen udelukkende *gengiver væsentlige egenskaber*, som er nødvendige for den pågældende vares funktion eller funktioner⁷⁶. Såfremt dette er tilfældet, må varen udelukkes fra registrering⁷⁷, jf. hertil ordlyden af alle tre bestemmelser i VMF art. 7 (1) (e) (formen *eller en anden egenskab*).

4.5.2: VMF art. 7 (1) (e) (ii) Teknisk resultat

En form eller anden egenskab er udelukket fra registrering, hvis den er nødvendig for at opnå et teknisk resultat. Tekniske resultater er som udgangspunkt forbeholdt patent- og

⁷⁴ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 181

⁷⁵ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 182

⁷⁶ Wallberg & Ravn, 2017, s. 134

⁷⁷ C-205/13 (Hauck) præmis 25-27

brugsmodelretten⁷⁸, og denne bestemmelse har delvist til formål at forhindre, at varemærkeretten kan fungere som en mulighed for at omgå den tidsbegrænsning, som disse rettigheder er underlagt⁷⁹. Denne bestemmelse har i nyere tid været i fokus i de store sager C-299/99 (Phillips) og C-48/09 (Lego).

Som det fremgår af *Phillips* præmis 79, har bestemmelsen til formål at udelukke udformninger, hvis *væsentlige* kendetegn svarer til en teknisk funktion. Dette med henblik på, at det vil være uforholdsmæssigt fordelagtigt for en producent at kunne monopolisere en teknisk funktion, og dermed afskære sine konkurrenter for at producere noget tilsvarende. Reglen har således ikke til formål at hindre registrering af former eller egenskaber, som inkorporerer tekniske funktioner i det hele taget, så længe disse er uvæsentlige. I *Lego* tilføjes det, at bestemmelsen ikke nødvendigvis er til hinder for registrering i det omfang, der er tilføjet flere væsentlige *ikke-funktionelle* elementer (eksempelvis en fremtrædende udsmykning), som er afgørende for varens udformning⁸⁰, og således giver konkurrenter muligheder for at inkorporere samme funktion, uden at krænke varemærket⁸¹. I forlængelse af dette fremgår det også af *Phillips*, at en udformning, som væsentligt skyldes en inkorporeret teknisk funktion, ikke kan søges registreret med henvisning til, at der er adgang til alternative udformninger.⁸²

4.5.3: VMF art. 7 (1) (e) (iii) Væsentlig værdi

Former eller egenskaber, der giver varerne en væsentlig værdi, kan ikke opnå varemærkeret. Denne bestemmelse indeholder en grænseflade til reglerne om design og brugskunst⁸³, men det skal dog bemærkes, at reglen ikke forhindrer registrering af varemærkeret alene af den grund, at den ansøgte vare allerede er beskyttet som design og/eller brugskunst.

Reglen har til sigte at afskære varemærkere registrering af former eller egenskaber for varer, hvor hele varens værdi ligger i udformningen eller egenskaber som følger heraf⁸⁴. Det kan ud fra udtrykket ”væsentlig værdi” ikke direkte udledes, hvad reglen helt præcis dækker over. Det fremgår ikke af

⁷⁸ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 187

⁷⁹ Skovbo: *Varen som sit eget varemærke*, U.2010B.23, s. 3

⁸⁰ C-48/09 (Lego), præmis 52

⁸¹ C-48/09 (Lego), præmis 72

⁸² C-299/99 (Phillips), præmis 84

⁸³ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 187

⁸⁴ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 489

lovbemærkningerne til det første EU-direktiv om varemærkeret, hvori det kun overordnet anføres, at reglerne, som nu findes VMD art. 4 (1) (e)) er til for at forhindre et utilsigtet monopol.⁸⁵

I EUIPOs retningslinjer for registrering af EU-varemærker findes der dog en mere grundig redegørelse af, hvordan udtrykket skal forstås:

“The concept of ‘value’ should be interpreted not only in commercial (economic) terms, but also in terms of ‘attractiveness’, that is to say, the likelihood that the goods will be purchased primarily because of their particular shape or of another particular characteristic.”⁸⁶

Det bemærkes i øvrigt, at selvom EUIPOs retningslinjer er rettet mod EU-varemærker, må det lægges til grund, at disse også kan anvendes ved fortolkningen af nationale varemærkeregistreringer efter direktivets bestemmelser (jf. begrundelsen i afsnit 1.3.2).

At “værdi” kan forstås som *økonomisk værdi*, bekræftes af T-508/08 (B&O II), omhandlende Bang & Olufsens blyant-højtalere. Her angiver retten i præmis 74, at udformningen af varen “vidner om et ganske særligt design” som “øger varens tiltrækningskraft” og udtaler endvidere i præmis 75:

“Det fremgår endvidere af oplysningerne [...], at denne udformnings æstetiske egenskaber først fremhæves, og at en sådan udformning opfattes som en slags ren, slank og tidløs skulptur, som gengiver musik, hvilket udgør et væsentligt forhold i et salgsargument. ”

Det blev senere fastslået i C-205/13 (Hauck), præmis 32, at “værdi” ikke udelukkende omfatter kunstnerisk eller dekorativ værdi, men også andre væsentlige funktionelle værdier, som mere konkret er beskrevet i præmis 29: “*nemlig sikkerhed, komfort og kvalitet, som tillægger den værdier, der er væsentlige for dens funktion*”. Varen er altså hindret registrering i det omfang, at den væsentlige værdi ikke udelukkende tilføres af udseendet, men også af andre funktionelle egenskaber, jf. hertil også ordlyden af artiklen “formen eller *en anden egenskab*”. Dette stemmer også overens med EUIPOs retningslinjer, som sågar henviser til dommens præmisser, og tilføjer:

⁸⁵ Forslag til det første EU-varemærkedirektiv- og forordning af 19. november 1980, s. 57.

⁸⁶ EUIPO guidelines for Community Trade Marks and Designs, 2017, B.4.6 s. 9

“Indeed, the concept of ‘value’ cannot be limited purely to the shape or other characteristic of goods having only artistic or ornamental value”⁸⁷

“Værdi” kan således positivt afgrænses til at omhandle værdi i form af både økonomisk, æstetisk og funktionel værdi.

Udenfor VMF art. 7 (1) (e) (iii) falder derimod *brand-værdi*, værdi opnået som resultat af markedsføring og værdi som følge af designerens renommé⁸⁸:

“Also, ‘value’ should not be interpreted to mean ‘reputation’. The application of the above-mentioned absolute ground of refusal is justified exclusively by the effect on the value added to the goods *by the shape*, not by other factors such as the reputation of the word mark also used to identify those same goods.”⁸⁹

Eksterne faktorer, som ikke påvirker varens *udformning*, men nærmere varens renommé, kan således ikke lægge til grund for afvisning efter bestemmelsen om væsentlig værdi. Det, at en vares udseende *også* har fået værdi som et kendetegn, ændrer ikke på, at varen vil være afskåret fra registrering efter reglen om væsentlig værdi⁹⁰.

Udtrykket “væsentlig” i bestemmelsen skal forstås således, at afvisning ikke kan ske med henvisning til, at varens form eller egenskaber alene er tiltalende eller attraktive – der skal være tale om en form eller egenskab, som påvirker værdien *væsentligt*:

“The fact that the shape may be pleasing or attractive is not sufficient to exclude it from registration. If that were the case, it would be virtually impossible to imagine any trade mark of shape, given that in modern business there is no product of industrial utility that has not been the subject of study, research and industrial design before its eventual launch on the market”⁹¹

Ved vurderingen af, *hvor* væsentlig den værdi, som varens udformning eller egenskaber tilføjer varen, kan der lægges en længere række faktorer til grund. EU-domstolen udtalte i C-205/13 (Tripp Trapp), præmis 35, at der ved bedømmelsen af om denne værdi påvirker kundekredsen skal:

“tages hensyn til andre bedømmelseskriterier, såsom karakteren af den omhandlede kategori af varer, den omhandlede udformnings kunstneriske værdi, de særlige egenskaber ved denne udformning i forhold til andre

⁸⁷ EUIPO guidelines for Community Trade Marks and designs, 2017, B.4.6 s. 9

⁸⁸ Jf. Også R 486/2010-2 (Eames Alu-chair), præmis 21

⁸⁹ R2520/2011-5 – appelsag vedrørende formen af en guitar, præmis 19.

⁹⁰ C-371/06 (G-star), præmis 28 samt Schovsbo, Rosenmeier & Petersen: *Immaterialret*, 2018, s. 489

⁹¹ R 395/1999-3 (Singolo), præmis 33

udformninger, der almindeligvis er tilgængelige på det pågældende marked, den mærkbare prisforskel i forhold til lignende varer eller en markedsføringsstrategi, hvorved primært varens æstetiske egenskaber er fremhævet.”

Angående det sidste led i præmissen, må det lægges til grund, at selvom markedsføring i sig selv ikke er en faktor, som kan tillægges betydning, når en vare skal vurderes i forhold til art. 7 (1) (e) (iii), jf. lige ovenfor, må denne alligevel kunne tillægges betydning i det omfang, at virksomhedens markedsføringsstrategi har været *fokuseret på varens særlige design*. Dette støttes endvidere af T-508/08 (B&O II), præmis 75, hvor der henvises til, at sælgere af B&O's blyanthøjtaler fremhæver designets æstetiske fremtoning som det primære:

”Det fremgår endvidere af oplysningerne i den anfægtede afgørelses punkt 33, dvs. uddrag fra internetsider fra distributører, online-auktionshuse eller second-hand shops, at denne udformnings æstetiske egenskaber først fremhæves [...]

En ansøger kan i så fald ”skyde sig selv i foden” ved primært at markedsføre sit produkt på den kunstneriske eller æstetiske fremtoning og formgivning, da dette kan lægges til grund for at varen i kraft af sin form eller andre egenskaber har opnået en så væsentlig værdi, at registrering vil stride mod art. 7 (1) (e) (iii).

Det afgørende moment i vurderingen af denne bestemmelse, er således om værdien er det *udslagsgivende* element i forbrugerens valg, når denne skal vælge mellem konkurrerende produkter.⁹²

⁹² EUIPO guidelines for Community Trade Marks and Designs, 2017, B.4.6, s. 10

Kapitel 5: Kumulativ beskyttelse

Der er intet til hinder for, at en bestemt genstand kan anses for at være et værk, et design og et varemærke på samme tid. Kravene hertil er imidlertid forskellige. Før der i kapitel 6 ses nærmere på, hvordan domstolene vurderer de forskellige betingelser, er det nærliggende at redegøre for, hvordan ophavsretten, designretten og varemærkeretten forholder sig til hinanden. I dette kapitel gennemgås de interne forhold hver for sig, hvorefter der redegøres for betydningen af den kumulative beskyttelse samt mulighederne for tredobbelt beskyttelse.

5.1: Forholdet mellem ophavsret og designret

Forholdet mellem brugskunst og industrielle mønstre og modeller (designs) er behandlet i bernerkonventionens artikel 2 (7). Her står det klart, at de to beskyttelser overlapper i et større omfang, da det allerede gav anledning til stillingtagen tilbage i 1886:

Med forbehold af bestemmelserne i denne konventions artikel 7 4) [*ikke relevant for brugskunst*] kan unionslandene i deres lovgivning bestemme, i hvilket omfang deres love skal anvendes på brugskunst og industrielle mønstre og modeller, såvel som de betingelser, under hvilke sådanne værker, mønstre og modeller skal nyde beskyttelse. (*Skarp parentes indsat her*)

Konventionen har altså ikke haft til hensigt at fastsætte en fast regel for, hvad der gælder når de to beskyttelsestyper overlapper hinanden, men derimod slået fast, at medlemslandene skal tage stilling til dette spørgsmål. Endvidere giver konventionen medlemsstaterne frit spil til at fastsætte betingelserne for beskyttelsen, men disse må på nuværende tidspunkt siges at være så harmoniseret, at dette nok ikke længere er helt sandt.

Bernerkonventionen giver lovgiver tre valgmuligheder i forhold til spørgsmålet om kumulation⁹³: 1) fuld kumulativ beskyttelse efter begge systemer, 2) delvis kumulativ beskyttelse, hvor brugskunst kun beskyttes ophavsretligt efter særlige betingelse eller 3) ingen kumulativ beskyttelse af brugskunst.

