

KANDIDATSPÉCIALE, 10. SEMESTER, JURA, AALBORG UNIVERSITET

BESKYTTELSESOMFANGET FOR BRUGSKUNST VED
PRODUKTEFTERLIGNINGER EFTER OPHAVSRETSLOVENS § 1
OG MARKEDSFØRINGSLOVENS § 3



**AALBORG
UNIVERSITET**

STUDENTERRAPPORT

CECLIE WESENBERG THOMS – 20164321
SIMONE CHRISTENSEN – 20163992

19. MAJ 2021

Titelblad

Uddannelse:	Jura, Aalborg Universitet
Afhandling:	Kandidatspeciale
Retsområde:	Immaterielret og markedsføringsret
Dansk titel:	Beskyttelsesomfanget for brugskunst ved produkt efterligninger efter ophavsretslovens § 1 og markedsføringslovens § 3
Engelsk titel:	The scope of protection of applied art pursuant to product imitations in accordance with section 1 of The Copyright Act and section 3 of The Marketing Practice Act
Forfattere:	Cecilie Wesenberg Thoms, 20164321 Simone Christensen, 20163992
Vejleder:	Stiven Larsen, Advokatfirmaet HjulmandKaptain
Afleveringsdato:	19. maj 2021
Anslag/omfang:	156.193 tegn

Abstract

The aim of this master's thesis is to examine the scope of protection of applied art pursuant to product imitations in accordance with section 1 of The Copyright Act and section 3 of The Marketing Practice Act. Furthermore, the master's thesis seeks to determine the development in the Danish legal practice in relation to whether the sets of rules are applied separately or cumulatively.

Firstly, the master's thesis establishes respectively the scope of protection and the infringement assessment in accordance with section 1 of The Copyright Act and section 3 of The Marketing Practice Act. From the analysis, it can be concluded that there are both similarities and differences in accordance with the criteria in the assessment. Some of the criteria are alike for both sets of rules while others are specific for the individual set of rules. Some criteria or requirements are coinciding, even in cases where only one set of rules are plead. Section 1 of The Copyright Act protects the creator's product and his economic interests to ensure incentive and creativity in the community. Section 3 of The Marketing Act protects the product's market identity and protects against unfair market behavior. Both regulations protect against product imitations. The assessments in accordance with The Copyright Act and The Marketing Act include subjective guilt of the infringer. There are some evidentiary concerns because the Danish Court in some cases merely assumes that the defendant has knowledge about the original product. In the early 00's the Danish Court made an overall assessment. Within recent years, the Danish Court's focus has been more specific in the infringe assessment. The infringe assessment includes a more specific point regarding to the characteristics of the product and not the product overall. Furthermore, it is concluded that the more originality or characteristic a product has, the broader the protection. Technical and functional products own a narrower protection than more design-wise and creative works of applied art. It can be concluded that if the requirement for characteristic in accordance with The Marketing Practice Act is lower than the requirement for originality. Moreover, the protection of the product is wider in accordance with The Copyright Act. When the Danish Court assess the scope of protection and the infringement, they do not distinguish the assessment between the differentiated criteria in the two sets of rules.

The Danish legal practice is uncertain because of the Danish Court's different applications of the sets of rules in product imitation cases. In some cases, The Marketing Practice Act acts as a supplement to The Copyright Act, where the regulation can be used in situations, where The Copyright Act does not apply. This could be in a situation where there is an exceptional disloyal behavior. In other cases, section 1 of The Copyright Act and section 3 of The Marketing Practice Act are used cumulative. Product imitation cases are based on a concrete assessment.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
DEL I - Introduktion	4
1.1 Indledning	4
1.2 Problemformulering og afgrænsning	5
1.3 Metode	6
1.4 Systematik	7
DEL II - Ophavsretten	9
2.1 Det teoretiske udgangspunkt	9
2.2 Originalitet	10
2.3 Beskyttelsesomfanget	11
2.3.1 Retspraksis	12
2.4 Delkonklusion	14
2.5 Krænkelser af ophavsretten	16
2.5.1 Identitetsoplevelse	17
2.5.2 Subjektive forhold	17
2.5.3 Overtagelse af originalitet	17
2.5.4 Retspraksis	18
2.6 Sammenfatning af ophavsretten	21
DEL III – Markedsføringsretten	23
3.1 Det teoretiske udgangspunkt	23
3.2 Særpræg	24
3.3 Beskyttelsesomfanget	25
3.3.1 Retspraksis	25
3.4 Delkonklusion	27
3.5 Krænkelser af markedsføringslovens § 3	29
3.5.1 Sammenfald og forvekslelighed	29
3.5.2 Subjektiv forhold	31
3.5.3 Konkurrenceforhold	31
3.5.4 Retspraksis	32
3.6 Sammenfatning af markedsføringsretten	35
DEL IV – Grænsen mellem OPHL § 1 og MFL § 3	38
4.1 Eneretten vs konkurrenceretten	38
4.2 Beskyttelseshensyn	38
4.3 Originalitet vs særpræg	38

4.4 Beskyttelsesomfanget	39
4.5 Identitetsoplevelse vs forvekslingsrisiko	39
4.6 Subjektive forhold	40
4.7 Overtagelse af beskyttet stof.....	41
4.8 Konkurrenceforhold.....	41
4.9 Anvendelse af OPHL og MFL i retspraksis	41
4.10 MFL § 3 som supplement til OPHL § 1	47
DEL V - Afslutning.....	49
5.1 Konklusion.....	49
5.2 Retspolitiske overvejelser	52
Litteraturliste.....	54
Anslagsdokumentation.....	58

DEL I - Introduktion

1.1 Indledning

Der er i dag et utal af muligheder for at kopiere og distribuere varer i hele verden. Det har øget risikoen for immaterielle krænkelse, da det er let for krænkeren at eksponere forbrugerne for produkt efterligninger. Køb og salg af produkt efterligninger er et stigende globalt problem, der påvirker mange, herunder blandt andet rettighedshavere og producenter af et produkt. Distribution af kopivarer udgjorde i 2013, ifølge OECD og EUIPO, 2,5 % af den samlede globale import, mens 5 % af varerne, der importeredes i EU, udgjordes af kopivarer.¹ EU er derfor et attraktivt marked for kopister. Der har i lovgivningen derfor været et behov for at give producenter og rettighedshavere en beskyttelse af sine produkter, ligesom der i stor grad tages hensyn til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.

I relation til produkt efterligningssager er det relevant at se på både immaterialretlige og markedsføringsretlige regler. Beskyttelsen efter immaterialretten har til formål at sikre innovation og kreativitet. Dette belønnes blandt andet efter ophavsretslovens (OPHL) § 2 med tildeling af en eneret til det frembragte værk, som beskytter produktets ydre fremtoning. Beskyttelsen efter markedsføringslovens (MFL) § 3 har til formål at sikre mod illoyal markedsadfærd og værne om den frie konkurrence, ligesom den skal sikre god markedsføringsskik og fungere som et værn mod markedsfortrængning og markedsforstyrrelse. Rettighedshaverne har ofte brugt mange år på idéudvikling, materialeafprøvning og produktion af sine produkter, hvorefter en kopist blot kan eftergøre produktet og på den måde lukrere på en andens udviklingsindsats. Rettighedshaveren har en forventning om, at udgifterne i forbindelse med frembringelsen vil blive tjent ind, når produktet kommer på markedet, hvorfor en beskyttelse heraf er af stor økonomisk betydning.

Foruden den anerkendelse, som indrømmelse af beskyttelse giver rettighedshaveren for sin frembringelse, har denne også en interesse i fortsat at sikre sit indtjeningsgrundlag og virksomhedens goodwill og renommé på sigt og dermed bibeholde eller endog ekspandere sin markedsposition. En rettighedshaver har derfor en væsentlig økonomisk interesse i at opnå og håndhæve sine immaterielle rettigheder for at bibeholde sin position på markedet. Der skal være plads til at lade sig inspirere, men samtidig skal særprægede produkter sikres en vis beskyttelse mod efterligninger.

I sager om produkt efterligninger er omdrejningspunktet, hvorvidt produktet kan indrømmes en immaterialretlig beskyttelse, en markedsføringsretlig beskyttelse eller en beskyttelse efter begge regelsæt, og i givet fald hvor langt beskyttelsen kan udstrækkes. Såfremt der indrømmes en beskyttelse efter ét eller flere regelsæt, skal der tages stilling til, hvorvidt det efterlignende produkt udgør en krænkelse af originalproduktet. Sager om produkt efterligninger kan omhandle alle typer af produkter. I dette kandidatspeciale behandles udelukkende produkt efterligningssager vedrørende brugskunstgenstande.

¹ <https://www.oecd.org/newsroom/global-trade-in-fake-goods-worth-nearly-half-a-trillion-dollars-a-year.htm>

1.2 Problemformulering og afgrænsning

Ovenstående afsnit har ledt til denne problemformulering:

Hvilket beskyttelsesomfang opnår en rettighedshaver af en brugskunstgenstand i henhold til ophavsretslovens § 1 og markedsføringslovens § 3 i relation til produkt efterligninger?

Som en del af problemformuleringen, vil udviklingen i retspraksis vedrørende produkt efterligninger af brugskunstgenstande blive undersøgt, herunder hvilken beskyttelse, der opnås i medfør af henholdsvis OPHL § 1 og MFL § 3. Undersøgelsen vil særligt have fokus på forholdet mellem OPHL § 1 og MFL § 3 om god markedsføringskik, idet formålet med sidstnævnte er, at denne er subsidær, i det omfang en rettighed ikke er beskyttet af anden lovgivning, herunder OPHL.

I OPHL og MFL findes ingen entydig definition af begrebet brugskunst, selvom begrebet direkte fremgår af OPHL § 1, som dog ikke indeholder en nærmere definition heraf. Ved brugskunst forstås man genstande, der typisk bruges i boligindretningen. Ordet brugskunst er en betegnelse for »håndlavede og industrielt fremstillede genstande som tilfredsstillende både æstetiske og brugsmæssige kvalitetskrav,«² og som både har et »æstetisk og praktisk formål og som af den grund også kaldes anvendt kunst.«³ Når begrebet 'brugskunst' anvendes i kandidatspecialet, er det denne definition, der henvises til. Omfattet af begrebet brugskunst er blandt andet produkter som boligudstyr, møbler, lamper, køkkenredskaber, legetøj og i et vist omfang beklædningsgenstande. Tvister omkring krænkelse af beklædningsgenstande fylder meget i retspraksis og vil i sig selv kunne danne grundlag for et speciale, hvorfor der i dette kandidatspeciale ikke inddrages retspraksis, som vedrører beklædningsgenstande.

Begrebet efterligning, eller i dette tilfælde produkt efterligninger, relaterer sig til en eftergørelse af et produkts ydre fremtoning. Heri ligger, at der i ordet efterligning er tale om en bevidst handling, nemlig at gøre et andet værk efter. I forbindelse med vurderingerne af produkt efterligninger, anvender domstolene forskellige grader af efterligninger, herunder nærgående, meget nærgående og slaviske efterligninger. Her skelnes mellem, i hvor høj grad et produkt er kopieret, og hvor mange elementer, der går igen i efterligningen. I relation til produkt efterligninger er der mange mulige problemstillinger inden for immaterialretten, idet et produkt kan opnå beskyttelse efter mange forskellige regelsæt.

Varemærkeretten beskytter ikke et fysisk produkt, men derimod en virksomheds brand, goodwill og forretningskendetegn, som virksomheden benytter i forbindelse med markedsføringen af sine produkter eller tjenesteydelser.⁴ Varemærkeretten adskiller sig på den måde væsentligt fra andre dele af immaterialretten. Varemærkeretten er på den baggrund ikke relevant for kandidatspecialet, da der tages udgangspunkt i efterligninger af fysiske produkter.

En brugskunstgenstand ligger ikke inden for det tekniske område, da den ikke har opfindeshøjde eller har en teknisk funktion, der indebærer en løsning på et teknisk problem.⁵ Brugskunstgenstande

² <https://www.leksikon.org/art.php?n=385>

³ Larsen, Torsten Bjørn & Straton-Andersen, Kristian Helge, *Markedsretten*, s. 69

⁴ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 457

⁵ Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, s. 143

kan således ikke patenteres, hvorfor patentretten ikke har relevans i dette kandidatspeciale. Brugsmodelretten stiller, i modsætning til patentretten, alene krav til frembringelseshøjden og ligger inden for det tekniske område for små opfindelser.⁶ Hvad angår brugsmodelretten er udfaldet således det samme som ved patentretten, hvorefter det ikke er relevant for kandidatspeciale.

Designretten beskytter et produkts fremtoning. Designretten grænser sig på mange punkter op ad ophavsretten.⁷ Designloven kan derfor være relevant i forbindelse med brugskunst, idet man blandt andet ser på og vurderer produktets ydre, herunder udseendet, udformningen og fremtoningen.⁸ Kravene for at opnå en rettighed efter designloven adskiller sig dog fra kravene til at opnå rettigheder efter OPHL. Designbeskyttelsen vedrører udelukkende et produkts design eller mønster, mens ophavsretten beskytter et værks fremtoning. Fokuset i kandidatspeciale vedrører produktet efterligninger af en brugskunstgenstand i sin helhed og er ikke koncentreret om produktets design. Designloven inddrages derfor ikke i kandidatspeciale.

Kandidatspeciale er afgrænset til at behandle den ophavsretlige og markedsføringsretlige beskyttelse af brugskunst. MFL § 3 dækker bredt og anvendes i relation til mange forskellige produktkategorier, som normalvis ligger inden for forskellige immaterielle regelsæt. Der findes en meget righoldig praksis på området for produktet efterligninger inden for forskellige produktkategorier. Alene brugskunstkategorien vil blive undersøgt i dette kandidatspeciale. Beskyttelsen af brugskunst efter andre grene af immaterialretten og øvrige retsområder vil således ikke blive behandlet.

Den danske ophavsretslovs oprindelse stammer fra et fællesnordisk samarbejde, hvorfor det kan være relevant at inddrage lovforarbejder og praksis fra de øvrige nordiske lande ved fortolkningen af ophavsretten.⁹ Ligeledes kan det være relevant at inddrage retspraksis fra EU-medlemsstaterne, idet den danske ophavsretslovgivning er præget af reglerne i EU-Traktaten og harmoniseringen gennem en række EU-direktiver.¹⁰ Herudover vil også international praksis kunne inddrages på baggrund af Danmarks tiltræden af blandt andet Bernerkonventionen og Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).¹¹ Den danske markedsføringslov bygger på handelspraksisdirektivet fra EU (direktiv 2005/29/EF), hvorfor det kan være relevant at inddrage retspraksis fra andre EU-medlemsstater ved fortolkningen af markedsføringsretten. Der vil dog ikke blive inddraget fremmed ret og internationale aspekter i kandidatspeciale, idet der alene behandles national ret.

1.3 Metode

I kandidatspeciale anvendes den retsdogmatiske metode. Denne fremgangsmåde har til formål at analysere, systematisere og beskrive gældende ret (de lege lata) gennem anvendelsen af forskellige retskilder.¹² Der sondres mellem fire kategorier af retskilder; lovgivning, retspraksis, sædvaner og

⁶ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 387 og 394

⁷ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 409f

⁸ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 405

⁹ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 87ff

¹⁰ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 96

¹¹ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 92ff

¹² Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, s. 191f, og Ewald, Jens, *Retskilderne og den juridiske metode*, s. 7

forholdets natur. Forskellen mellem retskilderne er hierarkisk opbygget således, at lovgivningen har større retskildemæssig værdi end retspraksis og de øvrige retskilder.¹³ Den retskildemæssige værdi mellem de forskellige kategorier af retskilder har betydning for den metodiske fremgangsmåde for kandidatspecialet.

Formålet med kandidatspecialet er ikke at komme med en løsning på konkrete problemstillinger.¹⁴ Formålet er at undersøge, hvor langt beskyttelsesomfanget i henholdsvis OPHL § 1 og MFL § 3 udstrækkes sammenlignet med formålet med bestemmelserne og i forhold til hinanden via domsanalyse, anvendelse af relevante love med tilhørende lovforarbejder, betænkninger samt relevant retslitteratur. Opfattelsen af retstilstanden, hos forfatterne af juridisk litteratur, har ikke retskildemæssig værdi og er ikke bindende som retskilde, hvorfor retslitteratur alene anvendes som et fortolkningsbidrag.¹⁵ Ved konflikt mellem retskilder og retslitteratur, skal der derfor tages udgangspunkt i retskilden, idet retskilderne er demokratisk legitimeret, hvilket ikke er tilfældet for retslitteratur. I kandidatspecialet inddrages meninger, fortolkninger og standpunkter, der er udtryk for forfatterne af dette kandidatspeciales egen opfattelse eller fortolkning (herefter "Forfatterne"). Forfatterens holdning til eller fortolkning af retstilstanden har ligeledes ingen retskildemæssig værdi og er derfor ikke bindende som retskilde.

Dommene i kandidatspecialet er udvalgt således, at der udelukkende er inddraget domme vedrørende produktefterligninger af brugskunstgenstande, som er afsagt fra år 2000 og frem til i dag, for at give et mere nutidigt billede af retstilstanden og udviklingen inden for de seneste årtier.¹⁶ Dommene er afsagt af Højesteret, Sø- og Handelsretten, og to af landsretten, hvoraf den ene i skrivende stund er anket til Højesteret. Højesteret er den øverste retsinstans i Danmark, hvorfor underliggende retsinstanser skal indrette sig efter afgørelser, som er afsagt af Højesteret. Afgørelser fra Sø- og Handelsretten kan ankes til enten landsretterne eller direkte til Højesteret, såfremt betingelserne herfor er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4. Domme og kendelser afsagt af Sø- og Handelsretten kan derfor ikke tillægges samme præjudikatværdi som Højesterets domme.¹⁷ Dommene belyser kriterierne for beskyttelsen og krænkelsen efter de forskellige regelsæt, der lægges til grund ved bedømmelsen. Slutteligt vil der blive foretaget en retspolitisk diskussion ud fra en de lege ferenda-betragtning, som har til formål at belyse visse problematikker på området.