Grunden til, at spørgsmålet efter bernerkonventionen primært forholder sig til brugskunst er, at det fremgår direkte af pariserkonventionens art. 5 e, at ” *Industrielle mønstre og modeller skal kunne*

⁹³ Schønning & Blomqvist, 2011, s. 264

*beskyttes i alle unionslande*⁹⁴. Bernerkonventionen giver derfor ikke mulighed for bortfald eller nægtelse af *designbeskyttelse* med den begrundelse, at genstanden nyder ophavsretsbeskyttelse som brugskunst.

Det må bemærkes, at valgmulighed 2 og 3 måske ikke (i hvert fald for EU-lande) længere er aktuelle. Mulighed 2 omkring fastsættelse af strengere krav til brugskunstbeskyttelse vil i dag højst sandsynligt være i strid med EU-retten og infosoc-direktivet, jf. ovenfor 2.4. Mulighed 3 omkring nægtelse eller bortfald af brugskunstbeskyttelse til designs vil være i strid med designdirektivet og EU-praksis jf. C-168/09 (Flos).

Danmark har fra start valgt den første af bernerkonventionens tre muligheder jf. OHL § 10, stk. 1, som lyder: *"Beskyttelse efter designloven udelukker ikke ophavsret"* samt DSL, § 50: *"Et registreret design kan også være beskyttet efter lov om ophavsret fra det tidspunkt, hvor designet er blevet skabt eller fastlagt i en given form"*. Der er således åbnet for fuld kumulativ beskyttelse af ophavsret og design.

Denne kumulation er også forskrevet i designdirektivets art. 17, som dog angiver, at medlemsstaterne selv kan fastsætte *betingelserne* for den ophavsretlige beskyttelse. Dette skal dog ikke forstås således at det er op til medlemsstaterne selv at beslutte, om de vil give beskyttelse, da dette i sig selv er et krav efter direktivet⁹⁵, jf. 8. bemærkning til DED.

5.2: Forholdet mellem ophavsret og varemærkeret

Traditionelt set beskytter ophavsret kunst, og varemærkeret forretningskendetegn. Det er kun i nyere tid, at et brugsobjekt har kunne falde under disse beskrivelser.

Modsat forholdet mellem ophavsretten og designretten, indeholder den relevante lovgivning ingen bestemmelser om varemærkebeskyttelsens grænseflader for disse immaterielle rettigheder. Omvendt, fremgår der heller ikke nogen begrænsninger eller hindringer for muligt dobbelt- eller trippelbeskyttelse, og det er også fastslået i praksis, at de to rettigheder ikke spænder ben for hindenden, jf. 2015.979 H om Tripp Trapp-stolen: *"Det er ubestridt, at TRIPP TRAPP stolen nyder ophavsretlig beskyttelse som brugskunst efter ophavsretsloven, og at stolen er beskyttet som et*

⁹⁴ Schønning & Blomqvist, 2011, s. 264

⁹⁵ C-168/09 (Flos) præmis 37.

tredimensionelt varemærke efter § 4 i varemærkeloven". Det er endvidere af Koktvedgaard, at "[d]er er altså mulighed for en fri kombination eller kumulation af det ophavs- og varemærkeretlige værn, hvis vareudstyret (undtagelsesvis) har et æstetisk præg"⁹⁶.

Det må dog bemærkes, at reglen om væsentlig værdi (se ovenfor 4.5.3) ikke eksisterede i dansk ret på tidspunktet for dette citat, hvorfor det skal holdes for øje, at der nu også er en grænse for hvor meget en formgivning må være påvirket af dette æstetiske præg.

5.3: Forholdet mellem designret og varemærkeret

Ligesom i forholdet mellem ophavsretten og varemærkeretten er der ingen regler, der regulerer forholdet imellem design- og varemærkeretten. Derimod fremgår det bemærkning 31 og 32 i præamblen til DSF, at EU-designrettigheder ikke kan være til hinder for anden industriel beskyttelse eller ophavsretsbeskyttelse.

Umiddelbart har 3d-varemærkeretten og designretten meget det samme sigte, nemlig industrifrembringelsernes ydre form og udstyr⁹⁷. Der er dog ingen grund til, at dette skulle give anledning til et andet forhold end det som eksisterer mellem varemærkeretten og ophavsretten.

5.4: Trippelbeskyttelse og betydningen af kumulation

Som det fremgår af de tre første afsnit af kapitlet, kan alle tre rettigheder uproblematisk kumuleres med hinanden hvad angår beskyttelse af varens formgivning. Denne retstilstand anerkendes da også i litteraturen, jf. Wallberg & Ravn:

"Anderledes forholder det sig med de tredimensionale udformninger, der som oprindelige design kan nyde parallel beskyttelse efter designlovgivningen og ophavsretsloven, og som, hvis varemærkelovens betingelser er opfyldte, tillige kan nyde beskyttelse efter varemærkeloven"⁹⁸

Og jf. endvidere Charles Gielen:

"[...] copyright and design rights, on the one hand, and trade mark rights, on the other hand, are not mutually exclusive by law. Therefore, during the lifetime of a copyright or design right there is nothing that precludes its cumulation with a trade mark right."⁹⁹

⁹⁶ Koktvedgaard, 1965, s. 426

⁹⁷ Koktvedgaard, 1965, s. 426

⁹⁸ Wallberg & Ravn, 2017, s. 109

⁹⁹ Charles Gielen: *Substantial value*, EIPR 2014, s. 2

Der kan således ikke været tvivl om, at der er mulighed for både dobbelt- og trippelbeskyttelse af en vares formgivning. En trippelbeskyttelse vil dog forudsætte, at udseendet samtidigt er originalt efter ophavsretsloven, er en nyhed og har individuel karakter efter designreglerne, og har særpræg efter reglerne i varemærkeretten.

Den overordnede betydning af kumulerede beskyttelsesrettigheder er, at det giver rettighedshaveren mulighed for at påberåbe hver enkelt rettighed, eller alle i forening. Dette er særdeles praktisk, da det også betyder at rettighedshaveren ikke er tvunget til at vælge imellem de forskellige systemer¹⁰⁰. Rettighederne har imidlertid en del forskelle. Som det fremgår i ovenstående kapitler, vil det oftest være betydeligt nemmere at opnå ophavs- og designret til en formgivning, end det vil være at opnå varemærkeret. Varemærkeretten udmærker sig derimod ved at have en evigtvarende beskyttelse, hvorimod designrettens beskyttelse er forholdsvis kort (højest 25 år, jf. DSL § 23, stk. 1). Ophavsretten og designretten erhverves også på et bestemt tidspunkt, nemlig ved henholdsvis skabelsen og offentliggørelsen, hvorimod varemærkeretten ikke arbejder med en sådan frist. Da rettighederne kan opstå og ophøre uafhængigt af hinanden, kan dette derfor også betyde, at varemærkeretten i nogle tilfælde først opnås efter udløbet af designbeskyttelsen.

¹⁰⁰ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 404

Kapitel 6: Retspraksis om stolens formgivning

Møbelkunst eller møbeldesign er et ganske centralt emne for immaterialretlig beskyttelse af en vares formgivning. I Danmark har vi haft nogle fænomenale møbeldesignere, som har skabt nogle særdeles velkendte, kostbare og anerkendte designerstole. I dette kapitel vil nogle af disse stole blive anvendt som grundlag for analysen af, hvordan de enkelte immaterialretlige beskyttelser kan opnås.

6.1 Retspraksis – stolen som brugskunst

6.1.1: U 1960.483 Ø: Wegnerstolen, model 501 og 503

Sagen vedrørte spørgsmålet om plagiatfremstillinger af en kendt stol, som var tegnet af arkitekt Hans J. Wegner. Den i sagen omhandlede stol udkom i to modeller, 501 og 503. Der var i sagen ikke enighed om, hvorvidt stolen nød beskyttelse efter daværende ophavsregler.

Indledningsvist blev der af Landsforeningen Dansk Kunsthåndværks retsudvalg udtalt:

”at det under hensyntagen til disse stoles yderst karakteristiske udformning må anses, at stolene er så særprægede og selvstændige kunstneriske arbejder, at de må være beskyttet i henhold til loven om forfatter- og kunstnerret. Ved bedømmelsen af stolenes originalitet har man især lagt vægt på den spændte og klare skulpturelle formgivning og den harmoniske og homogene materialebehandling, der tilsammen giver stolene deres originale kunstneriske helhed.

”¹⁰¹

Udvalget tilføjer endvidere at *”Originalmodellen må betragtes som den moderne danske møbelkunsts mest kendte stolmodel, og dette gælder såvel herhjemme som i udlandet”*.¹⁰²

Der blev efterfølgende indhentet skønserklæringer. Adspurgte, om stolen skulle opfattes som et originalt værk i lovens forstand, angav de to første skønsmænd, at stolen i allerhøjeste grad måtte betragtes som kunst. Det udtales, at stolen må *”betrages som et originalt kunstværk på grund af dens stærkt personlige præg”*¹⁰³ og *”Stolen er af arkitekt Wegner, såvel i detaljer som i sin samlede helhed, udformet og gennemarbejdet således, at den fremtræder som et i sin art ualmindeligt klart og helstøbt selvstændigt kunstnerisk arbejde.”*¹⁰⁴

¹⁰¹ U 1960.483 Ø s. 3

¹⁰² U 1960.483 Ø s. 3

¹⁰³ U 1960.483 Ø s. 4

¹⁰⁴ U 1960.483 Ø s. 4

Begge skønsmænd var også enige om, at stolen ikke havde enkelte kunstneriske træk, men måtte opfattes *"Som et kunstnerisk hele"*.¹⁰⁵

Adspurgte om, hvordan Wegner-stolene adskilte sig fra andre stole af samme type, var skønsmændene enige om, at der ikke var noget eller nogle punkter, men at det skyldes at stolen bærer et stærkt personligt præg: *"Wegner-stolen adskiller sig fra de stole, jeg kender af lignende type – hvorved jeg forstår armstole med kopfstykke og arme, dannende en krans hvilende på stolens bag- og forben – ved sin af kunstneren personlig påvirkede udformning, der har givet stolen sit særpræg"*.¹⁰⁶

Landsretten lagde de to skønsmands forklaringer, samt oplysningerne fra Landsforeningen Dansk Kunsthåndværks retsudvalg, til grund for at anerkende stolens status som beskyttet brugskunst.

Skønsmændene fokuserede hovedsageligt på to aspekter ved stolen i deres forklaringer: designerens personlige præg og den kunstneriske helhed. Det må bemærkes, at dommen efterhånden er meget gammel, men selve originalitetsvurderingen for brugskunst har ikke udviklet sig så bemærkelsesværdigt, og der er ingen grund til at antage, at disse præmisser ikke ville føre til det samme resultat i dag. Wegnerstolene kan derfor, nyde ophavsretlig beskyttelse indtil år 2078, da Hans Wegner afgik ved døden i 2007.

6.1.2 U 1963.782 H – Johanssons hvilestol (Ejvind Johansson #301)

Sagen vedrørte spørgsmålet om efterligning en arkitekttegnet hvilestol. Der var ikke enighed om, hvorvidt stolen kunne betegnes som et kunstnerisk værk.

Under bevisførelsen for landsretten, var skønsmændene af den opfattelse, at stolen måtte betragtes som et originalt, kunstnerisk arbejde i lovens forstand. Til støtte for dette synspunkt angav de, at:

*"Den omhandlede stols linjer og proportioner er så vel afstemte, at der er opnået en god afbalanceret, og dermed for øjet behagelig og smuk helhedsvirkning. Stolen fremtræder som et industrielt produkt i god formgivning."*¹⁰⁷

¹⁰⁵ U 1960.483 Ø s. 4

¹⁰⁶ U 1960.483 Ø s. 4

¹⁰⁷ U 1963.782 H S. 3

Endvidere fremhæver skønsmændene som støtte for denne opfattelse, at stolens tilblivelse er sket i tre faser: Arkitekten tegnede først i en udgave, som skulle anvendes til udstilling, hvorefter han modificerede denne ved at udskifte stålunderdelen med træ, og til sidst omarbejdede designet, så det kunne anvendes til industriel fremstilling. Ifølge skønsmændenes opfattelse, afspejler denne proces arkitektens arbejde med stolen, hvorfor frembringelsen må skyldes hans originale arbejde.