1.4 Systematik

Kandidatspecialet består af fem dele.

Del I udgør nærværende introduktionsafsnit til emnet, som danner rammerne for kandidatspecialet.

Del II indeholder en redegørelse af hensynene bag den ophavsretlige beskyttelse af produktefterligninger samt OPHL's originalitetskrav. Del II indeholder desuden en analyse af

¹³ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 17f

¹⁴ Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, s. 205f

¹⁵ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 74

¹⁶ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 61

¹⁷ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 60

henholdsvis beskyttelsesomfanget og krænkelsevurderingen efter OPHL i retspraksis i relation til produktefterligninger af brugskunstgenstande.

Del III indeholder en redegørelse af hensynene bag den markedsføringsretlige beskyttelse af produktefterligninger samt MFL's krav om særpræg. Ligeledes indeholder DEL III en analyse af henholdsvis beskyttelsesomfanget og krænkelsevurderingen for brugskunstgenstande efter MFL § 3 samt de forhold, der tillægges betydning ved vurderingen i en krænkelssag.

Del IV indeholder en analyse af grænseområdet mellem ophavsretten og markedsføringsretten samt hvornår og hvordan regelsættene anvendes opdelt eller kumulativt.

Del V indeholder kandidatspecialets endelige konklusion samt en diskussion af retspolitiske overvejelser, som dette kandidatspeciale kan give anledning til.

DEL II - Ophavsretten

2.1 Det teoretiske udgangspunkt

Som nævnt i det indledende afsnit til kandidatspecialet, opnår ophavsmanden enerettigheder til brugskunstgenstanden, når denne nyder ophavsretlig beskyttelse.

OPHL § 1, stk. 1 lyder således:

§ 1. Den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde.

OPHL § 1 vedrører beskyttelsens genstand. Beskyttelsens genstand omfatter litterære og kunstneriske værker, herunder brugskunst som et kunstnerisk værk. OPHL § 1 indeholder to betingelser for, at noget kan karakteriseres som et kunstnerisk værk og dermed nyde beskyttelse. Den første betingelse er, at der skal være tale om en frembringelse inden for det kunstneriske område. Den anden betingelse vedrører værkshøjden, idet frembringelsen skal kunne karakteriseres som et værk. Begrebet værkshøjde udledes af OPHL § 1. Værkshøjde dækker indholdsmæssigt over det samme som begrebet originalitet, som domstolene også anvender, og som oprindeligt stammer fra EU-retten.¹⁸ I dette kandidatspeciale anvendes begrebet originalitet, idet det er udtryk for det samme som værkshøjde.¹⁹ I litteraturen er der gennem tiden anvendt mange forskellige begreber og formuleringer for, hvad originalitetskravet er et udtryk for. Originalitetsbegreberne er ofte meget abstrakte og flertydige. Forfattere af den ophavsretlige litteratur beskriver blandt andet begrebet originalitet som værende udtryk for en »personlig, skabende, åndelig indsats«.²⁰ I originalitetskravet ligger, at værket skal være et resultat af ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, og at der skal være tale om en original og selvstændigt skabende indsats. Ved originalitet forstår Forfatterne desuden, at der skal være tale om en ny og original frembringelse, som ikke er opstået med kendskab til eller inspiration fra i forvejen eksisterende værker på en sådan måde, at der ikke længere kan siges at være tale om en selvstændig indsats. Denne betragtning nyder ligeledes støtte i juridisk litteratur.²¹

OPHL § 2 vedrører beskyttelsens indhold. Efter denne bestemmelse får ophavsmanden økonomiske rettigheder og enerettigheder til eksemplarfremstilling og til tilgængeliggørelse af værket. Ophavsmanden skal dermed give sin tilladelse til, at andre end ophavsmanden selv fremstiller og tilgængeliggør eksemplarer af værket. Eneretten gælder i 70 år efter ophavsmandens død, jf. OPHL § 63, stk. 1.

¹⁸ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 120ff og Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, s. 59

¹⁹ Schönning, Peter m.fl., *Grundlæggende immaterialret*, s. 27

²⁰ Rosenmeier, Morten, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 118

²¹ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 120 og Frahm, Kasper & Kragmann, Michala, *Produktefterligninger i praksis*, s. 32

Ophavsrettens stiftelse er formfri, idet der ikke, som ved de øvrige immaterielle regelsæt, kræves en form for registrering af værket.²² Værket nyder derfor beskyttelse allerede fra frembringelsestidspunktet, såfremt kravene hertil er opfyldt på dette tidspunkt. På den måde er værket ikke prioritetsbeskyttet, men kun beskyttet mod efterligninger i form af en fremtoningsbeskyttelse.²³

Vurderingen af om et værk kan beskyttes efter ophavsretten beror på flere momenter. Et værk skal kunne opfattes og identificeres objektivt. Hvis opfattelsen af et produkt udelukkende er baseret på subjektive indtryk, er kravene ikke opfyldt i forhold til præcision og objektivitet. EU-Domstolen har afvist, at alene æstetisk originalitet kan begrunde den ophavsretlige beskyttelse, idet æstetik bygger på noget subjektivt hos den enkelte.²⁴ Vurderingen indeholder tillige konkurrencemæssige hensyn, da man ellers risikerer at indskrænke incitamentet til skabelse af nye produkter. Innovation er med til at skabe fremdrift i samfundet, hvorfor der er et behov for at beskytte produkter, som er udtryk for kreativitet og innovation.²⁵ Beskyttelsen må derfor ikke være for bred, idet det ikke har været lovgivers hensigt med bestemmelsen at tildele enerettigheder til bestemte forretningsmæssige fordele, således man derved afskærer andre fra at frembringe nye produkter.²⁶ Domstolens vurdering af en krænkelse beror derfor på en konkret vurdering af produktets æstetiske udtryk og fremtoning, samt hensynet til en fri og effektiv konkurrence.²⁷ Brugskunstgenstande bliver i stor grad masseproduceret og er let omsættelige, hvorfor dette ligeledes er et bagvedliggende hensyn. Efter OPHL er der således en balance mellem hensynet til kreativitet og innovation og hensynet til den frie og effektive konkurrence.

2.2 Originalitet

Som nævnt ovenfor, skal en brugskunstgenstand opfylde kravet om originalitet, førend denne kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Originalitetskravet indebærer, at værket er skabt af ophavsmanden og er udtryk for en kreativitet fra ophavsmandens side. Værket skal udtrykke ophavsmandens frie og kreative valg. Det kan derfor udelukke originalitet, såfremt ophavsmandens valgmuligheder er indskrænket som følge af produktets karakter, retsregler eller lignende. Originalitetskravet indebærer endvidere et nyhedskrav, hvorefter værket skal adskille sig fra i forvejen eksisterende værker.²⁸ I bedømmelsen af originaliteten vurderes sandsynligheden for dobbeltfrembringelse, hvorefter to individuelle personer vil kunne frembringe det samme værk uafhængigt af hinanden. Hvis dette er tilfældet, vil originalitetskravet ikke være opfyldt.²⁹

I Danmark har der tidligere været en tendens til at stille strengere krav til originalitetskravet ved visse værkstyper, herunder blandt andet brugskunst. Det skyldtes, at man ikke ønskede at fratage den frie

²² Kockvedgaard, Morten, *Lærebog i Immaterialret*, s. 52

²³ Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, s. 78 og Frahm, Kasper & Kragmann, Michala, *Produktefterligninger i praksis*, s. 31

²⁴ C-683/17, Cofemel, som dog vedrørte beklædningsgenstande, og Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, s. 59

²⁵ Frahm, Kasper & Kragmann, Michala, *Produktefterligninger i praksis*, s. 18

²⁶ DA MOT.I, s. 99

²⁷ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 98f

²⁸ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 67ff og Rosenmeier, Morten, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 91

²⁹ Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 123

erhvervsudøvelse, og at variationsmulighederne, i relation til det tekniske og funktionelle, kan være begrænsede set i forhold til de mere kunstneriske værker. Nu er originalitetskravet EU-harmoniseret, hvorefter Danmark ikke længere kan differentiere kravet til originalitet mellem forskellige værkstyper, da det samme originalitetskrav skal anvendes på alle værkstyper.³⁰ Værket kan opnå ophavsretlig beskyttelse, såfremt det er udtryk for »*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*«,³¹ og der må dermed ikke stilles krav til produktets kvalitet eller lignende forhold. Af den grund bør det være lettere for brugskunstgenstande at opfylde originalitetskravet, efter dette er blevet harmoniseret, idet der ikke længere kan stilles krav til kvaliteten.³²

2.3 Beskyttelsesomfanget

Udstrækningen af beskyttelsen i OPHL er ikke nærmere præciseret i lovens ordlyd. Dog fremgår det af OPHL § 2, stk. 1, at et produkt også nyder beskyttelse mod produktet i ændret skikkelse. Det er derfor relevant at se på, hvornår et produkt blot er udtryk for en bearbejdelse af originalproduktet, eller hvornår der er tale om et nyt produkt, der adskiller sig fra originalproduktet, som en selvstændigt skabende indsats. Af forarbejderne kan udledes et overordnet kriterium, idet der står anført at, »*ophavsmanden har beskyttelse også mod sit værks gengivelse eller fremførelse i ændret eller omarbejdet skikkelse, når den af ophavsmanden ydede litterære og kunstneriske indsats dog giver sig til kende i det gengivne eller fremførte værk.*«³³ Forarbejderne illustrerer derved, at også den blotte efterligning, hvor værket ikke er identisk, men fremstår i ændret skikkelse, ligeledes vil være en krænkelse af den ophavsretlige beskyttelse. Ophavsretten beskytter således både mod identiske kopier og produktefterligninger, der ikke er en direkte kopiering af produktet, men som er skabt med udgangspunkt i originalværket i en sådan grad, at det fremstår som en efterligning.³⁴

I praksis sonderer domstolene mellem forskellige grader af produktefterligninger, herunder nærgående efterligninger, meget nærgående efterligninger og slaviske efterligninger. Graderne anvendes i forbindelse med beskyttelsesomfangets udstrækning og ligeledes i krænkelsesvurderingen. I litteraturen antages det, at beskyttelsen af brugskunst generelt er snæver, da beskyttelsen af brugskunstgenstande i de fleste tilfælde i retspraksis begrænses til meget nærgående efterligninger. Hvad der nærmere ligger heri eller hvor grænsen går mellem nærgående, meget nærgående eller slaviske efterligninger, er ikke klar. I teorien er der en formodning for, at jo større grad af originalitet en brugskunstgenstand har, desto bredere er beskyttelsen heraf. Hvis et produkt således har en høj grad af originalitet, bør det nyde en bredere beskyttelse mod produktefterligninger end et produkt med en lavere grad af originalitet. Hvorvidt denne intuitive betragtning er korrekt eller om beskyttelsesomfanget for brugskunst pr. automatik er snævert, må søges belyst gennem nyere retspraksis.³⁵

³⁰ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 68f

³¹ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 69

³² Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 68f

³³ DA MOT.I, s. 102

³⁴ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 156ff

³⁵ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 166f

2.3.1 Retspraksis

Den første dom, der fastslog udstrækningen af beskyttelsen, var U 2001.747 H (Tripp Trapp). Det var ubestridt, at barnestolen var ophavsretligt beskyttet som brugskunst. Højesteret fandt, at den var skabt i et »funktionalistisk formsprog«,³⁶ hvorfor den ophavsretlige beskyttelse var begrænset til »meget nærgående efterligninger«.³⁷ Det er den begrundelse, der sidenhen er anvendt af domstolene, hvilket blandt andet ses direkte i U 2002.1715/2 H (Myren), hvor Højesteret i sin begrundelse henviste direkte til U 2001.747 H (Tripp Trapp). Samme henvisning ses i nyere domme, blandt andet i U 2014.954 H (Armaturer), U 2015.979 H (STEVE-stolen) og U 2015.992 H (DAN-stolen). I U 2001.747 H (Tripp Trapp) fandtes barnestolen at være et banebrydende design og havde på den måde opnået en form for ikon status, hvilket medførte en øget beskyttelse på trods af det funktionalistiske formsprog. Det samme sås at være tilfældet i U 2002.1715/2 H (Myren) og for en lampe i H-23-07 (Munkegårdslampen).

Højesteret tog i U 2009.1789 H (Hundeskål m.m.) alene stilling til udmålingen af vederlaget, da Sø- og Handelsrettens afgørelse vedrørende beskyttelsen og krænkelsen ikke blev anket. En hundeskål, et skohorn og en opvaskebørste nød, efter Sø- og Handelsrettens vurdering, beskyttelse mod nærgående efterligninger. Sagsøgte produkter fandtes herefter at være nærgående efterligninger og udgjorde derfor en krænkelse, idet børsten og skohornet var »næsten identiske«,³⁸ Hundefiguren på sagsøgte hundeskål afveg dog fra originalproduktets figur, men nød dog samme beskyttelse, som de to andre produkter. Grunden til at der i denne sag kunne gives en bredere beskyttelse var ikke produkternes art, som i form af en hundeskål, et skohorn og en opvaskebørste var meget simple, men derimod, at der var tale om en tilstrækkelig selvstændig og original kunstnerisk indsats og ikke blot funktionsbestemte produkter. Der lagdes vægt på, at der ikke fandtes tilsvarende produkter på markedet på lanceringstidspunktet, og at produkternes formsprog var præget af en humor, der løftede produkterne fra blot at være det, som disse produkter normalt er. Med forskellene på hundeskålene, synes dommen at bære præg af, at der lagdes vægt på produkterne som en serie og dermed en samlet helhed, som dermed løftede hundeskålen op på samme beskyttelsesniveau. Det lagdes desuden til grund, at efterligningerne af produkterne var tilstræbt.

I U 2014.954 H (Armaturer) var parterne enige om, at et armatur nød ophavsretlig beskyttelse som brugskunst. I dommen indgik kriterierne form, formdetaljen, proportionering, funktion, pris, markedsføringsmateriale, produktnavn, kundegruppe, design og brug i vurderingen af beskyttelsen. I relation til, hvorvidt sagsøgte produkt fremstod som en efterligning eller en kopi, blev der lagt vægt på tidens trend. Opbygningen af armaturets cylindriske form ansås som udbredt og anvendt gennem en lang årrække og var derfor ikke i sig selv speciel. Armaturet var underlagt en række teknologiske og brugsmæssige krav og funktioner, som satte grænser for originalitetsgraden, idet det var skabt i et funktionalistisk formsprog. Der var desuden mange tilsvarende produkter på markedet. Beskyttelsen var derfor begrænset til meget nærgående efterligninger. Højesteret lagde vægt på, at armaturet havde

³⁶ U 2001.747 H

³⁷ U 2001.747 H

³⁸ U 2009.1789 H

en række fastlagte funktioner, der ikke kunne afviges betydeligt fra, hvorfor der let kunne forekomme lighedspunkter mellem dette og konkurrerende produkter.

I V-22-14 (Pejsesæt) fandt Sø- og Handelsretten ikke et pejsesæt ophavsretligt beskyttet under hensyn til, at udformningen og designet var udtryk for »en tidstypisk minimalistisk tendens.«³⁹ På den måde adskilte pejsesættet sig ikke fra tilsvarende produkter på markedet og opfyldte derfor ikke originalitetskravet.

Køkken- og badmøbelementer fandtes i V-4-14 (Køkken- & badserie) i overvejende grad at være funktionsbestemte produkter, hvilket begrænsede muligheden for kreativitet og udformningen af produktet. I denne sag fandtes sagsøgers møbelementer at have en vis grad af originalitet i form af en karakteristisk og konsekvent anvendt træramme i hvert enkelt modul, og som ikke tidligere var set på markedet. Efter en sammenligning med andre køkkenelementudtryk samt møbelementernes tekniske og funktionelle karakter, nød produkterne i denne sag dog kun ophavsretlig beskyttelse mod meget nærgående efterligninger.

Der fandtes i V-92-15 (Juno-sengen) at være truffet nogle designmæssige valg af betydning for barnesengens fremtoning, som overskyggede de funktionsmæssige formål. Barnesengen var derfor ophavsretligt beskyttet, da udformningen i højere grad bar præg af ophavsmandens kunstneriske og kreative evner.

Sø- og Handelsretten vurderede to forskellige lampetyper i V-14-17 (Udendørslamper), hvorefter den ene, Skan, fandtes at være beskyttet mod meget nærgående efterligninger, mens den anden lampe, Empty, var beskyttet mod nærgående efterligninger. Lampen, Skan, var minimalistisk og havde et alment formsprog i modsætning til lampen, Empty. Sø- og Handelsretten begrundede ikke, hvad der var udslagsgivende for, at Empty var beskyttet mod nærgående efterligninger.

Sø- og Handelsretten fandt i dommen V-68-16 (Kubus Bowl), at Kubus Bowl på lanceringstidspunktet adskilte sig fra lignende produkter på markedet og fandtes derfor at være udtryk for en selvstændig og individuel skabende indsats, hvorfor Kubus Bowl nød ophavsretlig beskyttelse. Sø- og Handelsretten angav dog ikke, hvor langt denne beskyttelse kunne udstrækkes til. Skønsmanden fandt, at Kubus Bowl havde skabt en ikon status, idet den var en viderebygning af Kubus' mellemstørrelse lysestage. Det kan siges, at der var tale om en udvidelse af Kubus-serien fra By Lassen.

I en utrykt dom af Østre Landsret, B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse), fandtes en plastikopbevaringskasse ikke at være original, da produktet var generisk og havde en funktionalistisk udformning, som var bestemmende for produktets formål. Plastikopbevaringskassens udformning var ikke udtryk for ophavsmandens selvstændigt skabende indsats og var derfor ikke ophavsretligt beskyttet.

I U 2020.2532 Ø (Anne Black) ansås en hængepotte for ophavsretligt beskyttet, mens en vase og en lågkrukke ikke opfyldte originalitetskravet, hvilket var modsat Sø- og Handelsrettens vurdering i 2019, da man her fandt alle produkterne ophavsretligt beskyttet. Østre Landsret kom til denne konklusion ud fra en vurdering af farvevalg, materialer, udformning, udtryk og design samt

³⁹ V-22-14

sammensætningen af i forvejen kendte designelementer. Anne Blacks keramikprodukter fandtes at være udtryk for et minimalistisk design i en fremherskende farvetrend, men i forbindelse med den porcelænsagtige glasur fandtes disse sammensætninger at give produkterne originalitet. Keramikprodukterne fandtes i forskellige varianter, men landsretten fandt, at de tilhørte samme designunivers på trods af produkternes individuelle karakter, og selvom disse aldrig har været markedsført som en serie. Efter landsrettens begrundelse, ville det ikke være muligt for sagsøgte at frembringe sit produkt uden kendskab til Anne Blacks produkter, idet sagsøgte tre produkter fremstod som nærgående efterligninger. Landsretten fandt, at sagsøgte hængepotte udgjorde en krænkelse af Anne Blacks hængepotte efter ophavsretten, mens de to øvrige produkter udgjorde en krænkelse efter markedsføringsretten. Med den konklusion kom landsretten frem til, at hængepotten havde en udvidet beskyttelse efter OPHL § 1 mod nærgående efterligninger. Landsrettens dom er sidenhen anket til Højesteret, som endnu ikke har taget stilling i sagen, hvorfor dommen ikke er endelig.

I nyere retspraksis, blandt andet V-68-16 (Kubus Bowl), BS-1370/2016-SHR (Bitz & Würtz) og BS-50242/2018-SHR (Plant Box), ses, at Sø- og Handelsretten i sin begrundelse konstaterede, at det pågældende produkt nød ophavsretlig beskyttelse, dog uden at angive hvilken grad af efterligning beskyttelsen kunne udstrækkes til. Det afviger fra den praksis, der tidligere er set, hvor beskyttelsesomfanget direkte fremgår af begrundelsen.

2.4 Delkonklusion

Som det ses ud fra de fleste af de ovennævnte domme, indrømmes der primært en smal beskyttelse, nemlig mod meget nærgående efterligninger. Selvom domstolene ikke konsekvent har antaget nogle faste kriterier for vurderingen af beskyttelsesomfanget af brugskunstgenstande efter OPHL, kan der alligevel udledes nogle sammenfaldende kriterier i domstolenes vurdering, og som ud fra en konkret vurdering af den enkelte sag, kan rykke på beskyttelsesomfangets udstrækning.

Produkter, der opfylder originalitetskravet, og som er ophavsretligt beskyttet som brugskunst, men hvor udformningen er teknisk eller funktionelt betinget, opnår alene beskyttelse mod meget nærgående efterligninger, idet det dog er muligt at få en beskyttelse. Det er kommet til udtryk i en række domme siden U 2001.747 H (Tripp Trapp). Det har ikke været hensigten med ophavsretten til brugskunst at give ophavsmanden beskyttelse mod en bestemt formgivning, når denne er baseret på funktionelle egenskaber, idet brugskunstgenstandens praktiske formål netop er baseret på en funktionel formgivning. Den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst afhænger derfor blandt andet af, hvorvidt udformningen af brugskunstgenstanden har et bestemt formål eller en bestemt funktion. B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse) belyser, at en brugskunstgenstand kan være så betinget af dens funktionelle udformning, at produktet ikke har en tilstrækkelig grad af originalitet til at opnå ophavsretlig beskyttelse. Modsat illustrerer V-92-15 (Juno-sengen), at selvom en brugskunstgenstand tjener funktionsmæssige formål, kan der samtidig være truffet designmæssige valg, der medfører, at produktet opnår en tilstrækkelig grad af originalitet til, at den nyder ophavsretlig beskyttelse. Dommen bekræfter, at det kunstneriske og designmæssige islæt er afgørende for originaliteten, hvilket stemmer overens med fremtoningsbeskyttelsen efter OPHL § 1. Det kan derfor udledes, at

der, i fastsættelsen af omfanget af den ophavsretlige beskyttelse, skal tages hensyn til de funktionelle formelementer, der er nødvendige som følge af produktets karakter. En ophavsmand kan som følge heraf ikke opnå eneret til noget, som hindrer andre i adgangen til en bestemt og nødvendig funktion eller form. Hvis brugskunstgenstandens karakter er overvejende funktionalistisk, vil der være en smal beskyttelse, idet det ses i retspraksis, at disse er begrænset til meget nærgående efterligninger. Hvis produktet ikke indeholder nogle kunstneriske eller designmæssige elementer, som kan siges at være udtryk for ophavsmandens kreativitet, opnås der ingen beskyttelse. Det er muligt for et overvejende funktionelt produkt med et mindre kunstnerisk præg at opfylde originalitetskravet efter OPHL § 1 og dermed at opnå beskyttelse. At der i de tilfælde kan opnås beskyttelse, har blandt andet vist sig i de sager, hvor der indrømmes en form for ikon status, som derved løfter produktets originalitet.

I U 2014.954 H (Armaturer) nød armaturet beskyttelse, idet denne dog var meget snæver og i den specifikke sag ikke fandtes krænkelse grundet tidens trend og den funktionsbestemte udformning. Har der vist sig en trend på markedet i relation til et givent produkt, er domstolene meget tilbageholdende med at indrømme produktet en beskyttelse eller at gøre beskyttelsen for bred. Det illustreres blandt andet i dommene U 2014.954 H (Armaturer), V-22-14 (Pejsesæt) og U 2020.2532 Ø (Anne Black). Her fandt domstolene, at elementer og formsprog, der længe havde vist sig blandt de givne produkter på markedet, ikke kunne nyde beskyttelse, idet disse elementer på den måde ikke længere var særegne ved produkterne. Ophavsmanden havde ikke opretholdt sit produkts position på markedet, hvorefter produktets originalitet var blevet udvandet, idet det var blevet en form for standard eller trend på markedet.

Brugskunst, som er minimalistisk og har et alment formsprog, nyder ligeledes en mere snæver beskyttelse end mere særegne og detaljerede produkter, hvilket domstolene har bemærket i flere domme, jf. V-68-16 (Kubus Bowl), V-22-14 (Pejsesæt), V-14-17 (Udendørslamper) og til dels U 2020.2532 Ø (Anne Black). I V-14-17 (Udendørslamper) var to forskellige lamper beskyttet mod henholdsvis nærgående og meget nærgående efterligninger. Begge lamper opfyldte originalitetskravet og adskilte sig fra øvrige lamper på markedet. Forskellen i beskyttelsesomfanget bestod i, at lampen, Skan, blev betegnet som minimalistisk og dermed ikke havde den samme adskillelsesevne som lampen, Empty. Empty havde således en højere grad af originalitet og nød derfor en bredere beskyttelse. En minimalistisk brugskunstgenstand har, som begrebet antyder, få detaljer i modsætning til mere komplicerede produkter. På den baggrund kan minimalistiske produkter ikke nyde en bred beskyttelse, medmindre det minimalistiske design i samspil med formgivning, materialevalg m.v. kan siges netop at være udtryk for en selvstændigt skabende indsats, som opfylder originalitetskravet. Domstolene er således tilbageholdende med at indrømme simple produkter beskyttelse, eller i hvert fald en bred beskyttelse.

Forskellige brugskunstgenstande vil i nogle tilfælde få det samme designudtryk eller samme karakteristika som andre produkter, der er frembragt af samme ophavsmand. En række forskellige produkter kan på den måde blive anset som en tilføjelse eller udvidelse af det i forvejen eksisterende produktsortiment som en serie, hvilket kan være med til at give produkterne en særlig status. I V-4-14 (Køkken- & badserie) var det den specielle ramme, der var karakteristisk for helhedsindtrykket af de ellers forskellige møbelementer. I V-68-16 (Kubus Bowl) fandt skønsmanden, at der var tale om en udvidelse af Kubus by Lassen produktserien, ligesom landsretten i U 2020.2532 Ø (Anne Black)

lagde vægt på, at Anne Blacks keramikprodukter kunne ses som udtryk for samme designunivers, selvom produkterne ikke var tiltænkt som en serie eller produceret inden for samme periode. På den baggrund kan det udledes, at et enkelt produkt i en produktserie i nogle tilfælde kan bæres af de øvrige produkter i serien, jf. U 2009.1789 H (Hundeskål m.m.), hvor hundeskålene ikke udgjorde lige så nærgående efterligninger, som de to andre produkter i sagen, men alligevel nød samme beskyttelse. Domstolene lægger således vægt på sammenhængen mellem ophavsmandens produkter i originalitetsvurderingen.

U 2009.1789 H (Hundeskål m.m.) adskiller sig fra den tidligere opfattelse om, at brugskunst alene nyder ophavsretlig beskyttelse mod meget nærgående efterligninger. I sagen blev der lagt vægt på, at produkterne var atypiske på lanceringstidspunktet, da der ikke var set noget lignende på markedet. Der fandtes derfor at være en høj grad af originalitet og en bredere beskyttelse i forhold til den tidligere antagelse af brugskunstgenstandes beskyttelsesomfang.

De forskellige kriterier, som domstolene anvender i sine vurderinger, er med til at definere graden af originalitet, som derfor har en betydning for beskyttelsesomfanget. Fælles for størstedelen af de ovennævnte domme er, at brugskunstgenstande alene nyder beskyttelse mod meget nærgående efterligninger. Tidligere angav domstolene, hvilken grad af efterligning den ophavsretlige beskyttelse kunne udstrækkes til, hvilket ikke længere ses at være et gennemgående tema i dommene. I nyere retspraksis finder domstolene blot, at der foreligger en ophavsretlig beskyttelse og i den forbindelse vurderes det, hvorvidt der foreligger en krænkelse. Det kan ud fra ovenstående domme konkluderes, at det ophavsretlige beskyttelsesomfang af brugskunst ikke pr. automatik er snævert, men at beskyttelsesomfanget afhænger af originalitetsgraden.

2.5 Krænkelse af ophavsretten

Stiftelsen af enerettens eksistens og krænkelsen heraf skal i teorien holdes adskilt, således enerettens eksistens konstateres forud for, at der kan statuere en krænkelse heraf. På trods af, at dette udgør to forskellige vurderinger, herunder om et værk på den ene side kan opnå eneret og på den anden side, hvorvidt værket er krænkelse, så kan de to vurderinger ikke altid adskilles i praksis.⁴⁰ Afgrænsningen mellem den beskyttelse, som ophavsmanden får via eneretten og den ret, som enhver anden har til at fremstille et nyt og selvstændigt værk med inspiration fra et beskyttet værk, er ikke klar. Det er derfor op til fortolkning hos domstolene i krænkelsessager at vurdere, hvorvidt grænsen er overtrådt, og om der foreligger en krænkelse af et beskyttet værk i ophavsretlig forstand.

Der er tre overordnede betingelser for, at der foreligger en ophavsretlig krænkelse. Betingelserne fremgår ikke af loven, men er udviklet i retspraksis. Man ser på identitetsoplevelsen, subjektive forhold og overtagelse af originalitet. I det følgende beskrives betingelserne, hvorefter anvendelsen heraf belyses gennem retspraksis. Alle domme i nærværende afsnit nyder ophavsretlig beskyttelse, hvorfor spørgsmålet herom ikke behandles.

⁴⁰ Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, s. 71

2.5.1 Identitetsoplevelse

For at et værk kan siges at være krænkelse af et andet værk, er det et krav, at værkerne skal ligne hinanden, så der sker en identitetsoplevelse. I vurderingen ser man på produkternes helhedsindtryk og holder dem op imod hinanden. Såfremt en person får den samme oplevelse og samme indtryk af værk A, som af værk B, da foreligger der en krænkelse. Er det ikke tilfældet, vil der ikke være en krænkelse, idet personen vil være i stand til at skelne produkterne, eftersom de ikke giver den samme helhedsoplevelse.⁴¹

Domstolene vurderer en krænkelse ud fra en helhedsvurdering. I helhedsvurderingen anvendes sædvanligvis skøns mænd, som har kompetencer inden for det givne område, da domstolene ikke nødvendigvis har den faglige viden, der er nødvendig til brug for vurderingen.⁴²

2.5.2 Subjektive forhold

Det er uklart, hvorvidt der stilles et egentligt krav til subjektivt kendskab til originalproduktet, før der kan statueres en krænkelse.

I teorien og i litteraturen antages det, at kendskab til det originale værk er en forudsætning for krænkelsen, således der ikke foreligger en krænkelse, såfremt der ikke har været subjektivt kendskab til originalværket. Hvis man har kunnet frembringe værk B, som en ubevidst efterligning og dermed uden kendskab til originalværket, vil der være en formodning for, at originalværket ikke har en tilstrækkelig grad af originalitet, idet det har været muligt at skabe en lovlig dobbeltfrembringelse.⁴³ Det vil i praksis betyde, at originalproduktet i princippet ikke bør nyde ophavsretlig beskyttelse, og at der derfor ikke kan foreligge en krænkelse samt at sagsøgte på den baggrund bør frifindes.

Det er ophavsmanden, der skal bevise, at den, der har efterlignet originalproduktet, har haft kendskab hertil. I praksis ses det ofte, at parterne ikke strider om, hvorvidt der har været kendskab til originalproduktet,⁴⁴ jf. blandt andet V-4-14 (Køkken- & badserie). Såfremt kendskab til originalproduktet bestrides, lægges bevisbyrden for ukendskab til originalproduktet på den, der har efterlignet originalproduktet. Det har ligeledes bevismæssig betydning, hvor indarbejdet og velkendt originalproduktet er på markedet.⁴⁵

2.5.3 Overtagelse af originalitet

Den sidste betingelse for at statuere en krænkelse efter ophavsretten er, at der skal være sket overtagelse af beskyttet stof. Originalproduktet skal, for at nyde beskyttelse efter OPHL § 1, selv opfylde beskyttelsesbetingelserne, herunder originalitetskravet.⁴⁶ En brugskunstgenstand, der ikke opfylder originalitetskravet, kan ikke være krænkelse, da den ikke er beskyttet. Ved overtagelse af

⁴¹ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 153

⁴² Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 153f

⁴³ Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 162

⁴⁴ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 107

⁴⁵ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 106f

⁴⁶ Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, s. 154

beskyttet stof forstås, at et konkurrerende produkt skal have efterlignet det eller de elementer af det beskyttede originalprodukt, som giver originalproduktet originalitet. I U 2011.2736 H (Lulu-stolen) anvendte Højesteret udtrykket »en tilstrækkelig frigørelse fra det særegne«,⁴⁷ som derfor kan ses som en del af kravet om overtagelse af originalitet. I U 2015.979 H (STEVE-stolen) frigjorde STEVE-stolen sig fra Tripp Trapp-stolen, som den eneste blandt Tripp Trapp-sagerne, idet de elementer, der var særegne ved Tripp Trapp-stolen ikke gik igen i STEVE-stolen. STEVE-stolen havde derfor ikke overtaget Tripp Trapp-stolens originalitet. Det er således et krav, at et værk skal frigøre sig fra det, der giver originalproduktet originalitet, jf. ligeledes betragtningen i V-68-16 (Kubus Bowl) og V-60-17 (PH Artichoke).

2.5.4 Retspraksis

Flertallet fandt i U 2001.747 H (Tripp Trapp), at Tripp Trapp-stolen havde »et banebrydende formmæssigt design,«⁴⁸ hvorefter der var sket en overtagelse af beskyttet stof, idet Tripp Trapp-stolen havde en høj grad af originalitet. Der fandtes desuden at være så væsentlige ligheder mellem de to stole, som ikke var funktionelt begrundet, at der for ikke-fagfolk var en identitetsoplevelse i en sådan grad, at sagsøgte stol, 2-Step-stolen, udgjorde en meget nærgående efterligning. 2-Step-stolen fandtes ikke at kunne være frembragt uden kendskab til Tripp Trapp-stolen, hvorfor det subjektive kendskabskrav var opfyldt. De tre betingelser fandtes alle opfyldt, og der forelå en krænkelse.