Adspurgte hvilke egenskaber stol #301 havde, som kunne adskille den fra en række andre stole inddraget i sagens bevisførelse, fremhævede skønsmændene stolens linjeføring og originale detaljer ”som f. eks. rygkantens skrå forløb mod sædet med en bagudbøjning ved sæderammen, hvorved der dannes armstøtte”. Ligesom i Wegner-dommen, fremhæves stolens helhed ” I det hele taget forekommer form og funktion ved stol nr. 1 at være samarbejdet til en klar helhed [...]”

Landsretten tiltrådte skønsmændenes erklæringer om, at stolen skulle betegnes som et originalt kunstnerisk værk.

I Højesteret måtte der indhentes yderligere erklæringer. Det blev her fremhævet af de nye skønsmænd, at:

”Det for Johanssons stol karakteristiske hovedtræk, den nærmest cylinderformede, skråt afskårne ryg, der konstruktivt dannes gennem bøjning af et stykke krydsfiner, har været kendt før 1955, da stolen i sin oprindelige skikkelse blev præmieret ved Københavns Snedkerlaugs konkurrence.”¹⁰⁸

Endvidere anførte skønsmændene, at den nuværende skikkelse af stolen (seriefremstillingsmodellen) savnede kvalitet og æstetisk fremtoning i forhold til den oprindelige stol, som blev fremstillet til konkurrence. Trods dette, er skønsmændene for Højesteret enige med landsrettens afgørelse, da stolen ” [...]dog i sin konkrete udformning [er en] selvstændig bearbejdning af en type gennem sin proportionering og linjeføring [...]”.

Højesteret, som angiver at det forekommende blot ”bestyrker” de af Landsretten anførte grunde, tiltræder at stolen må betegnes som et originalt kunstnerisk arbejde, som er beskyttet efter ophavsretsloven.

¹⁰⁸ U 1963.782 H s. 6

Ved sammenligning kan det ses, at denne dom adskiller sig fra Wegner-dommen på en række nøglepunkter.

For det første er der ikke tale om en designer, som er internationalt anerkendt, og der er ikke tale om en stol, som har været udstillet på museer verden over. I U 1960.483 Ø fremhæves det gentagne gange, at Wegnerstolen opnår betydelig kvalitet, alene fordi den bærer Wegners personlige præg. Denne egenskab har ikke været mulig for Ejvind Johansson at producere, da han ikke nød en tilsvarende anerkendelse.

Hverken stor anerkendelse af designer eller design er dog et krav for værkshøjde, da der reelt set kun kan kræves, at der er tale om en original kunstnerisk frembringelse jf. sagsøgers procedure i Johansson-sagen: *"Der kræves hertil ikke nødvendigvis, at ophavsmanden er en anerkendt kunstner, eller at værket er af særlig god kvalitet"*¹⁰⁹. Det fremhæves da også flere gange om Johanssons stol, at den er et klart resultat af kunstnerisk arbejde, selvom det også fremgår af skønserklæringen for Højesteret, at stolen ikke er af den højeste kvalitet, hvilket må stå i kontrast til Wegner-stolen, som beskrives som *"en kunstnerisk nyskabelse af meget høj værdi for vort renommé i udlandet"*.¹¹⁰

Dommen grundlagde også et grundprincip for brugskunst, nemlig betydningen af at anvende allerede kendte ideer eller konstruktionsmetoder. Som det fremgår af skønserklæringen i domstekstens s. 4

" [...] Ideen med at udføre stole med en spændt krydsfiner ryg er kendt før 1955, men at det ikke er vurderingsmændene bekendt, at der findes stole af samme udformning som Ejvind Johanssons stol (nr. 301) og at de derfor må betragte denne stol som et nyt og selvstændigt værk. "

Dette fremhæves også af skønserklæringen for Højesteret¹¹¹. Begge grupper skønsmænd, og domstolene, var dog af den opfattelse at anvendelse af kendte konstruktionsprincipper eller karaktertræk ikke forhindrede, at stolen kunne anses for at være original kunst. Dette vil dog heller ikke stemme overens med brugskunstens formål, da det, som beskyttes, er et værks udseende, og ikke fremstillingsprocessen.

¹⁰⁹ U 1963.782 H s. 6

¹¹⁰ U 1960.483 Ø s. 3

¹¹¹ U 1963.782 H s. 6

6.1.3 Vestre Landsrets Dom af 31. marts 1976: FALCON af Sigurd Resell (Gengivet i NIR 1979.347)

Den utrykte landsretsdom omhandlede en tvist mellem den norske arkitekt Sigurd Resell og producenten af hans FALCON-møbler på den ene side, og producenten af en forvekslelig møbelserie ved navn SUPER STAR på den anden side. Der var ikke enighed om, hvorvidt den FALCON-serien havde værkshøjde.

FALCON-serien består af to lænestole, en med høj ryg og en med lav ryg, samt en taburet. Møblerne er karakteriseret ved, at være forsynet med læderhynder ophængt i et stel af forkromet stål i fire punkter på en særlig måde¹¹².

Skønsmanden svarede bekræftende på, at alle tre møbler kunne betragtes som originale kunstværker i ophavsretslovens forstand, og begrundede dette med at han opfattede helhedsindtrykket af de tre frembringelser som værende *"en selvstændig udformning af et nyt design, der skønnes værdig til beskyttelse"*¹¹³. Skønsmanden anfører, at selve metoden, hvorpå stolens understel er samlet, var kendt i forvejen, men dette ikke er til hinder for, at stolene (og tabureten) har en så *"idemæssig højde og kvalitet"* at den bør beskyttes efter ophavsretsloven¹¹⁴. Skønsmanden anfører også i denne sammenhæng, at han i sin bedømmelse især har lagt vægt på helhedsindtrykket, da det er vanskeligt at fremhæve enkelte detaljer.

Vestre Landsret fandt, at FALCON-møblerne havde *"en sådan selvstændig udformning af et nyt design, at de ikke kan antages at være en direkte udvikling af tidligere kendte møbler, som brugskunst må betegnes som originale kunstneriske værker"*.¹¹⁵

Afgørelsen stemmer på nogle nøglepunkter overens med dommene fra 60'erne (U 1960.483 Ø og U 1963.782 H). Skønsmanden fokuserer i sin vurdering på det *helhedsindtryk*, som møblet giver ham, tilsvarende vurderingen foretaget i *Wegner*-sagen, og det angives også, at selvom konceptet for stolen ikke er nyt, har stolen stadig tilstrækkelig værkshøjde til at nyde ophavsretslig beskyttelse, tilsvarende konklusionen i *Johansson*-sagen.

¹¹² NIR 1979, s. 347

¹¹³ NIR 1979, s. 352

¹¹⁴ NIR 1979, s. 353

¹¹⁵ NIR 1979, s. 354

6.1.4: U.2002.1715.2 H - Myren mod Jackpot

Sagen vedrørte "jackpot"-stolen, som blev markedsført og solgt af sagsøgte, Dan-Form ApS, og spørgsmålet om hvorvidt denne var i strid med sagsøger, Fritz Hansens A/S' rettigheder til "Myren" af Arne Jacobsen. Myren er en såkaldt "stabelstol", et begreb som dækker over stole, som er udformet til at kunne stables oven på hinanden for på den måde at spare plads.

Selvom dommens primære præjudikat, i fællesskab med U.2001.747 H om Tripp Trapp-stolen, omhandler fortolkningen af brugskunstens beskyttelsesomfang, som er begrænset til meget nærgående efterligninger, vil der i denne analyse være fokus på retserhvervelsesspørgsmålet.

Sagen var for Sø- og Handelsretten i 2000. Der var her ikke enighed mellem parterne om, hvorvidt Myren nød ophavsretlig beskyttelse efter OHL § 1.

Til spørgsmål 1 om, hvorvidt "Myren" fremstår som *"et resultat af en selvstændig, skabende åndsindsats præget af ophavsmandens individualitet"* svares:

" »Myren« må absolut betragtes som et selvstændigt og unikt åndsværk, ikke mindst på baggrund af tidsperioden, hvor den betragtes som en revolutionerende nyskabelse og har i dag status som internationalt designikon. "¹¹⁶

Som det fremgår af afsnit 2.3 og 2.4, er det eneste krav, der i dag kan stilles til originalitet, at frembringelsen er *"ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse"*¹¹⁷. Skønsmændenes formulering: *"et selvstændigt og unikt åndsværk"* må kunne tilsidesættes med den formulering, hvorfor dette svar må kunne danne grundlag for et incitament for, at stolen opfylder ophavsrettens originalitetskrav.

Sagsøgte gjorde i sin procedure gældende, at stolen ikke var ophavsretligt beskyttet, bl.a. med henvisning til, at Myren ikke var en nyskabelse i 1952, da alle komponenterne i den i forvejen var kendte, og at *"[u]dformningen af en stabelstol er alene bestemt af funktionen og den menneskelige anatomi"*¹¹⁸

¹¹⁶ U.2002.1715.2 H s.2.

¹¹⁷ C-05/08 (Infopaq), præmis 37

¹¹⁸ U.2002.1715.2 H s. 8

Domsteksten indeholder ikke en detaljeret begrundelse af Sø- og Handelsrettens afgørelse af spørgsmålet om, hvad de lægger til grund for deres beslutning om at anerkende "Myrens" ophavsret. Det fremgår blot at:

"Retten anser det for utvivlsomt, at Myren, der af skønsmændene er betegnet som et internationalt design-ikon, er et originalt kunstnerisk produkt, der er beskyttet efter ophavsretslovens § 1." ¹¹⁹

Det eneste Sø- og Handelsretten henviser til, er at Myren af skønsmændene er betegnet som et "*internationalt design-ikon*". Det må imidlertid også være en fyldestgørende argumentation henset til, at en stol, som har været internationalt anerkendt gennem over 50 år på grund af sit design, i sagens natur må have en meget særligt æstetisk fremtoning, og derfor må være et originalt kunstnerisk produkt.

Sø- og handelsretten afviste således (stiltiende) sagsøgtes anbringende om, at Myren manglede originalitet på grund af de allerede kendte elementer. Dette anbringende stemte heller ikke overens med skønserklæringerne i sagen, jf. svaret på spørgsmål 3, hvor skønsmændene angiver at Myren anvender en ny udgave af en allerede kendt lamineringsteknik, og at de "usædvanlige slanke fjedrende stålben var en nyskabelse"¹²⁰ samt svaret på spørgsmål E:

"Myren var på den tid en unik nyskabelse, dels ved sit designudtryk og den anvendte teknik (dobbelst-krum) samt det usædvanligt spinkle og fjedrende stel. Disse parametre var hver for sig en nyskabelse, sammenstillet til et unikt produkt, som vakte stor international opmærksomhed og blev betragtet som revolutionerende i branchen [...]." ¹²¹

Retten giver heller ikke sagsøgte medhold i, at formen udelukkende er funktionelt betinget. Dette ville heller ikke stemme overens med skønsmændenes svar, når disse sammenholdes, jf. svaret på spørgsmål M:

"Da de forskellige møbelgrupper designmæssigt er stærkt funktionsbestemte vil der i sagens natur være et vist sammenfald. Det er så designerens opgave bl.a. at tilføre produktet en egenart eller et personligt »kunstnerisk udtryk«, som kunne tjene bl.a. til differentiering fra andre tilsvarende produkter." ¹²²

Dette udtryk må skulle forstås som det relevante æstetiske præg, der giver møblet værkshøjde. Der bliver ganske vist ikke spurgt direkte ind til, om Myren ifølge skønsmændene har en sådan

¹¹⁹ U.2002.1715.2 H s. 9

¹²⁰ U.2002.1715.2 H s. 2

¹²¹ U.2002.1715.2 H s. 3

¹²² U.2002.1715.2 H s. 4

”kunstnerisk udtryk”, men dette kan udledes af deres svar, jf. ordvalget i hhv. svar 1 (”selvstændigt og unikt åndsværk”), svar 2 (”usædvanlige og selvstændige design”), svar E (”en unik nyskabelse dels ved sit designudtryk og den anvendte teknik), samt svar P (”Stolen er netop karakteriseret ved, at være et helstøbt værk med et meget stærkt personligt (designudtryk)).