En Højesteretsafgørelse hvori kravet om overtagelse af originalitet kom særligt til udtryk er U 2014.954 H (Armaturer). Højesteret fandt ikke, at der forelå en krænkelse, idet kravet ikke var opfyldt, jf. ordene: »både Osier nr. 18087/18082 (»Osier«) og BLANCO Finess (»BLANCO«) adskiller sig fra Vola KV1 på de punkter, der er særegne for Vola KV1 og har særlig betydning for den ophavsretlige beskyttelse.«⁴⁹

I V-3-16 (Vipp) fandt skønsmanden, at der mellem sagsøgers sæbedispenser, Vipp 9, og sagsøgte sæbedispenser, NOVA, var visse ligheder og forskelle. Skønsmanden fandt, at NOVA ud fra en helhedsvurdering ikke var en kopi eller en slavisk efterligning af Vipp 9 med ordene: »Ud fra en helhedsvurdering fremtræder "Nova" ikke som en kopi* og ej heller som en slavisk efterligning af "Vipp 9". Dog er der så mange overordnede lighedstræk mellem de to, at en efterligning af en vis grad fremstår som en brugbar betegnelse.«⁵⁰ Hertil er begrebet 'kopi' udtryk for en nøjagtig afbildning eller gengivelse af noget, jf. Den Danske Ordbog.⁵¹ Det kan ud fra denne udtalelse konkluderes, at en slavisk efterligning ikke er slavisk i den forstand, at det er en 1:1 efterligning, på samme niveau som en kopi. Begrebet 'slavisk efterligning' betyder derimod, at der er tale om en efterligning ned til mindste detalje, og som ikke udgør en selvstændig skabende indsats.⁵² At skønsmanden gjorde brug af betegnelsen »en efterligning af en vis grad«,⁵³ må, efter Forfatterens

⁴⁷ U 2011.2736 H

⁴⁸ U 2001.747 H

⁴⁹ U 2014.954 H

⁵⁰ V-3-16

⁵¹ <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=kopi>

⁵² <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=slavisk>

⁵³ V-3-16

opfattelse, være en efterligning, der ikke er på linje med en nærgående efterligning, idet der i denne vurdering er flere forskelle end ligheder. I krænkelsevurderingen er produkternes udtryk og fremtoning det afgørende, når produkterne ses sammen. Sø- og Handelsretten fandt efter en samlet vurdering, at NOVA ikke udgjorde »en sådan efterligning«⁵⁴ af Vipp 9, at der forelå en krænkelse af ophavsretten, da de markante designmæssige forskelle medførte, at der ikke forelå en identitetsoplevelse. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse: »Retten lægger afgørende vægt på, at de særlige produkt- og formelementer, som ikke er ens på parternes produkter, efter rettens vurdering giver produkterne en væsentlig grad af differentiering.«⁵⁵ Lighederne mellem de to sæbedispensere var begrænset til generelle formelementer, der, som tidligere nævnt, ikke er beskyttet, mens de væsentligste forskelle fandtes ud fra den kunstneriske del, hvorefter ophavsretten ikke var krænket. Her var der således ikke tale om overtagelse af beskyttet stof, idet lighederne var begrundet i funktionalitet og generelle formelementer, idet dette ikke kan beskyttes. For så vidt angår kendskabet til Vipp 9, udtalte skønsmanden, at det ikke ville være muligt at frembringe sæbedispenseren, NOVA, ved en selvstændigt skabende indsats uden kendskab til Vipp 9. Vipp 9 havde en høj grad af originalitet på frembringelsestidspunktet og sagsøger sandsynliggjorde kendskabet hertil på baggrund af det fremlagte markedsføringsmateriale. Dog fik skønsmandens vurdering ikke afgørende betydning i denne sag, idet Sø- og Handelsretten ikke fandt, at der forelå en identitetsoplevelse, da der af sagsøgte var foretaget så mange designmæssige valg, der afveg fra Vipp 9, at NOVA ikke var en meget nærgående efterligning af Vipp 9. Det samme gjorde sig gældende i V-14-17 (Udendørslamper), hvor den ene lampe var krænket efter OPHL § 1. Her kom Sø- og Handelsretten, vedrørende den anden lampe, ligeledes frem til, at der måtte foreligge kendskab, men at produkterne adskilte sig på en sådan måde, at der ikke skete en identitetsoplevelse og derfor ikke var en krænkelse. Det samme sås i U 2003.1219 H (LP belysningsarmaturer), hvor der, ifølge Højesteret, ikke forelå en identitetsoplevelse og dermed ikke var en krænkelse trods kendskab, idet der ikke fandtes at være en så nærgående efterligning.

I V-68-16 (Kubus Bowl) fandt skønsmanden, at planteskålen fra sagsøgte, Idanna, var frembragt med sagsøgers produkt, Kubus Bowl, som forbillede, hvilket understøttedes af sagsøgte egen forklaring samt det faktum, at Kubus Bowl var unik på lanceringstidspunktet og derfor også havde en høj grad af originalitet. Der forelå derfor kendskab ifølge Sø- og Handelsretten. Skønsmanden fandt desuden væsentlige ligheder mellem produkterne, hvilket skabte den samme identitetsoplevelse. Sø- og Handelsretten fandt, at Idannas planteskål måtte anses som en meget nærgående efterligning. Idannas planteskål var frembragt uden selvstændig indsats og de simple grundformer var sammensat på samme måde som Kubus Bowl, hvorfor kravet om overtagelse af originalitet var opfyldt. Sø- og Handelsretten fandt på den baggrund, at der forelå en krænkelse.

I V-60-17 (PH Artichoke) fandt Sø- og Handelsretten, at de »særegne elementer genfindes i al væsentlighed i både Lotus Mini og Lotus 67, og hverken Lotus Mini eller Lotus 67 har således fjernet sig tilstrækkeligt fra PH Artichokes særegne karakteristika.«⁵⁶ Sagsøgte lamper havde derfor overtaget originaliteten fra sagsøgers lampe PH Artichoke, ligesom der forelå en identitetsoplevelse,

⁵⁴ V-3-16

⁵⁵ V-3-16

⁵⁶ V-60-17

da det designmæssige udtryk lagde så tæt op ad PH Artichoke, at denne ansås for efterlignet i en sådan grad, at der var sket en krænkelse. Af den af Louis Poulsen ensidigt indhentede eksperterklæring fremgik, at sagsøgte ikke kunne have fremstillet sine lamper uden kendskab til PH Artichoke. Det skal påpeges, at erklæringen var velunderbygget og forholdt sig på et objektive grundlag, ligesom den sagkyndige ekspert var udpeget af Design Danmark, hvorfor Sø- og Handelsretten ikke havde betænkeligheder ved at bruge denne som bevismæssigt grundlag. Sø- og Handelsretten anvender udtrykket »så nærgående efterligninger«,⁵⁷ hvilket, efter Forfatterens opfattelse, kan være udtryk for, at der netop er tale om en meget nærgående efterligning, som påstået af sagsøgte skulle være tilfældet, før der kunne statueres en krænkelse.

I BS-1370/2016-SHR (Bitz & Würtz) lagde skønsmanden op til, at de to stel skabte en identitetsoplevelse på baggrund af det samlede helhedsindtryk, særligt når stellerne sås samlet, hvor lighederne blev tydeligere og forskellene mere ubetydelige. Skønsmanden fandt, at sagsøgte, Bitz', stel ikke var udtryk for en selvstændig indsats, da sagsøger, Würtz, var skaberen af den trend, som Bitz lagde sig op ad, mens det ansås som »usandsynligt«,⁵⁸ at Bitz kunne have skabt sit stel uden forudgående kendskab til Würtz' stel. Skønsmanden fandt således, at ved at anvende den trend, som Würtz havde skabt, samt at slutresultatet af Bitz' produkter lænede sig så meget op ad Würtz, at der var tale om en »tilstræbt efterligning«⁵⁹ fra Bitz' side. Sø- og Handelsretten udtalte, at »Bitz-stellet [...] ud fra en helhedsvurdering uanset enkelte forskelle giver en sådan oplevelse af identitet med Würtz-stellenes originalitet«. ⁶⁰ Udtalelsen understregede, at de beskyttede elementer i Würtz stellet gik igen i Bitz stellet, og at Bitz stellet på den måde havde overtaget Würtz' originalitet og skabt en identitetsoplevelse. Det understøttedes af flere mailkorrespondancer mellem Bitz og producenten. Bitz' produkter indeholdt samme karakteristika som Würtz-stellet. Kendskabet må anses som værende en skærpende omstændighed, idet retten fandt, at Bitz havde tilstræbt en efterligning. Sø- og Handelsretten påpegede ikke hvilken grad af efterligning, der krævedes for at statuere krænkelse, men alene at efterligningen var tilstræbt. Sagsøgte fremførte i sin argumentation, at der skulle være tale om en slavisk, eller i det mindste meget nærgående efterligning, førend der ville kunne statueres en krænkelse. Det må derfor antages at være tilfældet i nærværende sag, idet kravet om en meget nærgående efterligning ikke er bestridt af Würtz eller påpeget af Sø- og Handelsretten, som blot vurderede, at der var en krænkelse. Dommen er udtryk for, at efterlignerens kendskab til originalproduktet kan have en vis betydning i krænkelsesvurderingen og dermed for sagens udfald. Det samme gjorde sig gældende i V-2-16 (Kähler).

I U 2020.2532 Ø (Anne Black) var det, efter landsrettens begrundelse, usandsynligt at sagsøgte, Ronald A/S, kunne have frembragt sine produkter uden kendskab til sagsøger, Anne Blacks, produkter. For så vidt angik hængepotten, forelå der identitetsoplevelse i stor grad, dels fordi Ronald A/S havde benyttet samme elementer, som netop var karakteristiske for Anne Blacks hængepotte, dels var helhedsindtrykket meget ens. De enkelte forskelle mellem Ronald A/S' og Anne Blacks hængepotter havde, ifølge landsretten, ikke betydning for det samlede helhedsindtryk. Ligeledes var

⁵⁷ V-60-17

⁵⁸ BS-1370/2016-SHR

⁵⁹ BS-1370/2016-SHR

⁶⁰ BS-1370/2016-SHR

ingen elementer i Ronalds A/S' hængepotte udtryk for et nyt eller selvstændigt design. Kravet til identitetsoplevelse, kendskab og overtagelse af originalitet var derfor opfyldt, og der forelå en krænkelse, idet der forelå en nærgående efterligning af hængepotten.

Sø- og Handelsretten fastslog i BS-50242/2018-SHR (Plant Box), at der var elementer, der var egnede til at differentiere sagsøgers plantekasse, Plant Box, og sagsøgtes plantekasse fra hinanden, så der ikke forelå en identitetsoplevelse både på baggrund af materialevalg, fremtoning og det samlede helhedsindtryk. Sø- og Handelsretten fandt desuden, at sagsøgtes plantekasse ikke efterlignede de elementer, der netop gav Plant Box originalitet, hvorfor der ikke skete overtagelse af beskyttet stof.

2.6 Sammenfatning af ophavsretten

Fra starten af 00'erne gjorde domstolene det klart, at beskyttelsesomfanget for brugskunst i langt de fleste tilfælde er begrænset til at angå meget nærgående efterligninger. Der har dog siden 2001 været en udvikling i den måde, hvorpå domstolene begrundes sine afgørelser og ligeledes i forhold til hvilket beskyttelsesomfang, der indrømmes efter OPHL § 1. Brugskunst er derfor ikke pr. definition tillagt en snæver beskyttelse, som tidligere antaget i litteraturen. At der i de fleste tilfælde ses, at der kræves en meget nærgående efterligning, førend der kan statueres en krænkelse skyldes, at brugskunst er anvendt kunst og derfor er underlagt visse kreative begrænsninger, da en brugskunstgenstand til en vis grad er teknisk og funktionelt betinget. OPHL § 1 har til formål at beskytte litterære og kunstneriske værker og således ikke tekniske og funktionelle elementer. Det er derfor alene den kunstneriske del af en brugskunstgenstand, der har betydning for den ophavsretlige beskyttelse, såfremt originalitetskravet er opfyldt, hvorefter beskyttelsesomfanget afhænger af originalitetsgraden. Graden af originalitet har den betydning, at selvom et produkt overvejende er funktionsbestemt, kan enkelte kunstneriske og kreative valg være tilstrækkelige til at opfylde betingelserne for beskyttelse. At der oftest er tale om en beskyttelse mod meget nærgående efterligninger, og ikke blot mod nærgående efterligninger, stemmer overens med lovgivers hensigt og bestemmelsens formål, som netop har været ikke at gøre beskyttelsen af brugskunstgenstande for bred.⁶¹

I nyere retspraksis hverken konstaterer eller begrundes domstolene i sine afgørelser, i hvilket omfang produktet nyder beskyttelse. Domstolenes beskrivelse af, hvad der er særligt og originalt ved en brugskunstgenstand, og hvorfor netop dette produkt er originalt, er ofte kort og ubegrundet. I retspraksis ses en tendens til, at domstolene henviser til, eller endda citerer, skønsmandens forklaring og på baggrund heraf lægger til grund, at produktet opfylder originalitetskravet og således nyder beskyttelse. Det ses ofte, at domstolene, først i forbindelse med statuering af krænkelsen, konstaterer, hvilken grad af efterligning der er tale om eller kræves. Når domstolene vurderer hvilken efterligning, der foreligger i den konkrete sag, kan det herudfra ses, hvor langt beskyttelsesomfanget som minimum kan udstrækkes, om end det er svært at få en idé om, hvorvidt omfanget af beskyttelsen er videre end det. I praksis er vurderingen af, hvorvidt brugskunstgenstanden er ophavsretligt beskyttet,

⁶¹ DA MOT.I, s. 99

og vurderingen af, hvorvidt der foreligger en krænkelse ofte sammenfaldende, idet vurderingerne ikke holdes adskilt.

Det kan udledes af retspraksis, at de tre betingelser for en ophavsretlig krænkelse ikke kan stå alene. Det kommer eksempelvis til udtryk i retspraksis, hvor der ikke er sket en overtagelse af originalitet, selvom to produkter har samme helhedsindtryk, såfremt det, der skaber produkternes identitetsoplevelse, ikke udgøres af det eller de elementer, der er beskyttet. Det ses i nyere retspraksis, at kravet om overtagelse af originalitet vægter tungere end helhedsindtrykket af produkterne. I starten af 00'erne vedrørte vurderingen i højere grad helhedsindtrykket, hvor det nu er de beskyttelsesværdige elementer i produktet, som vurderingen baseres på. Hvis der er sket overtagelse af de originale elementer, men udseendet samlet set differentierer produkterne så væsentligt fra hinanden, at der ikke foreligger en identitetsoplevelse, vil der ikke være sket en krænkelse.

Det er vanskeligt i retspraksis at se ud fra produktefterligningssager om brugskunst, hvorvidt kravet til subjektivt kendskab egentligt er en betingelse for krænkelsen. Såfremt sagsøger har ført et tilstrækkeligt bevis for, at dennes produkt har en høj grad af originalitet og er velindarbejdet og velkendt på markedet, bliver sagsøgte bevisbyrde for ukendskab til originalproduktet tung at løfte. Der findes ingen afgørelser, hvori kendskab ikke lægges til grund, men hvor der alligevel er statueret en krænkelse. Når skønsmanden finder, at originalproduktet var originalt på frembringelsestidspunktet, er der hos domstolene en formodning for, at efterligningen ikke kunne været fremstillet uden kendskab til originalproduktet, idet domstolene ofte lægger skønsmandens vurdering til grund. Domstolene tilsidesætter ofte parternes forklaring om kendskab ved at finde det usandsynligt, at der ikke skulle have foreligget kendskab grundet originalitet og sammenfald mellem produkterne jf. blandt andet BS-1370/2016-SHR (Bitz & Würtz) og U 2020.2532 Ø (Anne Black). Kravet til subjektivt kendskab er derved opfyldt ved, at det bliver lagt til grund, at der har foreligget kendskab, selvom der ikke nødvendigvis er ført et egentligt bevis herfor. Originaliteten og sammenfaldet synes derfor at bære bevisbyrden for kendskabet, jf. U 2012.256 H (Alfi termokander). At man i praksis på den måde opnår beskyttelse, også mod mulige ubevidste efterligninger, er, efter Forfatterens mening, meget vidtgående, idet man således helt ser bort fra betragtningen om dobbeltfrembringelser. Samtidig kan det være medvirkende til at indskrænke incitamentet til innovation og nyskabelse, da man, som uvidende, kan blive mødt med et søgsmål, fordi et frembragt produkt har lighedspunkter med et allerede eksisterende produkt.

DEL III – Markedsføringsretten

3.1 Det teoretiske udgangspunkt

Den første markedsføringsretlige generalklausul blev vedtaget i den daværende konkurrencelovs § 15 i 1937. I 1974 blev bestemmelsen i konkurrenceloven erstattet af MFL § 1. Retsstillingen forblev uændret, men der kom dog et øget fokus på forbrugerhensyn og almene samfundsinteresser.⁶² Markedsføringsudvalget har i en betænkning til en lovændring af MFL i 2006 anført, at »det bør være op til domstolene at foretage en konkret afvejning af hensynene på baggrund af de konkrete omstændigheder i de enkelte sager, som forelægges til afgørelse.«⁶³ Ligeledes lagde udvalget stor vægt på, at retsanvendelsen og retspraksis skulle forblive den samme, når det kom til tvister omkring produktefterligninger og illoyal snyltning på andres særpræg eller renommé. Bestemmelsens materielle indhold forblev derfor uændret, idet dog lovens formål, som hidtil kun fremgik af en formålsbestemmelse, blev indført direkte i lovtæksten.⁶⁴ I dag finder man den nugældende markedsføringsretlige generalklausul i MFL § 3, stk. 1. Den nugældende MFL trådte i kraft pr. 1. juli 2017.

Den nugældende MFL § 3, stk. 1 lyder således:

§ 3. Erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, jf. dog stk. 3.

Når der i dette kandidatspeciale henvises til MFL § 1 i forbindelse med domme og litteratur, er det på baggrund af den lovændring, der kom af MFL i 2017. MFL blev ændret således, at lovens § 1 blev til den nugældende § 3, stk. 1, hvorfor MFL § 1 er anvendt i domme og litteratur fra før lovændringen. Der blev dog ikke foretaget ændringer i bestemmelsens materielle indhold, hvorfor retspraksis fra før 2017 fortsat er gældende ret.⁶⁵

MFL § 3 tager, efter ordlyden af bestemmelsen, hensyn til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser, idet forbrugerhensynet dog ikke inddrages i dette kandidatspeciale.