Sagen blev senere anket til højesteret, som afsagde dom i 2002. Sagsøgte gjorde i denne instans ikke gældende, at Myren ikke var ophavsretligt beskyttet. Højesteret kunne derfor lægge til grund, at Myren ubestridt nød ophavsretlig beskyttelse som brugskunst.¹²³

Stolens originalitet stammer fra flere forskellige egenskaber, og der henvises til lamineringen, dobbeltkrumning, de slanke dimensioner, de fjedrende stålrørsben, linjeføringen, samt den slanke talje. Det anføres hertil, at det fremgår af skønsmændenes svar P, at Myren dog ikke består af elementer, men er et *”helstøbt værk”*, hvor der *”ikke kan tillægges eller fratrækkes noget uden at forringe designet”*¹²⁴ – det er selve helheden, der skaber det ikoniske kunstneriske præg.

Det må således slutes, at Myren nyder ophavsretlig beskyttelse efter OHL § 1. Det fremgår kun direkte af dommen, at dette skyldes at det anerkendes som et internationalt design-ikon, men ved nærmere undersøgelse giver dommen også et godt indblik i de detaljer, som ligger til grund for denne anerkendelse.

6.1.5: Delkonklusion

Ud fra den analyserede retspraksis må det slutes, at designerstole ikke lider store hindringer når det kommer til erhvervelse af ophavsret.

Som det er beskrevet i afsnit 2.4, er brugskunst som udgangspunkt udfordret på, at det i modsætning til andre værker er nødt til at bevise, at det faktisk er kunst. Denne modifikation til udgangspunktet udgør ingen hindring for nogen af de stole, som har været i fokus i dommene, men det angives i *Myren*, at forskellige møbelgrupper vil være *stærkt funktionsbestemte*¹²⁵, hvorfor kunstneren er nødt til at tilføre en form for egenart. Derfor må det som minimum kræves, at stolen har en vis adskillelse fra den almindelige formgivning.

¹²³ U.2002.1715.2 H s. 10

¹²⁴ U.2002.1715.2 H s. 4

¹²⁵ U.2002.1715.2 H s. 4

Spørgsmålet om originalitet besvares ved skønserklæringer. Dette skyldes naturligvis, at jurister ikke er nær så kompetente når det kommer til at angive, hvad der faktisk kan anses som originalt, som fagmænd inden for området. Modsat, bør fagmændene ikke tage stilling til hvad der er kunst i juridisk forstand, – selvom de dog blev bedt om dette i de 3 første sager. Denne sammenblanding af fakta og jura¹²⁶ er dog ophørt, og finder heller ikke sted U.2002.1715.2.

De anvendte stole er alle designerstole, men de adskiller sig dog ved, at Myren og 501 på den ene side er skabt af verdenskendte designere, og #301 og FALCON-møblerne på den anden side ikke er. Dette kommer til udtryk i skønserklæringerne, hvor skønsmandene fokuserer meget på helhedsindtrykket¹²⁷ hos Myren og 501, i sidstnævnte tilfælde faktisk så meget, at de er afvisende overfor at fremhæve enkelte detaljer. I modsætning hertil, fremhæves flere enkelte detaljer hos #301 og FALCON. Disse forskelle behøver dog ikke nødvendigvis at betyde, at kendte designere har nemmere ved at skabe ophavsretsligt beskyttede værker, alene på grund af deres navn. Om ikke andet, har de opnået deres status på en måde, og ophavsretten sætter i det hele taget ikke krav om noget særlig særpræg, men blot at frembringelsen er intellektuel og kreativ, og giver ansøgeren en identitetsoplevelse.

Det må derfor endegyldigt sluttes, at en stol, som ved en helhedsvurdering, enten direkte eller som følge af vurdering af de enkelte egenskaber, opnår et kunstnerisk udtryk, og dermed er mere end blot en siddeplads, kan beskyttes som brugskunst.

6.2: Stolen som industrielt design

I gyldighedssager om design anvendes udtrykkene ” det registrerede design” og ”tidligere design” om henholdsvis det nye design, og det design, som konkret anvendes som grundlag for det nye designs manglende nyhedshøjde og/eller individuelle karakter. Disse udtryk vil også blive anvendt ved gennemgangen af dommene i denne afhandling.

¹²⁶ Schovsbo, Rosenmeier & Petersen: 2018, s. 91

¹²⁷ U.2002.1715.2 H s. 4, U 1960.483 Ø s. 4

6.2.1: Svanen og 7eren mod stadionsæderne

I 2003 blev formgivningen på to stadionsæder registreret som designs hos OHIM (CD No. 000151147-0002 (første billede nedenfor) og CD No. 000151147-0003 (andet billede nedenfor)):



Rettighederne til sæderne holdes nu af den tyske virksomhed EHEIM Möbel. I 2010 blev der af den østrigske virksomhed ELCON indleveret begæring om ugyldighed af begge designs. I begge sager anvendte ELCON Arne Jacobsens designerstole som anvisning til, at stadionsæderne ikke opfyldte kravene om nyhed og individuel karakter. Begge begæringer blev afvist.

Beslutningerne blev taget af OHIMs ugyldighedsafdeling d. 25. januar 2012. Det blev i begge tilfælde gjort gældende af den begærende, at designregistreringen ikke var i overensstemmelse med DSF art. 4-9.¹²⁸

6.2.1.1: ICD 8266 – 7eren og Stadium seat

Det fremgår af afgørelsen at det et ” well-known fact”, at den berømte 7er blev offentliggjort i 1955, og den ansås derfor for offentliggjort i overensstemmelse med DSF art 7 (1)¹²⁹

Nyhedsspørgsmålet blev afklaret ud fra, at stadionsædet, modsat 7eren, kunne foldes, og ikke havde nogen ben¹³⁰, hvorfor de to ikke kunne anses som identiske efter DSF art. 5

Angående spørgsmålet om individuel karakter, lagde ugyldighedsafdelingen ud med at tage stilling til, hvem den informerede bruger er. Det fremgår af afgørelsens pkt. 18, at den informerede af denne type varer måtte være en person, som hyppigt deltager i sportsevents eller lignende.

Som det fremgår af DSF art. 6 (2) skal der ved vurdering af helhedsindtrykket tages hensyn til, hvilken grad af frihed en designer har haft ved udvikling af designet. Det anføres i afgørelsen, at

¹²⁸ ICD 8266, pkt. 4 og ICD 8264, pkt. 3

¹²⁹ ICD 8266, pkt. 11

¹³⁰ ICD 8266, pkt. 14

vedrørende selve tilstedeværelsen af ryglæn og sæde, medfører de almindelige hensyn til komfort, at der her ikke er en særlig høj grad af kreativ frihed¹³¹. Der anføres dog efterfølgende: “However, as far as the *form of the backrest or the shape of the seating* are concerned, the designer can exercise freely his right to creativity. (Kursivering fortaget her)¹³² ”. Ud fra disse betragtninger, sammenfattes i punkt 21, at de to design adskiller sig væsentligt ved deres linjer og geometriske form, og at det eneste element de to designs reelt har til fælles, er formen på ryglænet. De fremhæves, at 7eren giver helhedsindtrykket af en moderne stol til spisestuen, hvorimod stadium Seat gav et mindre komfortabelt indtryk af hvad det nu engang var – et stadionsæde, som kan foldes.

Stadionsædet fandtes derfor at adskille sig tilstrækkelig fra 7eren, til at have både nyhedsvirkning og individuel karakter.

6.2.1.2: ICD 8264 – Svanen og Stadium seat

Ligesom i den anden afgørelse lagde udvalget til grund, at Svanen var offentliggjort i overensstemmelse med DSF art. 7 (her dog i 1958) uden at kræve bevis for dette.

Det blev konkluderet i punkt 13, at nyhedskravet for det nye design var opfyldt. Modsat den anden sag, noteres der her *kun* to forskelle mellem de to designs, nemlig formen af armlænene samt dybden af de adskillende riller imellem armlæn og ryglæn¹³³. Dette er dog nok til at give stadionsædet et andet udtryk, således at dette ikke ansås for at være identisk med Svanen, hvorfor det nye design opfylder nyhedskriteriet i DSF art. 5.

Ved vurderingen af individuel karakter lægges til grund, at den informerede bruger er “*familiar with the basic features of the products to which the contested RCD relates, namely chairs*”¹³⁴.

I udvalgets stillingtagen til spørgsmålet om individuel karakter, henvises først til at de to stole adskiller sig betydeligt af de årsager, som blev fremhævet angående nyhedskravet. Endvidere bemærkes det, at det gamle design, Svanen, “*is looking like a comfortable easy chair*”¹³⁵ hvorimod

¹³¹ ICD 8266, pkt. 19

¹³² ICD 8266, pkt. 20

¹³³ ICD 8264, pkt. 12

¹³⁴ ICD 8264, pkt. 15

¹³⁵ ICD 8264, pkt. 16

det nye design "gives the more rigid, less comfortable impression of a stadium chair." ¹³⁶ Der henvises altså til, at de to stole helt overordnet giver forskellige helhedsindtryk, hvorfor Svanen ikke er en hindring for det nye designs opfyldelse af kravet om individuel karakter efter DSF art. 6.

6.2.1.3: Sammenfatning af stadionsæde-sagerne

I begge tilfælde lægges der vægt på, at de gamle designs ikke giver det samme helhedsindtryk som de nye stadionstole. Stadionstolene beskrives begge som "*rigid, less comfortable impression of a [foldable] stadium chair*", hvorimod helhedsindtrykkene af 7eren er, at det er en "*modern living room chair*", og svanen er en "*comfortable easy chair*". I begge sager anføres at dette skal vurderes af den informerede bruger, og det anføres også, at denne ikke fortager vurderingen ved blot et kig, men "*actually undertakes an analysis of the individual features and an evaluation of the contribution of each feature to the overall impression.*" ¹³⁷ Helhedsindtrykket skal derfor vurderes ud fra det indtryk, som vil følge af en nærmere undersøgelse, og ikke blot brugerens *umiddelbare indtryk*.

De to afgørelser adskiller sig ved, at der i den første afgørelse findes betydeligt flere forskelle mellem det registrerede design og det tidligere design, end tilfældet er i den anden afgørelse. Der blev ved vurderingen af helhedsindtrykket af ICD 8266 lagt til grund, at de tidligere design adskiller sig meget betydeligt fra 7eren, og det kun er selve formen på ryglænet der er fælles for begge udformninger, hvorfor resultatet måtte være åbenbart. I ICD 8264 er derimod kun fremhævet to enkelte forskelle, nemlig formen på armlænene og dybden af rillerne imellem sæde og armlæn. Dette var dog nok til at skabe et andet helhedsindtryk.

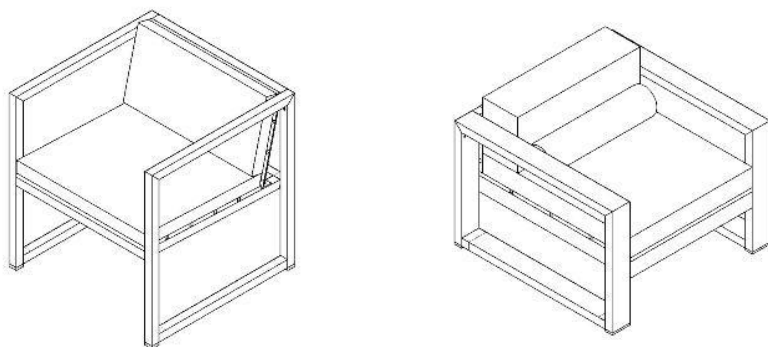
Ud fra sagens forskelle kan udledes, at det ikke i sig selv kan siges at være et krav, at et nyt design adskiller sig fra tidligere design på flere punkter. Det er som udgangspunkt tilstrækkeligt med blot enkelte afvigelser, så længe disse afvigelser er tilstrækkelige til at give den informerede bruger et andet helhedsindtryk. Det må dog sluttelig noteres, at disse afgørelse ikke har været appelleret, og præjudikatsværdien derfor er forholdsvis svag i forhold til en afgørelse, afsagt af en højere appelinstans.

¹³⁶ ICD 8264, pkt. 16

¹³⁷ ICD 8266, pkt. 18 og ICD 8264 pkt. 16.

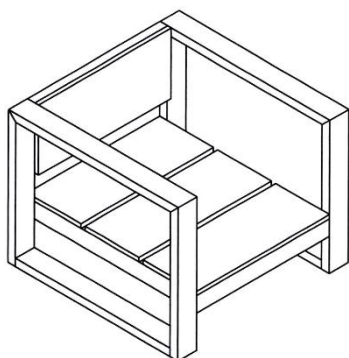
6.2.2: Sachi-lænestolene

Den portugisiske virksomhed Sachi Premium-outdoor Furniture registrerede i 2009 to kubiske udendørs lænestole som EU-designs hos OHIM (CD Nr. 1512633-0001, herefter kaldt Armchair 1 &



CD nr. 1512633-0003, Herefter kaldt Armchair 2):

I 2011 rettede den spanske virksomhed Gandia Blasco indsigelse mod begge designregistreringer med påstand om ophævelse, og angav et tidligere registreret design (52113-0001) af en kubisk lænestol som grundlag for ugyldighed:



Da designet var tidligere registreret, er dette også anset for offentliggjort i overensstemmelse med DSF art. 7(1). I begge sager blev afgørelserne appelleret to gange, således at der var en sag for ugyldighedsafdelingen, en sag for Board of Appeal og en sag for EU-domstolen i 1. instans.

I begge sager gjorde den begærende part gældende, at de registrerede designs konfiguration er identisk med det tidligere design, idet de deler en tilsvarende firkantet basisform og har samme højde, hvilket resulterer i, at de giver samme helhedsindtryk.¹³⁸

¹³⁸ ICD 7145 og ICD 7147, pkt. 5

6.2.2.1: T-339/12 - Sachi Armchair 1

Det anføres af ugyldighedsafdelingen, at de to designs overordnet har tre ting til fælles: de firkantede rammer, de flade sæder og at armlænene er samme niveau som ryglænene.¹³⁹ De to stole adskiller sig derimod fra hinanden på en længere række punkter, blandt andet har det registrerede design en kvadratisk ramme, hvor rammen på det tidligere design er rektangulær, og at sædet i det registrerede design er i et stykke, som i øvrigt sidder sammen med ryglænet, hvor det tidligere design har tre brædder som sæde, og et enkelt, separat bræt som ryglæn.¹⁴⁰ Ud fra disse betragtninger konkluderer ugyldighedsafdelingen, at det tidligere design ikke er en hindring for, at det nye design er en nyhed efter DSF art. 5(1), da afvigelserne mellem de to designs ikke udelukkende er uvæsentlige.¹⁴¹

Til spørgsmålet om individuel karakter angives det, at den informerede bruger *"is aware that the degree of freedom of a designer of armchairs is almost unlimited"* og henviser til, at de eneste obligatoriske elementer i en lænestol er sædet, ryglænet og to armlæn.¹⁴² Det konkluderes, at de to helhedsindtryk er forskellige, da det registrerede design grundet sit kvadratiske udtryk med sædet lige i midten fremstår meget symmetrisk, hvor den tidligere design med sin rektangulære, tykkere ramme og lavere sæde har et mere *"imaginative, playful, less simplistic look"*.¹⁴³ Ugyldighedsafdelingen afviste derfor anmodningen.

Ved BoA blev der af de to parter anført yderligere argumenter for, at det registrerede design manglede individuel karakter. BoA tiltrådte i det store begrundelsen angivet af ugyldighedsudvalget, og afviste derfor appellen. I konklusionen fremhæves, at særligt forskellen mellem rammerne (hhv. kvadratisk og rektangulær) og måden, hvorpå sæderne er placeret forskelligt og ryglænene er vinklet forskelligt, gør, at *"the observant user"* ikke vil kunne undgå at se forskel på de to.¹⁴⁴

Sagen blev appelleret og kom for retten i 2014.

Retten tiltræder ugyldighedsudvalget og BoA's vurdering af, at en designer af en lænestol har 'næsten uendelige' muligheder for at give stolen individuel karakter jf. præmis 19, hvilket skal

¹³⁹ ICD 7145 pkt. 11

¹⁴⁰ ICD 7145 pkt. 12

¹⁴¹ ICD 7145 pkt. 13

¹⁴² ICD 7145 pkt. 15

¹⁴³ ICD 7145 pkt. 16

¹⁴⁴ R 970/2011-3, præmis 28

tillægges betydning i vurderingen af de to designs helhedsindtryk jf. DSF art. 6 (2). Retten angiver i præmis 18:

Therefore, if the designer enjoys a high degree of freedom in developing a design, that reinforces the conclusion that designs that do not have significant differences produce the same overall impression on an informed user.

Retten slår her fast, at der må kræves en forholdsvis betydelig forskel mellem de to designs, hvis det registrerede design skal anses for at have individuel karakter.

Retten foretog herefter en grundig gennemgang af de elementer, som adskilte de to designs. I denne gennemgang fremhævede retten fem forskelle, som måtte tillægs afgørende betydning i helhedsvurdering.

For det første fremhæves de dimensionale forskelle på de to stole. Det registrerede design er kvadratisk, hvor det tidligere design er rektangulært, og stolesædet er placeret betydeligt lavere i det tidligere design jf. præmis 27. Dette har især betydning i forhold til den informerede brugers opfattelse af stolen som helhed, *fordi* han vil bemærke, at han vil sidde forskelligt på de to stole grundet højdeforskellen jf. præmis 26.

For det andet, har appellanten argumenteret for, at stolene deler en fælles struktur i forhold til måden, hvorpå sædet er fastsat på stoleryggen. Dette afviser retten med henvisning til det hul, der findes mellem sæde og stoleryg i det tidligere design jf. præmis 28.

For det tredje fremhæves forskellen på sædernes vinkler. Det registrerede design har et sæde og et ryglæn, som hælder mildt, hvorimod sædet og ryglænet på det tidligere design følger rammen vinkelret jf. præmis 29.

For det fjerde fremhæves, at de to sæder er af forskellige elementer. Det registrerede design har et sæde, som går ud i ét, hvor det tidligere design har et sæde, som består af tre elementer, jf. præmis 31. Appellanten har argumenteret for, at det fra siden netop kan ses, at sædet på det registrerede design faktisk består af fem elementer, hvor en hynde er placeret ovenpå. Retten angiver, at dette element er uden for brugerens synsfelt, hvorfor det ikke bør tillægges betydning ved helhedsvurderingen jf. præmis 32.

For det femte bemærkes, at armlænene har forskellige tykkelser, hvilket resulterer i, at det tidligere design må anses som mere robust jf. præmis 35.

Ud fra disse betragtninger tiltrådte retten BoA's afgørelse om at der grundet den betydelige mængde af så markante forskelle, gives to forskellige helhedsindtryk efter opfattelsen af den informerede bruger, og det registrerede design derfor har individuel karakter efter DSF art. 6, jf. præmis 37. Appellen blev derfor afvist.

6.2.2.2: T-357/12 - *Sachi Armchair 2*

OHIMs ugyldighedsafdeling afviste begæringen om ugyldighed, udelukkende med henvisning til at det registrerede designs tre hynder (sædehynden, ryglænschynden og den cylinderformede hynde imellem de to) medvirkede til en ikke ubetydelig forskel efter DSF art. 5¹⁴⁵, og en tilstrækkelig påvirkning af helhedsindtrykket til at det tidligere design ikke udgjorde en relativ registreringshindring efter DSF art. 6.¹⁴⁶ Ugyldighedsafdelingen tilkendegav, at resultatet måske ikke ville have været det samme uden hynderne, men at vurderingen skal foretages ud fra det registrerede design, hvor den grafiske gengivelse altså indeholdt puderne.¹⁴⁷

Denne beslutning blev omgjort af BoA i appelsagen (R 969/2011-3). BoA fandt, at forskellene på de to designs overordnet var ret beskedne,¹⁴⁸ og det afgørende element, tilsvarende ugyldighedsafdelingens opfattelse, måtte være de tre hynder¹⁴⁹. BoA kunne dog ikke tiltræde ugyldighedsafdelingens ræsonnement. For det første var der så meget kreativ frihed på området for lænestole, at BoA erkendte, at de to designs måtte anses for at ligge meget tæt op ad hinanden.¹⁵⁰ For det andet var opfattelsen, at hynderne var et løst element, som ikke ville påvirke helhedsindtrykket for en informeret bruger betydeligt¹⁵¹, og at en informeret bruger måske endda ville anse hynderne som tilbehør, fremfor for en del af designets helhed.¹⁵² De tre hynder blev derfor ikke tillagt så meget betydning, at det påvirkede helhedsindtrykket, hvorfor det registrerede design ikke kun anses for at have individuel karakter.

Sagen kom for retten i 2014.

¹⁴⁵ ICD 7147, pkt. 12 & 13

¹⁴⁶ ICD 7147, pkt. 16

¹⁴⁷ ICD 7147, pkt. 16

¹⁴⁸ R 969/2011-3, præmis 30

¹⁴⁹ R 969/2011-3, præmis 31

¹⁵⁰ R 969/2011-3, præmis 29

¹⁵¹ R 969/2011-3, præmis 34

¹⁵² R 969/2011-3, præmis 35

Retten lagde ud med at forholde sig til spørgsmålet om designerens frihed efter DSF art. 6 (2). Det fremgår, som også var tilfældet ved den anden Armchair-sag, at en designer af lænestole har næsten uendelige muligheder, når det kommer til at udforme et design, og designeren kun er begrænset af funktionalitetskravene, som er at der skal være et sæde, et ryglæn og to armlæn, jf. præmis 21. Appellanten argumenterede for, at designerens frihed også var begrænset af den trend, som stolens design var opbygget efter, jf. præmis 8 og 22. Retten afviste dette med henvisning til, at det udelukkende er funktionelle egenskaber, som kan indskrænke en designers frihed, hvorimod "*[...] a general design trend cannot be regarded as a factor that restricts the designer's freedom*" jf. præmis 23.

Appellanten havde endvidere argumenteret for, at da både ugyldighedsafdelingen og BoA havde fastslået, at de to designs ikke var identiske efter bestemmelsen i DSF art. 5 (2), og designet derfor opfyldte nyhedskravet, burde de to designs også være tilstrækkelige forskellige til at opfylde kravet om individuel karakter i DSF art. 6, jf. præmis 27. Retten afviste dette med henvisning til, at art. 5(2) omhandler identitet, hvor art. 6 omhandler helhedsindtrykket, jf. præmis 28. De to vurderinger er derfor ganske forskellige, og retten tilkendegiver, at blot fordi de to designs ikke er identiske på alt andet end uvæsentlige punkter, kan de godt give en informeret bruger det samme helhedsindtryk, jf. præmis 29.

Retten gav BoA medhold i, at puderne af en informeret bruger ikke ville anses som en fast del af designet, og at denne derfor ville opfatte puderne som tilbehør, som kan erstattes. Retten tillagde i stedet selve strukturen af stolen væsentligt mere betydning i sin vurdering af helhedsindtrykket jf. præmis 38.

Angående helhedsindtrykket bemærker retten, at de to designs har den næsten samme afstand mellem sæde og armlæn, jf. præmis 45, og at selve armlænene og ryglænene på begge designs er lige høje, jf. præmis 46. Det kan ikke i den forbindelse tillægges betydning, at hynderne skubber sædet op, og rejser sig over ryglænet, da der som tidligere nævnt ikke kan tillægges dem så stor en betydning i forbindelse med helhedsindtrykket.

Ud fra disse betragtninger afviser retten Sachis appel, og designet forbliver ugyldigt, begrundet med henvisning til manglende individuel karakter efter DSF art. 25 (1) (b)

6.2.2.3: Sammenfatning af Sachi-sagerne

Det fastslås i de to sager, at der findes en meget høj grad af frihed på området for lænestole, og den informerede bruger derfor vil have nemmere ved at få det samme helhedsindtryk som følge af fælles træk end han ville ved varetyper, hvor der ikke er nær så meget kreativ frihed.

I begge sager lægges der vægt på dimensionerne af stolene. I sag T-339/12 (Armchair 1) er forskellen på rammerne og sædets placering sågar det første som fremhæves, selvom der dog i dommen er anført mange andre, både større og mindre, forskelle mellem det registrerede og det tidligere design. I T-357/12 (Armchair 2) er dimensionerne overordnet ens: rammerne er begge rektangulære, på den måde at de er bredere end de er høje, og sædet er placeret længere nede.