Generalklausulen i MFL § 3 bestemmer, at erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik. Bestemmelsen er udtryk for en juridisk standard, hvis indhold kan ændre sig og tilpasses i takt med samfundsudviklingen.⁶⁶ Bestemmelsen er subsidiær i forhold til OPHL § 1, som er *lex specialis*, idet MFL § 3 primært kan yde beskyttelse af erhvervsdrivendes rettigheder, i det omfang disse ikke er beskyttede efter anden lovgivning. Generalklausulen kan benyttes til at gribe ind mod enhver erhvervs-mæssig handling, som strider mod hensynet til forbrugerne, konkurrenterne eller samfundet generelt.⁶⁷

⁶² Betænkning 1973 nr. 681 forbrugerkommissionens betænkning II, s. 13

⁶³ Betænkning 2005 nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning, s. 98

⁶⁴ Betænkning 2005 nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning, s. 98

⁶⁵ Lovforslag L 40 om markedsføring

⁶⁶ Betænkning 2005 nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning, s. 96

⁶⁷ Betænkning 2005 nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning, s. 95 og Lovforslag L 211 om markedsføring

Generalklausulen i MFL § 3 er en efterligningsbeskyttelse og ikke en prioritetsbeskyttelse.⁶⁸ Beskyttelsen efter MFL § 3 gælder i princippet lige så længe, som et produkt kan opretholde sit særpræg og har derfor ikke en forudbestemt udløbsdato for beskyttelsens tidsmæssige udstrækning.⁶⁹

MFL § 3 er et konkurrenceværn mod illoyal adfærd, markedsfortrængning og markedsforstyrrelse. MFL § 3 har desuden til formål at sikre plads til innovation og kreativitet, således at fordelene og incitamentet hertil ikke forsvinder.⁷⁰ MFL § 3 har en bred formulering og dækker blandt andet over beskyttelse af produkt efterligninger.⁷¹ Der er to overordnede hensyn i den brede formulering i generalklausulen. På den ene side iagttages hensynet til behovet for beskyttelse af et produkt mod snyltende efterligninger, mens der på den anden side også tages hensyn til den frie og effektive konkurrence. Begge hensyn skal indgå i vurderingen af, hvorvidt der kan statuere en krænkelse, da afvejningen af de to hensyn skal sikre, at god markedsføringsskik overholdes. Hensynet bag beskyttelsen mod produkt efterligninger tilsigter at give frembringeren af originalproduktet en rimelig beskyttelse af både produktet samt den tid, proces og ikke mindst det økonomiske, der er lagt i frembringelsen af produktet. Beskyttelsen har endvidere til formål at hindre efterligninger af produkter, så der ikke sker en illoyal markedsfortrængning og udnyttelse af originalproduktets markedsposition på en utilbørlig måde.⁷² Efterligningen af en andens produkt er ikke i sig selv et problem. Det er først et markedsføringsretligt problem, når efterligningen er tilstræbt og dermed sket på en utilbørlig måde eller ved snyltning på originalproduktets markedsidentitet. Det kan enten ske ved efterligning af konkrete produkter i forsøg på at lukrere på en andens markedsposition eller ved snyltning på en andens renommé i forsøget på at opnå associationer med dennes virksomhed og brand.⁷³ Der stilles derfor krav til, at der er handlet culpøst, førend MFL § 3 finder anvendelse.⁷⁴ Hensigten med MFL § 3 er ikke at give frembringeren af originalproduktet en eneret på samme måde som efter OPHL.

3.2 Særpræg

Produkter uden markedsføringsretligt særpræg, eller kommerciel adskillelsesevne, som det også kaldes, nyder ikke beskyttelse mod produkt efterligninger efter MFL § 3.⁷⁵ Kommerciel adskillelsesevne er, mere præcist, en betegnelse for, at *»beskyttelsesværdige produkter skal have en karakter, der adskiller dem fra andre produkter af samme art på markedet.«*⁷⁶ Der er ikke indeholdt et nyhedskrav i kravet om særpræg. Det medfører, at et tidligere markedsført produkt kan omarbejdes i en sådan grad, at det på den måde kan opnå særpræg og dermed nyde beskyttelse efter MFL § 3.⁷⁷ I bedømmelsen af, om et produkt har en tilstrækkelig grad af særpræg, vurderes blandt andet, om

⁶⁸ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 113

⁶⁹ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 101

⁷⁰ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 97ff

⁷¹ Borcher, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 60

⁷² Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 99

⁷³ Betænkning 1966 nr. 416 angående en ny konkurrencelov, s. 22

⁷⁴ Borcher, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 53f

⁷⁵ Borcher, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 61 og 66

⁷⁶ Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan, *Markedsføringsretten*, s. 517

⁷⁷ Borcher, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 69

»produktets fremtoning er udtryk for en udviklingsindsats, og at det har en stilling på markedet, der gør, at kundekredsen kan adskille det fra andre produkter.«⁷⁸ Markedspositionen kan have indflydelse på særprægsvurderingen. På samme måde kan særpræget af et produkt styrke produktets markedsidentitet og dermed give produktet en beskyttelsesværdig markedsposition. Også anvendte salgskanaler, reklamekampagner og øvrige markedsføringsstrategier kan være med til at give et produkt markedsføringsretligt særpræg.⁷⁹ Produktet skal dermed have en tilstrækkelig grad af særpræg ved dets fremtoning eller ved indarbejdelse på markedet. Produktet skal således have et særpræg, der gør det muligt at adskille produktet fra andre tilsvarende produkter på markedet.⁸⁰

3.3 Beskyttelsesomfanget

I vurderingen af, hvor langt efterligningsbeskyttelsen kan udstrækkes efter MFL § 3, skal de to beskyttelseshensyn holdes op imod hinanden. Såfremt beskyttelsen er for bred, da risikerer man at hindre den frie og effektive konkurrence. Omvendt, såfremt hensynet til den frie konkurrence vægtes for højt, da øges risikoen for snyltning og illoyal adfærd. Balancen mellem hensynene afvejes ved, at originalproduktet skal leve op til kravet om særpræg, så man ikke indrømmer en beskyttelse af produkter, der ikke er beskyttelsesværdige.⁸¹ Det er i praksis op til domstolene at foretage afvejningen mellem de to hensyn og finde en passende balance.

Også efter MFL § 3 vurderes beskyttelsesomfanget og krænkelsen med udgangspunkt i de forskellige grader af efterligninger, herunder nærgående, meget nærgående og slaviske efterligninger. Det antages i litteraturen, at generalklausulen indeholder en snæver beskyttelse, idet beskyttelsen som udgangspunkt angår meget nærgående eller slaviske efterligninger.⁸² Hvorvidt denne betragtning fortsat er korrekt eller om beskyttelsesomfanget påvirkes af graden af særpræg, må søges belyst gennem retspraksis.

3.3.1 Retsspraksis

I U 2003.694 S (Møbelknop), havde en møbelknop på trods af en meget teknisk betonet formgivning, alligevel formået at skille sig ud på markedet. Variationsmulighederne i møbelknoppens fremtoning var udtryk for bevidste designmæssige valg, som gav produktet særpræg, herunder den harmoniske form, sammensætningen af materialer og dimensioner. Idet møbelknoppen adskilte sig fra andre møbelknopper, var den beskyttet mod slaviske efterligninger.

Højesteret fastslog i U 2007.951 H (Herstal lamper), at to lamper, Sko Op/Down og Snoa, havde særpræg grundet udførelsen af de dekorative elementer, som gik ud over, hvad der var nødvendigt for lampernes funktion og almene formsprog. De to lamper var derfor beskyttet mod slaviske og meget nærgående efterligninger. Derimod fandt retten, at tre andre lamper, Sko II Grande Kit, Ballon

⁷⁸ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 163

⁷⁹ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 103

⁸⁰ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 66

⁸¹ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 61

⁸² Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 75

Kit og Mini Sko Væg Spot, ikke havde særpræg, hvorfor disse ikke var beskyttet, da lamperne var udformet efter velkendte formelementer og principper.

I U 2008.1834 H (Bordløfter) fandt Højesteret, med 3/2 dissens, at sagsøgers bordløfter, Deskline DL 1, var skabt ud fra en selvstændig, original og kunstnerisk indsats, der var mere end teknisk og funktionelt begrundet. Skønsmanden fandt, at bordløfterens fremtoning var karakterfuld, og at der var skabt et design, der forenede teknik, funktion og formsprog, herunder at Deskline DL 1 som helhed var enkel og en klart særpræget genstand. I denne sag blev en markedsundersøgelse frembragt som led i argumentationen om, at sagsøger, Linark, havde en beskyttelsesværdig markedsposition, idet Linark, ifølge undersøgelsen, var *»det stærkeste brand på markedet.»*⁸³ Deskline DL 1 fandtes på den baggrund beskyttet efter MFL § 1.

I U 2012.256 H (Alfi termokander) fremstod Alfis termokander som en produktserie med samme designkode, hvilket blandt andet var med til at give Alfis termokander sit særpræg. Alfis termokander adskilte sig fremtoningsmæssigt fra andre termokander på markedet og fra andre producenters designs. Alfis termokanders formsprog og karakteristika var lette at identificere. Alfis termokander havde utvivlsomt et sådant særpræg, at de nød beskyttelse mod efterligninger efter MFL § 1.

Sø- og Handelsretten udtalte i V-34-10 og V-63-10 (Zone sæbedispenser), at *»Zones sæbedispenser har et meget beskedent særpræg og er således kun beskyttet mod slavisk efterligning.»*⁸⁴ Det ses direkte, at graden af særpræg havde betydning for beskyttelsesomfanget, idet en beskedent grad af særpræg herefter kun nød en meget begrænset beskyttelse.

I V-13-16 (Spil&Lær) var det ubestridt, at nogle børnespillekort havde særpræg. Der sås en gennemgående og konsekvent emballage, som dermed var udtryk for et designunivers, der gik igen i hele produktserien. Alle spil i serien blev solgt i den samme type æske, som alle havde den samme særlige skrifttype, samme placering af de forskellige elementer på æsken, men dog ikke samme gennemgående farvetema. Sø- og Handelsretten afviste imidlertid, at nogle af elementerne på spillekortenes æsker kunne nyde beskyttelse, da disse ansås for at være funktionelle elementer, som var en del af det almene formforråd, der ikke kunne nyde beskyttelse efter MFL § 1. De elementer på spillekortenes æsker, der ikke kunne opnå beskyttelse, var titlerne på ryggen af æskerne, placeringen af striber på venstre side af æskerne samt placeringen af titlerne i sort på højkant.

I V-14-17 (Udendørslamper) var beskyttelsen af lampen, Skan, ligesom efter OPHL § 1, også begrænset til meget nærgående efterligninger efter MFL § 3, da lampen havde et enkelt og minimalistisk udtryk samt alment formsprog. Skan havde dog *»sådanne udtryksmæssige karakteristika og kvaliteter,»*⁸⁵ at lampen nød beskyttelse.

I B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse) fandt landsretten, at sagsøgers plastikkasse havde det fornødne designmæssige og æstetiske særpræg efter MFL § 3 på trods af, at plastikkassen bestod af mange funktionelle elementer. Landsretten lagde vægt på sagsøgers plastikkasses betydelige markedsposition, idet denne havde været markedsført i mere end 20 år og var solgt i en række

⁸³ U 2008.1834 H

⁸⁴ V-34-10 og V-63-10

⁸⁵ V-14-17

butikskæder. Plastikkassens indarbejdelse på markedet var således afgørende for beskyttelsen efter MFL § 3.

Brugskunst, der formgivningsmæssigt lader sig kraftigt inspirere af naturens egne eksisterende former, har et meget beskedent særpræg, hvilket fremgik af BS-46785/2018-SHR (Sirius), hvor et kunstigt stearinlys var udformet som en grankogle fundet i naturen. Naturens former udgør et alment formsprog, som man ikke kan få beskyttet. Koglen var alene udtryk for en beskeden selvstændig udviklingsindsats fra frembringerens side og på baggrund af den identiske form, var koglen kun beskyttet mod slaviske efterligninger.

I BS-50242/2018-SHR (Plant Box) blev der i særprægsvurderingen lagt vægt på udviklingsindsatsen, materialevalget og at plantekassen havde været »*succesfuldt markedsført i flere år*«,⁸⁶ hvorfor den nød beskyttelse efter både OPHL § 1 og MFL § 3. De første elementer i vurderingen relaterede sig til den ydre fremtoning af produktet, mens det sidste element angik selve markedsføringen af produktet, som dermed har indflydelse på særprægsvurderingen. Det gjorde sig ligeledes gældende i V-4-14 (Køkken- & badserie), hvor det blev tillagt vægt i særprægsvurderingen, at S12-serien havde været succesfuldt markedsført i flere år, hvilket medførte en højere grad af særpræg i de konkrete sager.

3.4 Delkonklusion

Retspraksis viser, at der er visse udsving i beskyttelsesomfanget for brugskunstgenstande, som er beskyttet efter MFL § 3. I vurderingen af beskyttelsesomfanget er det tydeligt, at domstolene lægger vægt på graden af særpræg, jf. blandt andet BS-46785/2018-SHR (Sirius) og V-34-10 og V-63-10 (Zone sæbedispenser), hvor sæbedispenseren havde et meget beskedent særpræg og dermed kun nød beskyttelse mod slaviske efterligninger.

Det ses i retspraksis, at beskyttelsen af overvejende tekniske eller funktionsbetingede produkter efter MFL § 3 begrænses til slaviske efterligninger, jf. blandt andet U 2008.1834 H (Bordløfter). Brugskunstgenstande, der overvejende er betingede af tekniske eller funktionelle elementer, begrænses i mulighederne for, at udvikleren kan foretage egne kreative og designmæssige valg. Det skyldes, at tekniske funktioner er en nødvendighed for nogle produkters art, hvorefter det ikke er muligt at foretage designmæssige og æstetiske ændringer af de dele, der er teknisk eller funktionelt betinget. Produkter kan opnå en bredere beskyttelse, hvis produkterne har en høj grad af særpræg i form af bevidste designmæssige valg, der rækker ud over de tekniske og nødvendige funktioner, jf. blandt andet U 2007.951 (Herstal lamper). Såfremt produktet i overvejende grad er betinget af tekniske eller funktionelle elementer og ikke har det fornødne særpræg, kan det ikke opnå beskyttelse mod produktefterligninger efter MFL § 3.

Brugskunst, der har et minimalistisk og alment formsprog, nyder en mere snæver beskyttelse end mere detaljeorienterede og komplicerede produkter, jf. V-14-17 (Udendørslamper). Produktets minimalistiske udtryk og almene formsprog indskrænker variationsmulighederne i forhold til kreative og designmæssige valg. Des færre variationsmuligheder, des mindre synes muligheden for at give et

⁸⁶ BS-50242/2018-SHR

er således få designmæssige tilvalg eller produktets markedsidentitet, der gør det muligt at opfylde kravet og dermed opnå beskyttelse. Det kan på den baggrund konkluderes, at det er svært at falde uden for beskyttelsesområdet efter MFL § 3, idet beskyttelsesområdet dog afhænger af graden af særpræg.

3.5 Krænkelse af markedsføringslovens § 3

En række betingelser skal være opfyldt, førend der kan statueres en krænkelse efter MFL § 3. Først gælder, at originalproduktet skal have særpræg, som beskrevet i ovenstående afsnit, da produktet ellers ikke nyder beskyttelse efter MFL § 3. Den næste betingelse for krænkelse er, at der foreligger forvekslingsrisiko mellem originalproduktet og efterligningen. Efterligningen skal desuden være tilstræbt, hvorved der kræves subjektiv skyld i form af culpøse handlinger. Den sidste betingelse er, at de to produkter skal være i et potentielt eller eksisterende konkurrenceforhold.⁸⁷ Krænkelsesvurderingen efter MFL § 3 er både baseret på selve produktet og den udviste adfærd. Det bemærkes, at god markedsføringsskik kan være overtrådt på mange måder i kraft af generalklausulen, og der kan således ske domfældelse, selvom de netop nævnte betingelser ikke alle er opfyldt.

I det følgende beskrives teorien bag de tre kriterier, og disse vil efterfølgende belyses gennem retspraksis. Alle domme i det følgende afsnit nyder beskyttelse efter MFL § 3, hvorfor spørgsmålet herom ikke behandles.

3.5.1 Sammenfald og forvekslelighed

I krænkelsesvurderingen efter MFL § 3 indgår lighedsgraden mellem produkterne. I forbindelse med snyltning, taler man om forvekslelighed eller anden associering. En efterligning i sig selv knytter sig til forveksleligheden eller sammenfaldet mellem produkterne. Snyltning er det illoyale moment. Snyltning indebærer både en efterligning og en associering. En efterligning er illoyal, fordi den skaber en forvirring blandt kundegruppen, som bliver vildledt, og fordi krænkeren dermed tilegner sig noget, som tilhører en anden.⁸⁸ Bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger en ulovlig produktefterligning og dermed en krænkelse, knytter sig derfor til forvekslingsrisikoen og sammenfaldet mellem originalproduktet og efterligningen.⁸⁹ Desuagtet de forskelle, der måtte være i produkternes karakter, særpræg, position på markedet, målgruppe og kundekreds, er det forvekslingsrisikoen, der foreligger ved produkternes ydre fremtoning, der er af størst betydning i vurderingen.⁹⁰ Såfremt der ikke er risiko for forveksling mellem de to produkter blandt det købende publikum, foreligger der ikke en krænkelse efter MFL § 3.⁹¹ Det utilbørlige forhold i relation til produktefterligninger er, at en person udnytter ligheden mellem originalproduktet og efterligningen for derved at opnå en gevinst.⁹² Det

⁸⁷ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 101ff

⁸⁸ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 182

⁸⁹ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 181 og Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan, *Markedsføringsretten*, s. 531

⁹⁰ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 181

⁹¹ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 109

⁹² Betænkning 1966 nr. 416 angående en ny konkurrencelov, s. 22

kommer særligt til udtryk i forbindelse med forveksleligheden blandt det købende publikum, da man herved har snyltet og opnået en position på markedet på baggrund af en andens produkt og markeds-mæssige identitet og således skabt en vildfarelse hos forbrugerne.⁹³ Forvekslelighed kan desuden foreligge ved, at produkterne i høj grad har samme almene formsprog og dermed er substituerbare.⁹⁴ For at vurdere risikoen for forveksling, ses der på forskellige faktorer.