Den afgørende forskel på de to sager er det helhedsindtryk, der skabes af stolene. Armchair 1 er højere og mere symetrisk, hvor både Armchair 2 og det tidligere design er lavere, mere afslappende, og også vil påvirke, at brugeren kommer til at sidde længere nede mod jorden.¹⁵³ Helhedsindtrykket fra Armchair 1 er derfor også så anderledes fra de to andre, at der ikke har været uenighed om sagens udfald i nogle af de tre instanser, hvor Armchair 2 udelukkende skaber en adskillelse ved hjælp af sine hynder, som BoA og retten nægtede at tillægge den betydning, som var afgørende for at anerkende individuel karakter.

6.2.3: Delkonklusion

Det fremgår for det første af ovenstående sager, at nyhedskravet ikke er et særligt strengt krav. Selvom både BoA og retten anser Sachi Armchair 2 for at mangle individuel karakter, anses den ikke for at være identisk med det tidligere design. Der må derfor skulle være tale om meget nærgående designs, før der kan være tale om hindringer i forhold til nyhedskravet. Som det også fremgår af Sachi Armchair 2, er der forskel på nyhedskravet og kravet om individuel karakter, med den forklaring, at der er forskel på identitet og helhedsindtryk.

I alle tilfælde bliver sagerne derfor også afgjort på det helhedsindtryk, som stolene giver. Her er det vigtigt at bemærke, at stolenes *anvendelsesformål* vægtes tungt, jf. stadionsæde-sagerne. På samme måde anføres det også i Sachi Armchair 1, at stolens højde gør, at man vil sidde anderledes på den end man ville på det tidligere design.

¹⁵³ T-339/12, præmis 26

Det anføres i Sachi-sagerne, at lænestole anses for at have utallige muligheder for designudtryk, og vurderingen derfor skal være strengere. Denne skærpelse af vurderingen af helhedsindtrykket er dog ikke til hinder for, at Sachi Armchair 1 havde individuel karakter, og det må derfor antages, at sammenfaldet af de to designs stadig skal være ret nærgående, før et tidligere design kan fungere som en hindring. Det må dog bemærkes, at det afgørende element i vurderingen kan være én enkelt detalje, og det kan blive afgørende, præcis hvor meget vægt der tillægges denne, jf. Sachi Armchair 2, præmis 38.

Det må derfor endeligt sluttet, at kravene til designbeskyttelse af stole som udgangspunkt heller ikke er særlig strenge, og der skal være tale om relativt store sammenfald, før to helhedsindtryk anses for at være ens, og endnu større, før to designs må anses for at være identiske.

6.3: Stolen som sit eget varemærke

Området for 3D-varemærkeret for stole i EU-sammenhæng er ganske overskueligt. Foruden afgørelserne anvendt i dette speciale, findes: Ansøgning nr. 1334044, 1332592, 11334549 og 162408997 (Børge Mogensens "Den Spanske Stol, som dog er appelleret til BoA) samt BoAs afgørelser 1161/2006-4, 1162/2006-4, 1163/2006-4, R 67/2015 og R 1426/2005-1 (Tripp Trapp, som dog er registreret som et internationalt varemærke efter Madrid-protokollen (MP767786),)). Samtlige af disse afgørelse endte med afslag.

6.3.1: CTM 004591608 – Arne Jacobsens Ægget

Fritz Hansen indgav i 2005 en ansøgning om registrering af den verdenskendte lænestol Ægget som et tredimensionelt varemærke. Ansøgning blev accepteret, og varemærket blev registreret i november 2006 som CTM 004591608. Registreringen er sidenhen ikke blevet anfægtet, hvorfor ægget er en af de (meget få) stole, som har status af et tredimensionalt EU-varermærke. Under ansøgningsprocessen blev der fra OHIMs side ikke anmodet om nogen dokumentation for indarbejdelse, hvorfor det må være åbenbart, at Ægget ansås for at have tilstrækkeligt oprindeligt særpræg til at det kunne opnå 3D-varermærket.

OHIM, nu EUIPO, har siden 2006 sat betydeligt strengere krav til hvornår særpræg for et 3D-mærke anses for bevist. Det kan derfor være tvivlsomt, om Æggets varemærkeret vil holde, såfremt den

blev anfægtet.¹⁵⁴ Uanset hvad, kan det ikke med sikkerhed fastslås, hvad der ligger til grund for varemærkeretten, da der ikke har været nogen offentlig prøvelse.

6.3.2: Ansøgning 006151229 – Corona-stolen

I 2007 ansøgte Erik Jørgensen Møbelfabrik om registrering af deres Corona-stol som et tredimensionelt EU-varemærke. OHIM rejste indvending mod dette, og henviste til, at mærket manglede fornødent særpræg efter VMF art. 7 (1) (b).

Ansøgeren fremsatte som argument, at Corona-stolen var en *"højt profileret designerstol, som sælges i eksklusive møbelforretninger til en stykpris ikke under 22.000 kr"*. OHIM afviser dette synspunkt med henvisning til, at prisfastsættelse og valg af sælgere udelukkende er et markedsføringskoncept, og dette kan ikke tillægges betydning efter praksis,¹⁵⁵ da det er en ekstern faktor uden decideret påvirkning af mærkets særpræg.

Ansøger argumenterede endvidere for, at Corona-stolens udformning adskiller sig væsentligt fra normen for stole. OHIM anførte hertil for det første, at stole kan udformes på rigtig mange forskellige måder: *"stole fås med 1 ben, 3 ben og derover, med høj og lav ryg, med og uden armlæn, med og uden fodstøtte, i alle farver, i alle former for materialer"*¹⁵⁶, og der derfor ikke umiddelbart kan udledes nogen specifik "norm", og for det andet, at der er så stor diversitet blandt stole, at Corona-stolen ikke adskiller sig tilstrækkeligt fra andre stole til at have særpræg.

OHIM afvisiste også et argument om, at Corona-stolen skal registreres som følge af, at den bærer lige så meget særpræg som et tidligere registreret 3D-mærke, nemlig Ægget. Det angives her, at registrering af EU-varemærker skal ske udelukkende i overensstemmelse med den gældende varemærkeforordning og fortolkning heraf af EU-retsinstanser, og ikke i efter tidligere OHIM praksis.¹⁵⁷

Til sidst argumenterede ansøger for, at stolen havde indarbejdet særpræg efter daværende VMF art. 7 (3). Hertil anfører OHIM først rent generelt, at særpræg kan opnås ved indarbejdelse, når det godtgøres, at mindst en *"betydelig andel af den relevante kundekreds identificerer varen som*

¹⁵⁴ Bøggild & Staunstrup: 2015, s. 189

¹⁵⁵ T-324/01 og T-110/02 (Axions & Belce), præmis 36

¹⁵⁶ OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 3

¹⁵⁷ C-37/03P (BioID), præmis 47

*hidhørende fra en bestemt virksomhed*¹⁵⁸, og at dette særpræg skal påvises i den del af den europæiske union, hvor mærket manglede fornødent særpræg før indarbejdelse¹⁵⁹.

Det lykkedes ikke ansøger at godtgøre denne indarbejdelse, da beviserne herfor bestod af nogle artikler og reklamer, som var dateret efter ansøgningstidspunktet, samt en udtalelse fra en anerkendt kunstprofessor, som beskrev Corona-stolen som "*an original living landmark of Danish design*"¹⁶⁰, som OHIM afviste, da det ikke er en fagmands opfattelse, men gennemsnitsforbrugerens, som skal ligges til grund for særprægsvurderingen.

Corona-stolen havde derfor ikke fornødent særpræg, og ansøgningen blev afslået.

6.3.3: Arne Jacobsens klassikere – Myren, 7eren og Svanen.

Fritz Hansen A/S forsøgte ved ansøgning i 2006 at få henholdsvis Myren, 7eren og Svanen registreret som tredimensionelle EU-varemærker hos OHIM. Alle tre ansøgninger blev afslået på grund af manglende særpræg efter VMF art. 7 (1) (b), og derefter appelleret. Appellinstansen sendte sagerne tilbage til OHIM til fornyet behandling, men der er intet sket siden da. Ansøgningerne om EU-varemærket blev indgivet og besvaret samtidig, og svarene fra både OHIM og BoA er identiske præmis for præmis for alle tre stole. Det vil derfor være hensigtsmæssigt at behandle alle tre samlet.

Appelsagerne har sagsnumrene R 1424/2007-1 (7eren), R 1425/2007-1 (svanen) og R 1426/2007-1 (Myren).

Fritz Hansen gjorde gældende, at stolene havde særpræg, "i hvert fald via indarbejdelse" og fremlagde en række beviser for denne indarbejdelse. Beviserne blev dog aldrig reelt taget op, da sagerne for så vidt angår dette spørgsmål blev tilbagesendt til videre behandling af OHIM (hvilket endnu ikke er taget op). BoA tog derfor kun konkret stilling til spørgsmålet om oprindeligt særpræg efter daværende VMF art. 7 (1) (b).

Den relevante køberkreds for designerstole er både medlemmer af offentligheden i almindelighed og købere inden for kontor og industri, jf. præmis 8. Det anføres, at grundet *varigheden* af de pågældende produkter (designerstole) må den gennemsnitlige forbruger "*forventes at vise en særlig*

¹⁵⁸ De forenede sager C-108/97 og C-109/97 (Chimsee), præmis 52

¹⁵⁹ T-396/02 (Storck), præmis 56

¹⁶⁰ OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 6,

agtpågivenhed ved indkøb af varen” og denne kun køber varen *”efter en omhyggelig undersøgelse”* jf. præmis 11. Denne vurdering blev også anvendt i ovenstående sag, *Corona-stolen*¹⁶¹.

Det fremgår af præmis 18, at en forbruger i almindelighed opfatter en stol som et dekorativt element, og fokuserer derfor på egenskaber som design og komfort, og vil ikke være vant til at opfatte stolen som en oprindelsesbetegnelse. Derfor er BoA af den opfattelse, at *”selv en særligt agtpågivende forbruger ikke på ansøgningstidspunktet vil individualisere de pågældende varer og adskille dem fra varer af en anden handelsmæssig oprindelse uden forudgående viden”* jf. præmis 19.

Til sidst anfører BoA, de ikke er i stand til at følge ansøgers argumentation vedrørende stolens adskillelsesevne. BoA tilkendegiver, at der ikke er henvist til andet end ansøgers egen opfattelse, og ikke noget konkret, hvorfor det ikke er åbenbart, *hvilken måde* den ansøgte stol skulle adskille sig markant fra andre stole, jf. præmis 24.

Siden da har Fritz Hansen A/S ansøgt om national 3D-varemærkeret til svanen (VA 2010 00155). Denne ansøgning blev afslået med samme grunde ovenstående kendelser.

6.3.4: Sammenfatning af praksis fra 00’erne

OHIM’s praksis i denne periode har været meget restriktiv. Det anføres i alle de anvendte sager, at en forbruger ikke i almindelighed vil kunne anse en stol som et oprindelsesangivelse, og at det må kunne kræves at stolen adskiller væsentlig fra andre stole, før den kan have tilstrækkelig særpræg til at fungere som et varemærke.

Som nævnt kan der, grundet den manglende offentlige prøvelse, ikke fastslås om OHIM har været af den opfattelse, at Ægget var i stand til at fortage denne adskillelse, og at en forbruger i almindelighed anser Ægget som et mærke. At Ægget har tilstrækkeligt særpræg, er ikke i sig selv utænkeligt, da det er et af de mest kendte møbler i verden. I kontrast hertil fremgår det af *Corona*, at denne stol beskrives som *”An original living landmark of Danish Design”*¹⁶² og i sagerne om både Myren, Svanen og 7eren, fremlægges utalligt dokumentationsmateriale vedrørende deres internationale anerkendelse. Det kan derfor være svært at se præcis, hvad der er afgørende for at

¹⁶¹ OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 4

¹⁶² OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 6

Ægget kan fungere som et tredimensionelt EU-varemærke, og disse andre 4 stole ikke kan.¹⁶³ Denne opfattelse har øjensynligt også været delt af ansøgerne i både *Corona*¹⁶⁴, *Myren*, *Svanen* og *7eren*¹⁶⁵, da der i alle ansøgningerne er argumenteret for, at de konkrete stole har samme særprægsværdi som Ægget, og derfor bør registreres.

6.3.5 R 486/2010-2 - Eames Alu-Chair

Den schweiziske virksomhed Vitra Collections ansøgte i 2001 om EU-varemærkeregistriering af Eames Alu Chair som et 3d-mærke (ansøgningsnummer 002298420). Ansøgningen blev afslået i 2003 med henvisning til, at mærket ikke havde fornødent særpræg efter VMF art. 7 (1) (b) da designet var "banalt", men ansøger gjorde gældende, at mærket havde særpræg som følge af indarbejdelse, og derfor skulle registreres efter VMF art. 7 (3).