En af faktorerne vedrører den relevante kundekreds. Kundekredsens evne til at bedømme, hvorvidt der er tale om en efterligning indgår i vurderingen af, om der foreligger forvekslingsrisiko.⁹⁵ Vurderingen baserer sig blandt andet på, hvem målgruppen er. Et produkts kundekreds kan være både forbrugere men også erhvervsdrivende. Kravet til forveksling afhænger derfor til dels også af kundegruppens fagkundskab, og hvad der deraf kan forventes. Hvis der ikke eksisterer en risiko for, at den relevante kundegruppe vil forveksle produkterne, er der ikke tale om en efterligning efter MFL § 3. Forbrugere forventes desuden i højere grad at kunne adskille produkterne, såfremt det er dyre eller mere avancerede produkter.⁹⁶

Princippet om det udviskede erindringsbillede kan også spille ind i forhold til forvekslingsrisikoen. Køberne af et produkt har sjældent mulighed for at se og sammenligne de konkurrerende produkter samtidigt.⁹⁷ Køberen vil, med stor sandsynlighed, efter at have set et af produkterne ét sted, ikke kunne huske alle detaljer, og erindringsbilledet heraf vil dermed være udvisket, hvorfor der i højere grad er risiko for, at køberen vil forveksle produkterne, hvis køberen efterfølgende ser en efterligning af originalen andetsteds.

Såfremt et produkt er af ren teknisk karakter, da indgår de tekniske elementer ikke i domstolens vurdering af forvekslingsrisikoen. Det stemmer overens med beskyttelseshensynet til den frie og effektive konkurrence, hvorefter tekniske elementer og funktioner skal friholdes fra bedømmelsen af forvekslingsrisikoen, idet disse ikke kan beskyttes, og da det ellers vil begrænse den frie og effektive konkurrence, såfremt andre nægtes adgang til nødvendige elementer.⁹⁸

Udover de ovenfor nævnte faktorer, kan markedsføringen af produktet indgå i vurderingen af, hvorvidt efterligningen skaber en forvekslingsrisiko. Der ses blandt andet på produktets emballage, den måde produktet er annonceret på samt dens markedsidentitet. Derudover kan det tillægges betydning, at der systematisk eller i gentagelsestilfælde produceres efterligninger af originalproduktet. Det er således i de sager, hvor resultatet er mere tvivlsomt, at supplerende omstændigheder kan få størst betydning.⁹⁹

⁹³ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 185f

⁹⁴ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 185

⁹⁵ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 186

⁹⁶ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 110

⁹⁷ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 110

⁹⁸ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 187

⁹⁹ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 79

3.5.2 Subjektiv forhold

I krænkelsesvurderingen indgår den illoyale adfærd, som er udvist af den, der har forsøgt at efterligne originalproduktet. Efter MFL § 3 stilles der krav om, at krænkeren subjektivt har haft kendskab til originalproduktet og har forsøgt at udnytte frembringeren af originalproduktets indsats, før der statueres en krænkelse.¹⁰⁰ Såfremt krænkeren ikke subjektivt har haft kendskab til originalproduktet, da vil handlingen være retsmæssig, da god markedsføringsskik således ikke er overtrådt.¹⁰¹ Det kommer ligeledes til udtryk ved, at såfremt der ikke foreligger kendskab til originalproduktet, da kan der ikke siges at være foretaget en illoyal handling, hvorfor dette vil falde udenfor MFL § 3's anvendelsesområde.

Princippet om, at den, der påstår, at der foreligger en krænkelse, skal bære bevisbyrden herfor, gælder som udgangspunkt, idet der ikke gælder nogle særregler om bevisbyrden efter MFL. Hertil skal sagsøger kunne godtgøre, at dennes produkt har særpræg, er indarbejdet på markedet samt at den påståede efterligning har betydelige ligheder med originalproduktet. Såfremt kendskab fortsat bestrides, da er det sagsøgte, der bærer bevisbyrden for, at denne ikke har haft kendskab til originalproduktet ved udviklingen og frembringelsen af dennes produkt.¹⁰² Såfremt bevisbyrden for ukendskab er løftet af sagsøgte, bør sagsøgte frifindes.

I forhold til produkt efterligninger inden for MFL § 3's anvendelsesområde er det i almindelighed et krav, at efterligningen er frembragt med forsæt. Efterligningen skal være tilstræbt eller være udarbejdet med tilegnelseshensigt i relation til originalproduktets markedsidentitet. Det antages, at også uagtsomhed er tilstrækkelig til, at handlingen er en overtrædelse af MFL § 3.¹⁰³

3.5.3 Konkurrenceforhold

I vurderingen, af hvorvidt der foreligger en krænkelse, indgår konkurrencerelationen mellem originalproduktet og det efterlignende produkt. Det er et krav, at produkterne står i et konkurrenceforhold eller en potentiel konkurrencesituation, hvorfor der skal være tale om samme type af produkter. Om der forelå en konkurrencerelation mellem parterne, inden det efterlignende produkt blev etableret på markedet, har ingen betydning i denne henseende. I vurderingen af, om der foreligger et konkurrenceforhold mellem produkterne, kan forskelle i pris og kvalitet indgå, idet disse faktorer kan medføre en differentiering og afvigelse i kundegruppen.¹⁰⁴

I litteraturen antages det, at kravet om en konkurrencerelation mellem produkterne fortolkes lempeligt, både i forhold til selve konkurrenceforholdet, men også i forhold til beviset herfor. Det er derfor tilstrækkeligt, at det sandsynliggøres, at der foreligger en risiko for, at produkterne indgår i en konkurrencerelation. Der kan ikke stilles et direkte krav om, at målgruppen for originalproduktet og det efterlignende produkt er præcis den samme.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 174

¹⁰¹ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 53

¹⁰² Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 73

¹⁰³ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 74

¹⁰⁴ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 72

¹⁰⁵ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 72

Det er en betingelse for domfældelse efter MFL § 3, at originalproduktet er på markedet, idet MFL § 3 beskytter positionen på markedet.¹⁰⁶ Der gives derfor, som hovedregel, ingen beskyttelse fra det tidspunkt, hvor salg eller markedsføring af et produkt ophører.¹⁰⁷

Det kan have en betydning for krænkelsesvurderingen, såfremt sagsøger og sagsøgte er tidligere samarbejdspartnere, og den ene part derved illoyalt har snyltet på den andens parts viden eller renommé.¹⁰⁸

Betingelsen om et eksisterende eller potentielt konkurrenceforhold behandles ikke i afsnittet om retspraksis, idet de behandlede domme alle vedrører produktefterligninger, der er i et konkurrenceforhold.

3.5.4 Retspraksis

I V-32-99 (Tripp Trapp skammel og bakke) fandtes parternes tidligere samarbejde at have betydning for krænkelsesvurderingen. Sagsøgte havde tidligere forhandlet sagsøgers bakke, hvorfor frembringelsen af efterligningen i denne sag fandtes at være groft uagtsom, hvilket medførte en krænkelse af MFL § 1.

I V-109-04 (Biva) havde sagsøger dokumenteret en intensiv markedsføring og fremlagt dokumentation af, at understellet, som var det omtvistede i denne sag, fremgik visuelt af al markedsføringsmaterialet. Det kan herved udledes, at markedsføringsindsatsen af et produkt kan have betydning i sager om produktefterligninger. Sø- og Handelsretten tilsidesatte sagsøgtes forklaring om kendskabet til sagsøgers produkter som *»usandsynligt,«*¹⁰⁹ og at *»kun ved betydelig uagtsomhed kan Biva have været uvidende om Stressless' udformning af det timeglasformede understel«*.¹¹⁰ Dommen illustrerer, at domstolene ikke er tilbageholdende med at tilsidesætte en parts forklaring om kendskab, ligesom det derved klart fremgår, at uagtsomhed er nok til at opfylde kravet til kendskab.

I U 2007.951 H (Herstal lamper) var det skønsmandens opfattelse, at sagsøgtes lamper ikke kunne udarbejdes uden kendskab til Herstals lamper. Forvekslingsrisikoen var dog ikke af en sådan grad, at man efter en helhedsbedømmelse ikke ville kunne adskille lamperne fra hinanden. Sagsøgte blev derfor frifundet under henvisning til, at dennes lamper ikke var slaviske eller meget nærgående efterligninger af Herstals to beskyttede lamper. Højesteret fandt i den forbindelse, at: *»Der er derfor heller ikke grundlag for at fastslå, at Hans Grove og Silvan har handlet i strid med god markedsføringsskik ved markedsføringen af disse lamper.«*¹¹¹ Det kommer herved til udtryk, at når der er tale om en mindre grad af efterligning, og der dermed ikke foreligger forvekslingsrisiko, vil markedsføringen af produkterne ikke i sig selv kunne medføre en overtrædelse af god markedsføringsskik.

¹⁰⁶ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 120

¹⁰⁷ Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, s. 176f

¹⁰⁸ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 120

¹⁰⁹ V-109-04

¹¹⁰ V-109-04

¹¹¹ U 2007.951 H

I U 2008.1834 H (Bordløfter) udtalte skønsmanden, at der var tale om en nærgående, men ikke slavisk efterligning, idet dimensioner og mål ikke var identiske. Sammenfaldet mellem de to produkter var ikke tilstrækkelig til, at der forelå en slavisk efterligning. Højesteret fandt ikke, at Deskdrive 1 var en så nærgående efterligning, at der var sket en krænkelse af Deskline DL 1. Beskyttelsen var derfor indskrænket til alene at angå slaviske efterligninger, hvilket først blev klart på baggrund af rettens vurdering af krænkelsen og ikke i en forudgående og selvstændig vurdering af bordløfterens beskyttelsesomfang. Højesteret udtalte i den forbindelse: *»Selv om de to bordløftere i deres helhed lignede hinanden, lagde Højesteret til grund, at B ved den ret ordinære – og i det væsentlige funktionsbestemte – udformning af teleskopstangen adskilte sig fra A på netop det punkt, der gav A dens designmæssige særpræg.«*¹¹² Selvom de to produkter lignede hinanden og havde samme helhedsindtryk, da efterlignede Deskdrive 1 ikke Deskline DL 1 på de punkter, der gav Deskline DL 1 sit særpræg. I forhold til forvekslingsrisikoen lagde Højesteret vægt på den relevante kundekreds i krænkelsesvurderingen. Kundekredsen til bordløfterne var, efter Højesterets opfattelse, møbelfabrikanter, som skulle bruge bordløfterne til implementering i hæve-sænkeborde. Herefter fandt Højesteret ikke, at der var forvekslingsrisiko blandt det købende publikum, nemlig møbelfabrikanterne. At Deskdrive 1 havde tilstræbt at skabe et produkt, der kunne substituere Deskline DL 1, var heller ikke en krænkelse af god markedsføringsskik. På trods af, at der var udvist en illoyal adfærd, var der ikke en tilstrækkelig grad af sammenfald til, at der forelå en krænkelse. Det kan derfor konkluderes, at der kræves en væsentlig grad af sammenfald mellem produkterne, førend der er en forvekslingsrisiko blandt det købende publikum. Der lagdes i dommen særligt vægt på, om de elementer, der gav Deskline DL 1 særpræg, gik igen i Deskdrive 1, idet der var tale om et produkt med en høj grad af funktionalitet. Herved ses, at Højesteret efter MFL § 1 bruger en lignende vurdering som den, der kendes fra OPHL § 1 vedrørende overtagelse af originalitet.

I U 2012.256 H (Alfi termokander) fandtes sagsøgte, Royal, ikke at kunne have frembragt sine termokander uden kendskab til sagsøger, Alfis, termokander, da disse havde en høj grad af særpræg, og da der forelå stor lighed mellem Alfis og Royals termokander. Ligheden mellem termokanderne måtte efter Højesterets vurdering være bevidst og tilstræbt. Dommen belyser således, at såfremt originalproduktet har en tilstrækkelig grad af særpræg, er indarbejdet på markedet, og at der foreligger forvekslingsrisiko mellem produkterne, synes dette at være bevis for, at der foreligger kendskab til originalproduktet. Kravet om kendskab og det illoyale moment i krænkelsesvurderingen var derfor opfyldt. Til spørgsmålet om, hvorvidt Alfis og Royals termokander havde sådanne ydre ligheder, der kunne skabe risiko for forveksling blandt den relevante kundegruppe, svarede skønsmanden, at samtlige af Royals termokander *»har anvendt alle de elementer, som er distinkte kendetegn for Alfi, herunder hovedform, hank, hældetud, prop/vippelåg og øverste krans.«*¹¹³ Skønsmanden anførte, at tre af termokanderne direkte kunne forveksles, mens to af termokanderne ikke kunne forveksles direkte, men dog havde *»så tætte referencer til serien, at den vil opfattes som en kande i Alfi serien.«*¹¹⁴ Højesteret fandt, at to af de efterlignede termokander udgjorde slaviske efterligninger, hvorimod de resterende tre efterlignende termokander var meget nærgående efterligninger.

¹¹² U 2008.1834 H

¹¹³ U 2012.256 H

¹¹⁴ U 2012.256 H

Beskyttelsesomfanget var udstrakt til meget nærgående efterligninger. Graden af efterligning blev i dommen differentieret under hensyntagen til graden af forvekslingsrisiko. De to termokander, der udgjorde slaviske efterligninger, var tilnærmelsesvist identiske, idet de havde en høj grad af forvekslingsrisiko og alene adskilte sig fra hinanden på kvaliteten, hvorfor der forelå en krænkelse. På trods af, at forvekslingsrisikoen var en smule mindre ved de tre termokander, der udgjorde meget nærgående efterligninger, fandtes disse dog at være krænkede, idet de dog ikke fremstod som slaviske efterligninger. Dommen fastslår således, at graden af forvekslingsrisiko har betydning for, hvilken grad af efterligning krænkelsen udgør.

I A-41-15 (Brændeovne) medgav Sø- og Handelsretten, at de to brændeovne lignede hinanden på billeder og i brochurer. Sø- og Handelsrettens afgørelse indeholdt blandt andet et hensyn til forbrugerne og risikoen for forveksling. Sø- og handelsretten mente ikke, at forbrugerne ville være i stand til at træffe en endelig købsbeslutning ud fra markedsføringsmaterialet, men fandt, at krænkelsen dog skulle vurderes ud fra fysiske eksemplarer af produkterne. Det visuelle indtryk af produkterne bevirkede, at der ikke var forvekslingsrisiko og dermed ikke en krænkelse efter MFL § 1.

I V-13-16 (Spil&Lær) bemærkede Sø- og Handelsretten i vurderingen af, hvorvidt der forelå forvekslingsrisiko mellem produkterne, at *»æskernes identiske format indgår i helhedsbedømmelsen, men alene med ringe vægt, idet der er behov for at friholde dette almindelige og i væsentligt omfang funktionelt betingede element.«*¹¹⁵ Der blev med denne udtalelse taget hensyn til den frie og effektive konkurrence, da funktionelle elementer ikke kan beskyttes i medfør af MFL § 1 og dermed ikke skal indgå i vurderingen af forvekslingsrisikoen. Såfremt elementerne havde været af ren funktionel karakter, ville disse ikke indgå i vurderingen. I nærværende sag var elementerne imidlertid i væsentligt omfang funktionelt betingede. Det stemmer overens med hensynet til den frie og effektive konkurrence alene at inddrage elementerne i helhedsvurderingen med ringe vægt. Her fandtes der ikke at være handlet i strid med god markedsføringsskik. Beskyttelsesomfanget kan udledes på baggrund af Sø- og Handelsrettens vurdering af krænkelsen og ikke ud fra en selvstændig vurdering. Omfanget af beskyttelsen var udstrakt til nærgående efterligninger, idet Sø- og Handelsretten kom frem til, at der ikke forelå en krænkelse, da der ikke var tale om en nærgående efterligning, hvilket, efter Forfatterens overbevisning, alt andet lige må betyde, at såfremt der omvendt havde foreligget en nærgående efterligning, ville der foreligge en krænkelse.

Sagsøgte lampe, Park, fandtes i V-14-17 (Udendørslamper) at have krænkede sagsøgers lampe, Empty, ved i betydelig grad at have handlet uagtsomt ved at have markedsført og solgt Park-lampen. Uagtsomheden bestod blandt andet i, at parterne tidligere havde haft et samarbejde, ved at sagsøgte på et tidligere tidspunkt havde forhandlet Empty. Det bekræfter, at der ikke kræves direkte forsæt til at statuere en krænkelse efter MFL § 3, men at uagtsomhed er tilstrækkeligt. Et tidligere samarbejde er en skærpende omstændighed i krænkelsesvurderingen og tillægges derfor vægt. Et tidligere samarbejde har dog ikke i sig selv afgørende betydning for krænkelsen, idet forskellene mellem lampen, Skan, som ikke fandtes krænkede, og efterligningen heraf adskilte sig tilstrækkeligt til, at der

¹¹⁵ V 13-16

ikke forelå en krænkelse på trods af kendskabet. Det samme gjorde sig gældende i BS-46785/2018-SHR (Sirius).

Sagsøger, Ferm Living, gjorde gældende i BS-50242/2018-SHR (Plant Box), at sagsøgtes plantekasse var forvekslelig med Ferm Livings plantekasse. Ferm Living gjorde endvidere gældende, at sagsøgtes reklame i en discountbutiks tilbudsavis lændede sig væsentligt op ad Ferm Livings markedsføring, hvilket Ferm Living mente var i strid med god markedsføringsskik. Disse påstande blev dog ikke taget til følge, da produkterne fremstod forskellige i både materialevalg, kvalitet og den ydre fremtoning, samt at discountbutikkens markedsføring ikke ansås som »utilbørlig eller på anden måde vildledende«,¹¹⁶ idet der var anvendt forskellige rekvisitter. Her ses det, at sagsøgtes markedsføringsindsats kan have indflydelse på vurderingen, af om denne har handlet illoyalt eller utilbørligt ved at have udstillet og fremvist sit produkt på samme måde som originalproduktet. En sådan adfærd kan dermed være i strid med god markedsføringsskik efter MFL § 3, hvis det synes at være tilfældet.

3.6 Sammenfatning af markedsføringsretten

Retspraksis viser, at kravet til særpræg ikke er strengt. Der ses i retspraksis en generel tendens til at begrænse beskyttelsesomfanget til at angå slaviske eller meget nærgående efterligninger. Udviklingen i retspraksis peger i retning af, at kravet til særpræg er blevet mere lempeligt. Særligt under hensyntagen til de sager, hvor efterligningen er slavisk eller en 1:1 kopi, vil kravet til særpræg være meget lavt på grund af den høje forvekslingsrisiko og illoyale handling. Beskyttelsesomfanget afhænger dog af forskellige variabler, herunder blandt andet om produktets fremtoning er udtryk for en selvstændig udviklingsindsats, produktets særpræg samt produktets markedsidentitet. Domstolene angiver ikke i alle afgørelser, hvor langt beskyttelsen rækker. Særligt i nyere retspraksis konstaterer domstolene blot, hvorvidt en brugskunstgenstand har en tilstrækkelig grad af særpræg til at opnå markedsføringsretlig beskyttelse, for derefter at vurdere, hvorvidt der foreligger en krænkelse. Når domstolene ikke angiver, hvor langt beskyttelsesomfanget rækker, da synes beskyttelsesvurderingen og krænkelsesvurderingen at blive sammenfaldende, selvom dette er to selvstændige vurderinger, der, teoretisk set, bør foretages uafhængigt af hinanden. Efterligningsgraden kommer derfor ofte først til udtryk i krænkelsesvurderingen, hvorfor beskyttelsesomfanget ikke bliver konstateret forud for krænkelsesvurderingen. Det er således både graden af særpræg og forvekslingsrisiko, der har betydning for hvilken grad af efterligning, der kræves førend der kan statueres en krænkelse af MFL § 3. Det illustreres i U 2003.694 S (Møbelknop), at såfremt et produkt har et beskedent særpræg, kan beskyttelsen efter MFL § 3 opvejes af en betydelig markedsposition. Omvendt vil produktet ligeledes nyde beskyttelse efter MFL § 3, såfremt produktet har en høj grad af særpræg, men en mindre betydelig markedsposition.

Der stilles krav om et vist sammenfald mellem originalproduktet og det efterlignende værk, førend der kan siges at være en forvekslingsrisiko mellem produkterne. Vurderingen af, om der foreligger forvekslingsrisiko mellem originalproduktet og efterligningen baseres i stor grad på produkternes

¹¹⁶ BS-50242/2018-SHR

fremtoning. Når produktefterligninger vurderes efter MFL § 3, ser domstolene ikke alene på produkternes sammenfald, idet også markedsføringen heraf tillægges betydning. Markedsføringen af et produkt kan tillægges betydning i krænkelsevurderingen, såfremt efterligningen af produktet ligger på grænsen til at udgøre en overtrædelse af god markedsføringsskik i medfør af MFL § 3. Det sås i U 2007.951 H (Herstal lamper), hvor der ikke var tilstrækkeligt sammenfald mellem produkterne. Sagsøgte havde ikke udvist en adfærd, der var i strid med god markedsføringsskik ved markedsføringen af sine lamper. Det fremgår af A-41-15 (Brændeovne) at forvekslingsrisikoen vurderes ud fra den relevante kundegruppe, idet der tages hensyn til, hvordan køberne vurderer et produkt, samt hvor og hvordan køberne beslutter sig for at købe produktet.

I relation til forholdet mellem tidligere samarbejdspartnere eller ansatte, som i V-32-99 (Tripp Trapp skammel og bakke), V-14-17 (Udendørslamper) og BS-46785/2018-SHR (Sirius), kan det konkluderes, at det ofte i sager, der ikke normalvis ville have medført en krænkelse, alligevel kan føre hertil. Det skyldes, at der under disse omstændigheder stilles lavere krav til sammenfaldet mellem produkterne, førend der sker domfældelse, og at der modsætningsvist kræves en lavere grad af forvekslelighed, førend der frifindes. Det kan derfor konkluderes, at et tidligere samarbejde er en skærpende omstændighed. Det hænger sammen med kendskabskravet, da der en formodning for, at tidligere samarbejdspartnere eller ansatte har kendskab til originalproduktet og således bør være ekstra opmærksomme herpå i relation til nye produktfrembringelser, som skal differentiere sig fra originalproduktet. Der vil desuden, for den tidligere samarbejdspartner eller medarbejder, være et vist kendskab til kundekredsen for originalproduktet, ligesom denne muligvis kender til hele fremstillingsprocessen og på mange måder vil kunne udnytte og lukrere på sin tidligere samarbejdspartner eller arbejdsgivers markedsposition.

I sager, hvor der er tale om et beskedent særpræg ved et produkt, indrømmes der efter MFL § 3 som overvejende hovedregel kun beskyttelse mod slaviske efterligninger, jf. U 2007.951 H (Herstal lamper). Når særpræget således er beskedent, skærpes kravet til forveksleligheden, idet beskyttelsen af disse produkter er begrænset til slaviske efterligninger. Det vil alt andet lige medføre et krav om en betydelig risiko for forveksling. Det samme gælder modsat, hvor der er en højere grad af særpræg, hvorefter beskyttelsen af produkterne er udstrakt til også at angå nærgående eller meget nærgående efterligninger. Her vil kravet til sammenfaldet, og dermed forvekslingsrisikoen, alt andet lige være lavere. På baggrund heraf kan det konstateres, at der er en vis fleksibilitet i kravene til særpræg og forvekslelighed, idet en høj grad af det ene krav, vil medføre en lempeligere bedømmelse af det andet krav. Det hænger sammen med, at man med generalklausulen forsøger at give en beskyttelse mod illoyal og utilbørlig adfærd på mange forskellige parametre, herunder både med hensyn til konkurrencen, erhvervsdrivende og forbrugere, hvorimod en beskyttelse af den kreative frembringelse ikke er formålet med bestemmelsen. Krænkeren kan både handle i strid med god markedsføringsskik ved at snylte på en anden erhvervsdrivendes produkt eller markedsidentitet, for på den måde at fortrænge dennes position samtidig med, at forbrugerne vildledes eller lokkes til at ændre adfærd.

Der synes ikke i tidligere retspraksis at være taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt kravet til forvekslelighed slækkes, når et produkt er særligt velindarbejdet på markedet og således har en betydelig markedsidentitet. I nyere retspraksis ses, at domstolene i højere grad lægger vægt på

markedsidentiteten og den position, som et brand har opnået på markedet gennem markedsføring af produkterne og virksomheden i sin helhed. Det kom blandt andet til udtryk i BS-50242/2018-SHR (Plant Box) og V-4-14 (Køkken- & badserie), hvor domstolene fastslog, at sagsøgerne havde haft stor succes med markedsføringen af de omtvistede produkter i flere år. På den baggrund kan der ses en åbning for en mulig udvidelse af beskyttelsen efter MFL § 3, ligesom man ser det i varemærkeretten, hvor velkendte varemærker nyder en bredere beskyttelse, idet domstolene dog ikke tager konkret stilling hertil. Det kan være en skærpende omstændighed, at krænkeren har efterlignet en produktserie eller en række produkter fra den samme person. Det ses i V-14-17 (Udendørslamper), at Sø- og Handelsretten i en sag, hvor krænkeren har efterlignet en række produkter fra den samme person, men hvor disse dog ikke er udtryk for en produktserie, lægger vægt på den adfærd, krænkeren har udvist. Herved lægges der vægt på den illoyale adfærd der ligger i, at krænkeren har forsøgt at lukrere på en anden erhvervsdrivendes markedsposition ved at efterligne dennes produkter.

Domstolene er skeptiske over for argumentet om ukendskab til originalproduktet. Til brug for denne vurdering inddrages ofte skøns mænd i relation til særprægsvurderingen, idet skønsmanden udtaler sig omkring muligheden for at have frembragt et produkt uden kendskab til originalproduktet. Domstolene lægger ofte skønsmandens vurdering til grund ved domsfældelsen, ud fra en betragtning om, at sagsøgte burde have kendt til originalproduktet, jf. U 2012.256 H (Alfi termokander). Det ses også, at domstolene helt tilsidesætter sagsøgtes forklaring om ukendskab, jf. blandt andet V-109-04 (Biva), ligesom det ses, at uagtsomhed i relation til kendskabet er tilstrækkeligt til, at betingelsen er opfyldt.

På baggrund af ovenstående er det klart, at MFL § 3 er udtryk for en generalklausul, der bygger på en helhedsvurdering af mange momenter, og at der ikke er én rigtig måde at vurdere et produkts beskyttelsessfære eller krænkelse ud fra, men at momenterne skal ses i sammenhæng og kan opveje hinanden.

DEL IV – Grænsen mellem OPHL § 1 og MFL § 3

I Del II og Del III er de forskellige kriterier for henholdsvis beskyttelse og krænkelse efter OPHL § 1 og MFL § 3 blevet identificeret. I nærværende del vil de forskellige kriterier blive sammenholdt for at belyse grænseområdet mellem de to regelsæt.

4.1 Eneretten vs konkurrenceretten

Eneretten i OPHL giver ophavsmanden en nærmest konkurrencefri position. Beskyttelsen efter OPHL § 1 er den primære beskyttelse, mens MFL § 3 er subsidiaer. Ophavsretsbeskyttelsen giver ophavsmanden en eneret til sit værk, mens han kan forbyde andre at eftergøre værket. Efter eneretten er det alene produktets fremtoning, der er beskyttet. Efter MFL § 3 indrømmes der ikke frembringeren en eneret til produktet. Markedsføringsretten er et værn mod utilbørlige handlemåder, herunder illoyal markedsfortrængning og snyltning på originalproduktets markedsidentitet eller renommé.

Forskellen i de to typer af beskyttelse er, at OPHL § 1 beskytter mod efterligninger af selve produktet, mens MFL § 3 beskytter mod produktefterligninger, hvor der er udvist en illoyal adfærd i forbindelse med frembringelsen af efterligningen. MFL § 3 beskytter endvidere mod illoyal snyltning på originalproduktet ved derved at forsøge at fortrænge originalproduktet fra markedet.

4.2 Beskyttelseshensyn

Hensynet bag beskyttelsen efter OPHL § 1 er at beskytte ophavsmandens kunstneriske indsats og sikre plads til kreativitet og innovation og sikre en fri og effektiv konkurrence. Hensynet efter MFL § 3 er at sikre en loyal adfærd på markedet, ligesom denne er et værn mod utilbørlig markedsfortrængning. Herudover skal MFL § 3 ligeledes beskytte den frie og effektive konkurrence. Hensynene bag beskyttelsen efter de to regelsæt er på mange måder sammenfaldende. Den ophavsretlige beskyttelse vedrører produktet, mens den markedsføringsretlige beskyttelse vedrører markedsadfærden.

4.3 Originalitet vs særpræg

Førend der kan opnås en beskyttelse efter OPHL § 1 og MFL § 3 kræves det, at kravet om henholdsvis originalitet og særpræg er opfyldt. Såfremt produktet ikke har henholdsvis originalitet eller særpræg, kan der ikke foreligge en krænkelse.

Mens der efter OPHL § 1 fokuseres på den kunstneriske frembringelse, og hvor det er en betingelse for beskyttelse, at originalitetskravet er opfyldt, er det efter MFL § 3 både særpræget og markedsidentiteten, der er afgørende. Et produkt kan opnå en særlig position på markedet, som kan være med til at løfte særprægsvurderingen, eksempelvis via et konsekvent udtryk i produkternes fremtoning eller lignende, som er med til at give producenten et genkendeligt brand, hvilket alt andet lige styrker virksomhedens markedsposition og dermed beskyttelsen af produktet efter MFL § 3. Efter OPHL har den markeds-mæssige indarbejdelse ingen betydning i forhold til at opnå beskyttelse.

Særprægsvurderingen rummer derfor mere end originalitetsvurderingen i form af et markedsretligt aspekt. Vurderingen af særpræg og originalitet er ikke sammenfaldende teoretisk, men ender ofte ud i samme vurdering i praksis. Domstolene anvender samme terminologi og anvender ofte den ophavsretlige originalitetsvurdering som grundlag for den markedsføringsretlige særprægsvurdering, da nogle af kriterierne minder om hinanden. Der foretages først en vurdering efter OPHL § 1, mens MFL § 3 vurderes efterfølgende.

Det der dog adskiller originalitetsvurderingen og særprægsvurderingen fra hinanden er, at der efter ophavsretten ses på, hvorvidt værket er udtryk for en selvstændig skabende indsats og opfylder kravet om nyhedsværdi. Dette er ikke et krav efter MFL § 3, hvor produktet alene skal adskille sig fra eksisterende produkter på markedet. Efter MFL § 3, skal der alene være tale om en udviklingsindsats, idet det er frembringelsesmåden, og ikke selve produktet, der er beskyttet. Af den grund er originalitetskravet strengere end kravet til særpræg, da kravet om frembringelse af et produkt, der er udtryk for en selvstændig skabende indsats, er strengere end kravet om, at et produkt skal være udtryk for en udviklingsindsats. Kravet til særpræg er beskedent, jf. afsnit 3.6.

4.4 Beskyttelsesomfanget

Som tidligere konstateret nyder brugskunstgenstande efter OPHL § 1 oftest beskyttelse mod meget nærgående efterligninger. Efter MFL § 3 nyder brugskunstgenstande oftest alene beskyttelse mod slaviske eller meget nærgående efterligninger.

Efter begge regelsæt har graden af originalitet og særpræg en betydning i forhold til den beskyttelse, der indrømmes. Har produktet en høj grad af originalitet eller særpræg, da indrømmes en bredere beskyttelse, end hvis produktet har en beskedne grad af originalitet eller særpræg. Der er dog en differentiering af hvilken beskyttelse, der indrømmes efter de to regelsæt. Når en brugskunstgenstand efter OPHL § 1 har en høj grad af originalitet, da indrømmes der typisk beskyttelse mod nærgående efterligninger. Har brugskunstgenstanden derimod en lavere grad af originalitet, da begrænses beskyttelsen som udgangspunkt til meget nærgående efterligninger. Anerledes er det dog efter MFL § 3, hvor en brugskunstgenstand med en høj grad af særpræg typisk indrømmes beskyttelse mod meget nærgående efterligninger. Efter MFL § 3 kræves der således en meget høj grad af særpræg førend brugskunstgenstanden nyder beskyttelse mod nærgående efterligninger. Såfremt brugskunstgenstanden har en mere beskedne grad af særpræg, da begrænses beskyttelsen som udgangspunkt til slaviske efterligninger.

4.5 Identitetsoplevelse vs forvekslingsrisiko

I krænkelsevurderingen efter OPHL § 1 indgår kravet om identitetsoplevelse mellem originalproduktet og efterligningen. Her ser man på, om de to produkter giver den samme visuelle identitetsoplevelse ud fra et helhedsindtryk. I krænkelsevurderingen efter MFL § 3 ses der på, om de to produkter, af den relevante kundekreds, visuelt kan adskilles fra hinanden samt om sammenfaldet mellem produkterne er betydeligt. Herved forstås, at krænkeren har snyltet på

originalproduktets markedsposition ved at have tilstræbt en efterligning, der har til formål at skabe en risiko for forveksling hos den relevante kundekreds.

I begge vurderinger indgår ofte samme momenter, ligesom udfaldet derfor i høj grad ofte er sammenfaldende efter de to regelsæt. Der lægges i vurderingerne blandt andet vægt på produkternes fysiske fremtoning og formgivning, herunder valg af materialer, farver, dimensioner og formsammensætninger. Forskellen mellem vurderingerne består i, at der efter MFL § 3 inddrages yderligere momenter. Efter MFL § 3 indgår, foruden det visuelle, også en vurdering af, hvorvidt markedsføringsindsatsen og den måde, hvorpå det efterlignende produkt bliver fremstillet og markedsført på sker på en utilbørlig måde, så der er risiko for forveksling med originalproduktet.