Dette møntede ud i en meget langvarig dokumentationsproces, hvor ansøger indsendte intet mindre end 11 stk. flere hundrede siders rapporter, indeholdende dokumentation for alt fra markedsføring, reklamer og omsætning til markedsundersøgelser og udstillinger på diverse museer¹⁶⁶. I 2008 blev ansøgningen endegyldigt taget til følge, og registreringen blev gennemført.

Blot få måneder efter registreringen blev den begæret ugyldig af den italienske virksomhed High Tech S.R.L. Begæringen var støttet på, at registreringen af varemærket var i strid med den absolutte registreringshindring i VMF art. 7 (1) (e) (iii) om væsentlig værdi. Annulleringsafdelingen afviste klagen, og sagen blev appelleret til BoA.

For BoA gjorde appellant bl.a. gældende, at Alu-Chair var ophavsretsligt beskyttet, og kunne derfor ikke samtidig registreres som et varemærke, jf. præmis 6. BoA angiver, at reglen i artikel 7 (1) (e) (iii) ganske rigtigt har til formål at forhindre, at varemærkeretten permanent monopoliserer en formgivning, som burde være underlagt tidsbegrænset beskyttelse efter reglerne i ophavs- eller designretten jf. præmis 15, men at reglen, eller nogen andre regler for den sags skyld, ikke er til hinder for kumulativ beskyttelse jf. præmis 17.

¹⁶³ Bøggild & Staunstrup, 2015, s. 189

¹⁶⁴ OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 1

¹⁶⁵ R 1424/2007-1, R 1425/2007-1, og R 1426/2007-1, præmis 6

¹⁶⁶ <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002298420>

Indarbejdelse af særpræg kan ikke påvirke de absolutte registreringshindringer i VMF art. 7 (1) (e), jf. præmis 18, hvorfor det ikke var relevant for spørgsmålet om væsentlig værdi, at varemærkeholder havde dokumenteret særpræg tidligere.

BoA anfører, at det er deres opfattelse, at en forbruger generelt vælger stolen grundet den præstigemæssige gevinst i at eje en "*Eames design Chair*" i modsætning til stolens artistiske fremtoning, jf. præmis 19. Annulleringsafdelingen havde angivet i sagen i den tidligere instans, at det også til en hvis grad ville være selvmodsigende at erklære registreringen ugyldig på grund af stolens æstetiske værdi, eftersom registrering i første omgang blev nægtet da stolens udseende var for "banalt".¹⁶⁷ Det ville være selvmodsigende, at noget, som først ansås for banalt, nu anses for at have så værdifuld en fremtoning, at det falder helt uden for varemærkerettens område. BoA anerkendte denne tilgang, og anførte endvidere, at netop markedsføringstiltagene, som var lavet omkring stolen, var den afgørende faktor for, at en stol med et banalt design kunne anses for at have oprindelsesvirkning og særpræg, jf. præmis 19.

I varemærkesagerne om Corona-stolen¹⁶⁸ og Arne Jacobsens klassikere¹⁶⁹ blev det angivet af ansøgerne, at stolene er "high-end", "højtprofileret" og "upper-end" produkter, med henvisning til stolenes eksklusivitet. I ingen af de fire tilfælde tillagdes dette betydning, da dette blot er et forretningskoncept som belyser hvordan, og til hvilken pris, stolene markedsføres. I nærværende sag angives, at Eames Alu Chair fungerer som et "status-symbol" da forbrugeren gerne betaler op til 1300 euro for at købe den, selvom stolen ikke adskiller sig så meget fra det øvrige marked på udseendet, jf. præmis 21. Her ses en tydelig forskel i argumentationen, da der i stedet for at være fokus på, om forbrugeren betaler mange penge for stolen, fokuseres på *hvorfor* forbrugeren betaler mange penge for stolen.

Hvorvidt en formgivning har en væsentlig værdi efter VMF art 7 (1) (e) (iii), må vurderes ud fra ansøgningstidspunktet. BoA angiver, at stolens design nok havde givet den væsentlig værdi, da stolen kom frem som en nyhed i 1958, men stolens værdi på ansøgningstidspunktet primært må anses for at komme fra anerkendelsen og berømmelsen af stolens designere, og ikke mindst det

¹⁶⁷ 3027 C, pkt. 27

¹⁶⁸ OHIMs afgørelse af 21/05/2008 vedr. ansøgning 006151229, s. 1

¹⁶⁹ R 1424/2007-1, R 1425/2007-1, og R 1426/2007-1, præmis 6

store markedsføringsarbejde som er udført jf. præmis 20. Ud fra denne opfattelse må det udledes, at udtrykket "væsentlig værdi" skal forstås dynamisk på den måde, at det må afhænge af den almindelige trend, hvad der kan anses for at have et væsentlig æstetisk udtryk.

Til sidst afgør BoA det bevismæssige spørgsmål. Det afvises, at appellanten er fremkommet med tilstrækkelige beviser for, at stolen primært sælges grundet formgivningens væsentlige værdi, da det eksempelvis ikke er dokumenteret, at hverken varemærkeindehaveren eller sælgere af stolen markedsfører produktet hovedsageligt på dets udseende, jf. præmis 22.

BoA afviste derfor appellen.

Sagen blev appelleret til retten, men denne appel blev tilbagetrukket grundet et forlig jf. T-161/11, præmis 1-3, og sagen er nu endeligt afsluttet, hvorfor Eames Alu-Chair blev den første stol til at tilslutte sig Ægget som en EU-varemærkebeskyttet stol.

6.3.6: R 664/2011-5 Eames Lounge-Chair

I 1996 ansøgte Vitra Collections om EU-varemærket til udformningen af en anden kendt stol designet af Eames-parret. OHIM rejste indvending i 1998 grundet manglende særpræg efter VMF art. 7 (1) (b), og OHIM fastholdt denne beslutning efter protest fra ansøger, og inviterede denne til at anvende art. 7 (3) i stedet. Ansøger begyndte en tilsvarende dokumentationsproces som var tilfældet for Alu-chair, og fik endeligt registreret varemærket i 2008.

Registreringen blev anfægtet af den italienske møbelproducent Consorzio Origini i 2009, som påstod ugyldighed med henvisning til VMF art. 7 (1) (e) (iii). Det anføres som argument herfor, at ansøger selv har anvendt stolens design i selve ansøgningsprocessen, da stolens udseende flere gange var blevet fremhævet som stolens primære egenskab¹⁷⁰.

Begæringen afvises af annulleringsafdelingen, da det hverken fandtes bevist eller sandsynliggjort, at stolens værdi udelukkende eller primært ligger i udformningen.¹⁷¹ Sagen blev anket til BoA, hvor den blev behandlet i 2015.

Siden annulleringssagen var der blevet afsagt dom i C-205/13 (*Hauck*), hvilket påvirkede fortolkningen af VMF art. 7 (e) (iii). Det blev det fastslået, at andre kvaliteter end æstetiske, så som

¹⁷⁰ 3525 C, pkt. 5

¹⁷¹ 3525 C, pkt. 33

sikkerhed, komfort og kvalitet, også skal tillægges betydning i vurderingen af registreringshindringen¹⁷². *Hauck-sagen* drejede sig i øvrigt om fortolkning af VMD, og ikke VMF, men, som det også fremgår af præmis 14 i *Eames Lounge-Chair*, er bestemmelserne om væsentlig værdi identiske i de to lovgivninger, og vil desuden skulle fortolkes ens gennem analogi, da begge regelsæt søger at opnå det samme mål.

Med afsæt i R 497/2005-1 (B&O), præmis 28, fastslår BoA at det er afgørende at fokusere på formgivningen i sin funktion som en formgivning, og ikke som sin funktion som et varemærke, jf. præmis 21. Markedsføring af produktet kan ikke, som sådant, tillægges betydning efter bestemmelsen om væsentlig værdi, men den kan fungere som bevis for, at produktet primært er markedsført på sit udseende, jf. præmis 21.

BoA fortæller en meget grundig analytisk gennemgang af det dokumentationsmateriale, som ansøgeren anvendte til at påvise indarbejdet særpræg. Her henvises bl.a. artikler og museumsudstillinger, men også til udtalelser fra professor ETHZ Arthur Roegg, som bl.a. udtaler *"the lounge chair is like sculpture [...] which can be appraised as being original and artistic and which clearly distinguishes itself from the previous style orientations"*. Endvidere udtales om stolens form, at den: *"goes far beyond the technical or easthetic parameters"* jf. Præmis 33. Ansøgerens egne argumenter i forbindelse med ansøgningsprocessen anvendtes også. I et brev havde ansøgeren anført, at denne har *"exclusively communicated the artistic and aesthetic value of the "Lounge Chair" in Europe from 1959 to date"* jf. præmis 36. Med andre ord, har stolens kunstneriske udformning været så værdifuld, at den har fungeret som flagskibet i stolens markedsføring i hele dens levetid.

Ud fra bevisførelsen fastslår BoA, at Eames Lounge-Chair helt bestemt er blevet markedsført på sit udseende, jf. præmis 37, og erklærer sig derfor dybt uenig med resultatet af annulleringsafdelingens bevisvurdering. BoA tager derfor appellen til følge, og annullerer varemærket. Denne beslutning bliver anket (sag 355/15), men før sagen kommer for retten indgås et forlig, hvilket resulterede i, at annulationssagen som helhed blev frafaldt, og annulleringen derfor også blev betydningsløs. Eames Lounge-Chair er derfor nu registreret som et EU-varemærke.

¹⁷² C-205/13 (Hauck) præmis 29

Grunden til, at registreringen af Lounge-chair (teoretisk) blev underkendt, og Alu-chair ikke gjorde, kan være svært at udpege helt konkret. Der er dog flere faktorer, som utvivlsomt har spillet ind.

For det første, blev der i mellem de to sager afsagt dom i C-205/13 (*Hauck*), hvilket betydeligt har påvirket fortolkningen af VMF art. 7 (1) (e) (iii). Domstolen udvidede her området for "væsentlig værdi" til at omfatte mere end bare "æstetisk værdi". Det fremgår flere steder i bevisførelsen, at Lounge-chair også har været markedsført på kvaliteter som komfort, hvor dette ikke på samme måde har været tilfældet for alu-chair. I kraft af *Hauck* er der også sket en ændring af OHIM's almindelige praksis. BoA udtaler i sagen om Alu Chair: "*much less does the shape 'exclusively realize an easthetic function'*"¹⁷³ og henviser her til OHIMs retningslinjer, som nu, i overensstemmelse med *Hauck*, præmis 31, lyder: "

The fact that the shape performs, in addition to its aesthetic function, also other functions (e.g. functional functions) does not exclude the application of Article 7(1)(e)(iii) EUTMR.¹⁷⁴

Der er derfor lagt forskellige momenter til grund for de to afgørelser.

For det andet, adskiller de to afgørelser sig fra hinanden på det bevisspørgsmålet. Det lykkedes appellanten at bevise, at Lounge-Chair blev, og i meget lang tid var blevet, markedsført på sit ikoniske design.¹⁷⁵ Appellanten i *Alu-chair* formåede derimod ikke at godtgøre, at forbrugerne ved købet af Eames-stolen var drevet af noget begær til at eje et stykke 'kunst'¹⁷⁶ men nærmere et statussymbol¹⁷⁷. Det kan derfor udledes at, i hvert fald rent praktisk, vil det være meget afgørende hvad der fremgår af markedsføringsmaterialet, og om den part, som begærer annullering med henvisning til VMF art 7 (1) (3) (iii) er i stand til at anvende dette til sin fordel.

Tid sidst må det også fremhæves, at de to stole i sagens natur er forskellige. Hvor Alu-chair er en kontorstol, som ikke adskiller sig besynderligt fra andre kontorstole, og nok nærmere blot er en variant af disse,¹⁷⁸ er Lounge-Chair en lænestol, som har et ganske andet formål og en ganske anden fremtoning. Lounge-stolen er beskrevet som "klassisk" og "evigt ung"¹⁷⁹, og i litteraturen er det

¹⁷³ R 486/2010-2, præmis 22

¹⁷⁴ EUIPO guidelines for Community Trade Marks and designs, 2017, B.4.6, s. 9

¹⁷⁵ R 664/2011-5, præmis 41

¹⁷⁶ R 486/2010-2, præmis 22

¹⁷⁷ R 486/2010-2, præmis 21

¹⁷⁸ R 486/2010-2, præmis 22

¹⁷⁹ R 664/2011-5, præmis 36 & 48

også spekuleret i, om lige præcis den slags design må være hovedområdet for bestemmelsen i VMF art. 7 (1) (e) (iii)¹⁸⁰, og det må om noget følge af reglens formål, at der ikke gives permanent varemærkeskyttelse til noget, som er ”evigt ungt”.

6.3.7: Delkonklusion

Mulighederne for retserhvervelse af 3D-varemærkeret i EU meget begrænset for stole. Ægget, Eames-Alu og Eames Lounge er lige nu de eneste stole der nyder denne beskyttelse som EU-varemærker, dette på trods af, at utallige forsøg på dette ellers er fortaget, jf. ovenfor under 6.3.

Som udgangspunkt møder stolen den udfordring, at der findes et ekstremt bredt og varieret marked for stole, og der i kraft deraf findes rigtig mange forskellige udformninger, som kan udgøre en norm, jf. *Corona*, s. 3. Derfor er der meget høje krav til stolens særpræg, idet særpræg for 3D mærker foruden almindelig distinktivitet også forudsætter at formen *adskiller sig betydeligt fra normen i vareklassen*, jf. ovenfor, 4.4. Da normen dækker over et meget bredt område, er dette derfor næsten umuligt at overkomme uden indarbejdelse.

Foruden udfordringerne med særpræg efter VMF art. 7 (1) (b) lider stolene også, på den anden side af spektret, under den betingelse at de ikke må være *for* tiltalende, jf. VMF art. (7) (1) (e) (iii). Denne udfordring kan, jf. *Eames-Lounge*, resultere i at mange års arbejde med markedsføring og dokumentation af indarbejdelse går tabt, såfremt markedsføringen har fokuseret på stolens tiltalende udseende og i kraft deraf, udseendets (eller andre egenskabers) tilførte værdi.

Endeligt må det slutes, at stolen møder meget store udfordringer i forhold til registrering som et EU-mærke. Disse udfordringer er dog mindre omfattende på nationalt niveau, da indarbejdelsesprocessen her kan være meget nemmere at dokumentere, eftersom det er tilstrækkeligt at gøre det for en enkelt nation frem for 28. kravet til oprindeligt særpræg er imidlertid det samme, og derfor næsten uoverkommeligt, jf. hertil analog anvendelse af ovenstående EU-afgørelser, og afsnit 1.3.3.

¹⁸⁰ Wüggertz: För bra för skydd, NIR 2010, s. 319 samt Schovsbo, Rosenmeier & Petersen, 2018, s. 489

Kapitel 7: Konklusion.

Som det fremgår af kapitel 5, er der ingen regler som hindrer kumulativ beskyttelse, hverken nationalt eller på EU-niveau. Som det fremgår af kapitel 6, er der intet til hinder for, at stole kan beskyttes som både kunst, design og varemærker. Det må derfor konkluderes, at stolen, i hvert fald teoretisk, kan erhverve kumulativ beskyttelse efter alle tre rettigheder.

Retserhvervelsen af ophavsretten må siges at være meget liberal. Der er ikke stænge krav til originalitet for designerstole, og den eneste reelle hindring de står overfor i forhold til at opnå ophavsretlig beskyttelse, er risikoen for at formgivningen udelukkende er funktionelt betinget, og derfor ikke kan anses som kunst. Ud fra analysen af retspraksis står det klart, originalitetsvurderingen i virkeligheden foretages af skønsmænd. Ophavsretten adskiller sig derfor fra design- og varemærkeretten ved, at det ikke er en bestemt forbruger som er den afgørende anskuer.

Designretten må ligeledes siges at være meget tilgængelig. Vurderingerne af nyhed og individuel karakter adskiller sig fra ophavs- og varemærkeretten ved, at den skal foretages i forhold til andre konkrete designs, og ikke ud fra den generelle norm. Vurderingen skal foretages af den informerede bruger, hvilket medfører, at der vil laves en forholdsvis dybdegående sammenligning, og helhedsindtrykket, som hovedsageligt vil være det afgørende element, jf. afsnit 6.2.3, derfor vil blive vurderet ud fra *hvordan* stolen føles og *hvordan* stolen bruges. Én enkelt afvigende detalje kan være nok til, at to designs giver to forskellige helhedsindtryk, så det kan siges, at de enkelte detaljer kan spille rigtig meget ind i denne vurdering.

Retserhvervelsen af varemærket er, modsat de to andre rettigheder, meget restriktiv for stole. EU-registrering af stole som 3D-waremærker sker meget sjældent, og med undtagelse af *Ægget*, som må anses for at være et særtilfælde, kan det lægges til grund at der må kræves en *meget høj grad af indarbejdelse* for at påvise, at en stol adskiller sig så meget for normen, at den faktisk har særpræg. "Normen" for stole, jf. *Corona*, er så bred, at det nok ud fra den nuværende praksis er usandsynligt, at nogen stole overhoved kan registreres på EU-niveau med oprindeligt særpræg.

Samlet set må det konkluderes, at selvom der ingen teoretiske barrierer er for opnåelse af kumulativ beskyttelse for stole, er der måske en praktisk hindring såfremt varemærkeretten er involveret.

For det første, vil det faktum at en stol er beskyttet som brugskunst ikke være til hinder for, at samme stol også kan fungere som et varemærke. Der vil dog ofte være en risiko for, at registreringen kan afvises med hjemmel i VMF art. 7 (1) (e) (iii), alt efter hvor stor en del af stolens værdi som ligger i udseendet, som i hvert fald kan ses som kunst i ophavsretslovens forstand.

For det andet, er de få stole (Ægget, Eames-Lounge, Eames-Alu og Tripp Trapp) som er beskyttet som varemærker alle så gamle, at et designret var udløbet på tidspunktet for registrering. Det er derfor tvivlsomt, om en stol overhoved kan opnå designret og varemærkeret samtidig, da de bedste præjudikater (i dette tilfælde, de yngste domme), Eames-stolene, demonstrerer, kan det tage meget lang tid at opnå et særpræg. Ud fra den betragtning antages det, at der ikke kan opnås kumulativ designbeskyttelse og varemærkebeskyttelse i praksis, da en stol får brug for mere end 25 år til at indarbejde et særpræg foruden de mange år det kan tage at dokumentere dette, og designbeskyttelsen derfor vil være udløbet. Varemærkebeskyttelsen kan i stedet fungere som en erstatning af designbeskyttelsen.

Den endelige konklusion lyder derfor på, at kumulativ, tredobbelt beskyttelse af stole er teoretisk muligt, men meget usandsynligt i praksis. Der vil helt sikkert komme eksempler på stole, som fungerer som 3D-varemærker i fremtiden, men det ville være en overraskelse ud fra nuværende praksis, hvis dette lader sig gøre i designrettens levetid.

8: Litteraturliste

Artikler

Wüggertz, Caroline: För bra för skydd, NIR 2010/305

Skovbo, Eva Aaen: *Varen som sit eget varemærke*, UfR 2010b.23, [2010].

Gielen, Charles: *Substantial Value Rule: How it Came into Being and Why it Should be Abolished*, E.I.P.R, Issue 3 [2014]

Litteratur

Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten; Petersen, Clement Salung: *Immaterialret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2018.

Schovsbo, Jens; Rosenmeier, Morten; Petersen, Clement Salung: *Immaterialret*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015.

Bøggild, Frank; Staunstrup, Kolja: *EU-varemærkeret*, Karnovs forlag, 2015.

Wallberg, Knud; Ravn, Mikael Francke: *Varemærkeret: varemærkeloven og fællesloven med kommentarer*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2017.

Koktvedgaard, Mogens: *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner*, Juristforbundets forlag, 1965.

Schønning, Peter: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave, Thomson Reuters forlag, 2008.

Schønning, Peter: *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6. udgave, Thomson Reuters forlag, 2016.

Schønning, Peter; Blomqvist, Jørgen: *International ophavsret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2011.

Schovsbo; Jens, Svendsen; Niels Holm: *Designret: Designloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2013

Sørensen; Karsten Engsig, Nielsen; Poul Runge, Danielsen; Jens Hartig: *EU Retten*, 6. udgange, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2014

Lovgivning

Bernerkonventionen (Bekendtgørelse af Bernerkonventionen af 9. september 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker som revideret, senest i Paris den 24. juli 1971)

Pariserkonventionen (Bekendtgørelse af Pariserkonventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret som revideret, senest i Stockholm den 14. juli 1967)

Varemærkeloven (LBKG. nr. 223 af 26. februar 2017)

Varemærkebekendtgørelsen (BKG nr. 364 af 1 maj 2008)

Varemærkedirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015)

Varemærkeforordningen (EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017)

Designloven (LBKG nr. 219 af 26. februar 2017)

Mønsterdirektivet af 1998 (EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 98/71EF af 13. oktober 1998)

Designforordningen (RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design)

Retspraksis

Dansk retspraksis

NIR 1990.259 SH

NIR 1979.347 V

SHD V-34-10 af 14.02.2012

U 2002.1715.2 H

U 1963.782 H

U.1993.17 H

U 1960.483 Ø

U 1963.782 H

U.2001.747 H

EU-retspraksis

C-299/99 [2002] (Philips, den trehovedet barbermaskine)

C-363/99 [2004] (POSTKANTOOR)

C-136/02 P [2004] (Maglite)

C-329/02 P [2004] (SAT. 1)

T-122/99 [2000] (Procter & Gamble 1)

C-468/01 P – C-472/01 P [2004] (Procter & Gamble 2)

C-218/01 [2004] (Henkel 1)

C-144/06 P [2007] (Henkel 2)

C-286/04 P [2005] (Corona (flaske))

C-108/97 - C-109/97 [1999] (Chimsee)

T-79/00 [2002] (Rewe Zentral, LITE)

C-53/01-C55/01, [2003] (Linde)

C-273/00 [2002] (Sieckmann)

C-344/10-345/10 [2011] (Freixenet)

T-460/05 [2007] (B&O I)

T-580/08 [2011] (B&O II)

T-358/04 [2007] (Georg Neumann)

C-205/13 [2014] (Hauck)

C48/09 [2010] (Lego)

C-5/08 [2009] (Infopaq)
C-145/10 [2011] (Panier)
14/83 [1984] (Von Colson)
C-281/10 P [2011], (Pepsi)
C-345/13 [2014] (Karen Millen)
T-57/16 [2017] (Chanel)
C-371/06 [2007] (G-star)
T-396/02 [2004] (Storck)
T-324/01 & T-110/02 [2003] (Axions and Belce)
C-37103P [2005] (BioID)
C-168/09 [2011] (Flos)
T-339/12 [2014] (Sachi 1)
T-357/12 [2014] (Sachi 2)
T-55/12 [2013] (Su-Shan Chen)
T-161/11 [2014] (Eames Alu)
T-9/07 [2010] (Metal Rappers)

Afgørelser ved Board of Appeal

16/01/13: R 2520/2011-5
03/05/00: R 395/1999-3
10/09/08: R 497/2005-1
14/12/10: R 486/2010-2
11/05/16: R 95/2015-3

25/05/12: R 970/2011-3

27/04/12: R 969/2011-3

13/06/08: R 1426/2005-1

07/02/08: 1424/2007-1

07/02/08: 1425/2007-1

07/02/08: 1426/2007-1

18/03/15: R 664/2011-5

OHIM og EUIPO's afgørelser

ICD 8266 - 25/01/2012

ICD 8264 - 25/01/2012

ICD 7145 - 28/02/2011

ICD 7147 - 07/03/2011

3525 C – 31/01/2011

3027 C of 05/02/2010

Afslag af ansøgning 006151229 af 21/05/2008

Andre kilder

Guidelines for Examination of European Union Trade Marks and Registered community Designs at the European Union Intellectual Property Office, Version 1.0 af 01. Februar 2017.

<https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002298420>

Proposal for a first Council Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. Proposal for a Council Regulation on the Community Trade Mark. COM (80) 635 FINAL, 19 November 1980. Bulletin of the European Communities, Supplement 5/80.

AG Damaso Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sag C-299/99 (Philips)