4.6 Subjektive forhold

En krænkelse efter OPHL § 1 eller MFL § 3 kræver efter begge regelsæt et vist subjektivt skyldforhold. Der skal altså være sket en efterligning på baggrund af et subjektivt kendskab til originalproduktet. Da MFL § 3 beskytter mod illoyalitet, er det også et krav, at efterligningen er frembragt med viden om originalproduktet. I praksis tages ikke konkret stilling til parternes bevisførelse omkring kendskabet efter hverken OPHL § 1 eller MFL § 3, idet domstolene blot lægger til grund, at der må have foreligget kendskab ud fra skønsmandens erklæring om, hvorvidt originalproduktet havde originalitet eller særpræg på frembringelsestidspunktet og ligeledes ved en tilsidesættelse af parternes forklaring, idet ukendskab findes usandsynligt, jf. blandt andet V-109-04 (Biva), BS-1370/2016-SHR (Bitz & Würtz) og U 2020.2532 Ø (Anne Black). Uagtsomhed er derfor tilstrækkeligt i relation til kendskabskravet. Der må derfor kræves et vist branchekendskab, således erhvervsdrivende, der frembringer et produkt har et kendskab til, hvilke tilsvarende produkter, der eksisterer på markedet. Har man derfor bevidst undgået markedsføring eller lignende af originalproduktet, kan det ikke anses som en undskyldende omstændighed eller medføre manglende opfyldelse af kendskabskravet.

I kravet om subjektiv skyld, indgår i vurderingen, for ophavsrettens vedkommende, om der foreligger en dobbeltfrembringelse. Det afgørende i vurderingen af, om der foreligger en dobbeltfrembringelse efter OPHL § 1 er, hvorvidt produktet er udtryk for ophavsmandens selvstændige skabende indsats og dermed er udtryk for noget, som kun denne person kan skabe. Såfremt en påstået efterligning er udtryk for en dobbeltfrembringelse, kan der ikke foreligge en krænkelse efter OPHL § 1, da produktet i så fald ikke vil være udtryk for ophavsmandens selvstændige og kreative indsats. I markedsføringsretten opereres der ikke på samme måde med begrebet dobbeltfrembringelser. Dobbeltfrembringelser opstår i de tilfælde, hvor der ikke foreligger kendskab til originalproduktet, men hvor to personer har formået at nå til samme resultat uafhængigt af hinanden. Når der efter MFL § 3 kræves kendskab, førend der kan statuere en krænkelse, er det overflødig at tale om dobbeltfrembringelser, idet dobbeltfrembringelser forudsætter, at der ikke foreligger subjektivt kendskab.

Kendskab kan desuden fremstå som en skærpende omstændighed både i forhold til en eventuel krænkelse og i forhold til en eventuel straf eller erstatningspåstand. Det er en skærpende omstændighed, at der er foretaget bevidste handlinger.

4.7 Overtagelse af beskyttet stof

Der gælder efter OPHL et krav om, at det efterlignende produkt skal have efterlignet det, der giver originalproduktet originalitet og dermed giver produktet sin beskyttelse. Der skal således være sket en overtagelse af beskyttet stof. Der er efter MFL § 3 ikke et lignende krav. Det ses dog i retspraksis, at domstolene i vurderingen af, hvorvidt der foreligger forvekslingsrisiko efter MFL § 3, lægger vægt på, hvorvidt de beskyttede elementer fra originalproduktet går igen i efterligningen. Det ses i U 2008.1834 H (Bordløfter) at Højesterets argumentation lændede sig op ad OPHL § 1's krav om overtagelse af originalitet, selvom tvisten alene vedrørte MFL § 3. Kravet om forvekslingsrisiko synes derfor at rumme et vist krav om, at det krænkende produkt skal være en efterligning af og overtage netop det, der gør originalproduktet særpræget. Selvom overtagelse af beskyttet stof ikke er en egentlig betingelse for krænkelse efter MFL § 3, da synes vurderingen heraf alligevel at være indeholdt som et moment i krænkelsesvurderingen og dermed ligeledes et krav efter MFL § 3.

4.8 Konkurrenceforhold

I relation til et produkts konkurrenceforhold, adskiller dette kriterie væsentligt den markedsføringsretlige beskyttelse fra ophavsretsbeskyttelsen. At det kræves, at der foreligger et eksisterende eller potentielt konkurrenceforhold mellem originalproduktet og det efterlignende produkt betyder, at de to produkter skal være inden for samme produktkategori og have en sammenfaldende målgruppe eller kundekreds. Her kommer det markedsføringsretlige aspekt særligt til udtryk, hvilket ikke er en faktor, der kommer til udtryk i OPHL.

Kravet om et konkurrenceforhold mellem parterne efter MFL § 3 betyder, at der i teorien, er et krav, som ikke skal opfyldes, førend der foreligger en krænkelse efter OPHL § 1, men som kun er en betingelse i krænkelsesvurderingen efter MFL § 3. Det adskilte krav bevirker, at det kan være vanskeligere at få medhold i en krænkelsepåstand efter MFL § 3 end efter OPHL § 1, idet denne betingelse går ud over, hvad der kræves ved en krænkelse efter OPHL § 1. Det vil dog være i et mindretal af sagerne, at kravet ikke er opfyldt, idet en tvist som oftest vil opstå blandt tilsvarende og konkurrerende produkter.

4.9 Anvendelse af OPHL og MFL i retspraksis

Som det fremgår ovenfor, er vurderingerne og kriterierne vedrørende beskyttelsen og krænkelsen forskellige efter henholdsvis OPHL § 1 og MFL § 3. Når en eventuel beskyttelse eller krænkelse skal vurderes af domstolene, bør der derfor foretages to særskilte vurderinger, først efter OPHL § 1 og dernæst efter MFL § 3. I det følgende gennemgås en række domme, hvor begge regelsæt er inddraget i vurderingen.

I U 2001.747 H (Tripp Trapp) anvendte Højesteret forvekslelighedskriteriet, herunder den relevante kundekreds, efter MFL § 1 i krænkelsesvurderingen efter OPHL § 1, idet det fremgik af Højesterets præmisser, at *»de to stole er forvekslelige for personer, der ikke er fagfolk.«*¹¹⁷ Det samme gjorde sig

¹¹⁷ U 2001.747 H

gældende i U 2011.3451 H (Global knive), hvor Højesteret ligeledes anvendte forvekslelighedskriteriet i krænkelsevurderingen efter OPHL § 1, idet sagsøger endog alene havde påberåbt sig OPHL § 1 og ikke MFL § 1. I V-32-99 (Tripp Trapp skammel og bakke) anvendte Sø- og Handelsretten igen forvekslelighedskriteriet i den ophavsretlige vurdering af beskyttelsesomfanget. Sø- og Handelsretten anvendte en helhedsbedømmelse af produkterne, idet der blev set på, hvorvidt produkterne i sin helhed var udsat for forvekslingsrisiko. Skamlen fandtes desuden at være forvekslelig for kunderne, hvorfor sagsøgte skammel har været egnet til at fortrænge Tripp Trapps skammel fra markedet.

Møbelknoppen var i U 2003.694 S (Møbelknop) ikke udtryk for en selvstændig skabende indsats og opfyldte ikke originalitetskravet efter OPHL § 1, hvorfor denne ikke nød ophavsretlig beskyttelse, idet møbelknoppens udformning var baseret på almene geometriske former. Møbelknoppen opfyldte end ikke kravene for et værk i ophavsretlig forstand, hvorfor den faldt uden for lovens anvendelsesområde. Møbelknoppen havde en harmonisk udformning og proportionering, der adskilte den klart fra andre møbelknopper på markedet, hvilket gav den særpræg, hvorfor den var beskyttet mod produktefterligninger efter MFL § 1. Møbelknoppen var beskyttet mod slaviske efterligninger. Sagsøgte produkt var så direkte og uselvstændigt, at Sø- og Handelsretten fandt, at der var tale om en slavisk efterligning, hvorfor der forelå en krænkelse efter MFL § 1. Sø- og Handelsretten tog ikke konkret stilling til den subjektive skyld. Sø- og Handelsretten tilsidesatte sagsøgte forklaring om ukendskab og lagde uden videre til grund, at efterligningen var tilstræbt, selvom sagsøgte nægtede kendskab til møbelknoppen. Sø- og Handelsretten fandt det kun muligt ved en betydelig uagtsomhed, at sagsøgte ikke havde kendskab til møbelknoppen og dennes særpræg, hvorfor det manglende kendskab ikke kunne føre til andet resultat.

I U 2009.1789 H (Hundeskål m.m.) blev alene beløbet for rimeligt vederlag indbragt for Højesteret med påstand om nedsættelse, hvorfor Sø- og Handelsrettens vurdering af de immaterialretlige aspekter er de væsentlige. I Sø- og Handelsretten blev MFL § 1 ikke inddraget i krænkelsevurderingen, da retten fandt, at »Da Zebras produkter således krænker koziols rettigheder i henhold til ophavsretsloven, finder retten det ikke nødvendigt også at fastslå at der foreligger en krænkelse efter markedsføringsloven.«¹¹⁸ Det sås derfor, at Sø- og Handelsretten ikke fandt grundlag for at vurdere, hvorvidt der forelå en krænkelse efter MFL § 3, idet der allerede var sket en krænkelse efter OPHL § 1. Her blev reglerne anvendt i overensstemmelse med formålet med regelsættene.

Som en del af den ophavsretlige originalitetsvurdering udtalte Højesteret i U 2015.979 H (STEVE-stolen): »Skønsmanden har i sin beskrivelse af STEVE stolens særpræg...«.¹¹⁹ Højesteret anvendte terminologi fra den markedsføringsretlige særprægsvurdering i stedet for begrebet originalitet, der anvendes i ophavsretten. Det ses dermed, at de forskellige kriterier i henholdsvis OPHL § 1 og MFL § 3 flyder sammen, og at vurderingerne ikke altid holdes adskilt i praksis. Det vidner om, at kriterierne læner sig meget op ad hinanden og ikke nødvendigvis adskilles i praksis i forhold til det endelige resultat. Af rettens ord: »Opsvik har heller ikke

¹¹⁸ U 2009.1789 H

¹¹⁹ U 2015.979 H

godtgjort, at der på anden måde foreligger en krænkelse efter markedsføringslovens § 1«, ¹²⁰ ses, at den markedsføringsretlige krænkelse går videre end blot en beskyttelse mod produktefterligninger. Højesteret kom med samme udtalelse i U 2015.992 H (DAN-stolen), som også var en krænkelsessag vedrørende Tripp Trapp. Også andre markedsføringsretlige omstændigheder kan føre til, at MFL § 3 er overtrådt. På den baggrund rækker beskyttelsen i MFL § 3 videre end beskyttelsen efter OPHL § 1, som alene vedrører produktefterligningen i sig selv.

I V-22-14 (Pejsesæt) var pejsesættet ikke beskyttet efter OPHL § 1, idet Sø- og Handelsretten dog anførte om MFL § 1, at »Af de grunde, som er anført i relation til spørgsmålet om beskyttelse efter ophavsretsloven, må den markedsføringsretlige beskyttelse af Proline 1 anses for overordentlig begrænset«. ¹²¹ Sø- og Handelsretten skelnede ikke mellem vurderingerne efter OPHL og MFL, idet det blot konstateredes, at den markedsføringsretlige beskyttelse var overordentligt begrænset af de samme grunde, som allerede var lagt til grund for den ophavsretlige vurdering. Efter den formulering må Sø- og Handelsretten have været af den overbevisning, at de to vurderinger er sammenfaldende og ikke bør vurderes særskilt, idet vurderingen i denne sag dog ikke fik samme udfald, eftersom der var en meget begrænset beskyttelse efter MFL § 1. Originalitets- og særprægsvurderingen må alt andet lige indeholde, eller i hvert fald kunne bære, de samme kriterier, men alligevel nå til forskellige udfald. Det er bemærkelsesværdigt, at beskyttelsesomfanget efter henholdsvis OPHL og MFL bliver vurderet under ét, men at resultatet bliver, at der kun indrømmes en meget smal beskyttelse efter MFL, mens der ikke indrømmes nogen beskyttelse efter OPHL. Det kan konkluderes, at der således skal mindre til, før et produkt kan opnå beskyttelse efter MFL end efter OPHL. Kravet om ophavsretlig originalitet synes derfor at være højere end kravet til markedsføringsretligt særpræg. Sø- og Handelsretten påpeger dog et enkelt moment fra den markedsføringsretlige vurdering ved formuleringen: »hvorved tillige må lægges vægt på, at Aduro ikke har godtgjort, at Proline 1 har opnået en særlig markedsposition gennem indarbejdelse.« ¹²² Der var ikke i den konkrete sag noget i den forbindelse, der kunne strække beskyttelsesomfanget til mere end at være overordentligt begrænset efter MFL § 1, ligesom det derfor heller ikke var afgørende for, at der blev indrømmet beskyttelse efter MFL § 1, idet beskyttelsen dog var meget smal. Det kan konkluderes, at såfremt det kunne dokumenteres, at man havde opnået en særlig markedsposition gennem indarbejdelse, ville det have kunnet få betydning for beskyttelsesomfanget efter MFL § 3, idet det blandt andet er med til at give produktet markedsføringsretligt særpræg.

I A-41-15 (Brændeovne) var en brændeovn ikke beskyttet efter OPHL § 1, men dog beskyttet mod meget nærgående efterligninger efter MFL § 1. Sø- og Handelsrettens begrundelse for at indrømme beskyttelse efter OPHL § 1 og MFL § 1 var speciel i denne sag, idet der ved beskyttelsesomfanget efter OPHL blev lagt vægt på, at sagsøgers brændeovn, Aduro 9, ikke havde særpræg på frembringelsestidspunktet, idet Aduro 9 ikke adskilte sig væsentligt fra andre brændeovne på markedet og derfor ikke kunne beskyttes efter OPHL § 1. Sø- og Handelsretten fandt dog efter en vurdering af beskyttelsesomfanget efter MFL § 1, at Aduro 9 havde et enkelt design og rene linjer,

¹²⁰ U 2015.979 H og U 2015.992 H

¹²¹ V-22-14

¹²² V-22-14

hvilket gav brændeovnen et sådant særpræg, at det nød beskyttelse efter MFL § 1, idet den på den baggrund havde opnået »en betydelig position på markedet«. ¹²³ Sø- og Handelsretten lagde til grund, at Aduro 9 ikke opfyldte originalitetskravet, fordi der var tilsvarende produkter på markedet på frembringelsestidspunktet. At Aduro 9 ikke havde originalitet, men dog havde det fornødne særpræg bevidner, at kravet til særpræg er lettere at opfylde end kravet om originalitet og nyskabelse. Ved originalitet er det påkrævet, at produktet adskiller sig væsentligt fra originalproduktet, jf. formuleringen »at Aduro 9 på frembringelsestidspunktet adskilte sig væsentligt fra øvrige brændeovne på markedet.« ¹²⁴ Efter MFL § 1 er det ikke på samme måde påkrævet, at der er tale om en nyskabelse, men derimod blot at produktet ikke direkte kan forveksles med et andet produkt på markedet. Et produkt kan således godt have markedsføringsretligt særpræg selvom originalitetskravet efter OPHL § 1 ikke er opfyldt.

A-3-16 (Udemøbler) var særlig på den måde, at Sø- og Handelsretten ikke i sin begrundelse differentierede mellem originalitetsvurderingen efter OPHL § 1 og særprægsvurderingen efter MFL § 1. Sø- og Handelsretten udtalte om sagsøgers møbelserie, at idet »Loop-seriens produkter både hver for sig og sammenstillet har et usædvanligt, let genkendeligt, selvstændigt og originalt formudtryk, finder retten, at Out-Sider har sandsynliggjort, at produkterne i Loop-serien nyder beskyttelse efter både ophavsretsloven og markedsføringsloven.« ¹²⁵ Her anvendtes begreber fra ophavsrettens originalitetskrav, nemlig selvstændigt og originalt. Alligevel fastslås det i samme forbindelse, at møblerne også nyder beskyttelse efter MFL § 1. Udtalelsen indikerer, at der var tale om en høj grad af originalitet og særpræg. Som tidligere konstateret har graden af originalitet og særpræg en betydning for beskyttelsens udstrækning, hvilket også understregedes i denne sag, idet Sø- og Handelsretten fandt, at en »så nærgående efterligning« ¹²⁶ var nok til at statuere en krænkelse. Herved kan det udledes, at beskyttelsesomfanget i hvert fald har udstrakt sig til at favne bredere end slaviske og nærgående efterligninger, eller som minimum meget nærgående efterligninger, selvom Sø- og Handelsretten ikke direkte konstaterede efter hvilken grad, møblerne var beskyttet. Det ses af afgørelsen, at der, i forbindelse med krænkelsesvurderingen, har været subjektivt kendskab til originalproduktet, idet Sø- og Handelsretten, ud fra Uno Koncepts designudvikling og den store lighed med Loop-serien, lagde til grund, at Playfurn-serien »må have haft kendskab til og været inspireret af Loop-serien.« ¹²⁷ I den betragtning ligger således, at Sø- og Handelsretten fandt, at Playfurn-serien var udtryk for en bevidst efterligning af Loop-serien, og at Uno Koncept på den baggrund havde snyltet på Loop-seriens markedsidentitet, hvilket ligeledes understøttes af det faktum, at Loop-serien har været til stede på markedet i 7 år. Sø- og Handelsretten fandt ikke, at der forelå en ophavsretlig krænkelse, da forskellene mellem møbelserierne medførte, at en identitetsoplevelse ikke var til stede. I forhold til, hvorvidt der var tale om en krænkelse af MFL § 1, lagde Sø- og Handelsretten vægt på, at selve markedsføringen af de to møbelserier medførte, at erindringsbilledet hos det købende publikum blev udvisket, så de havde svært ved at se forskellene mellem møbelserierne, når disse sås uafhængigt af hinanden. Det skyldtes blandt andet, at de to

¹²³ A-41-15

¹²⁴ A-41-15

¹²⁵ A-3-16

¹²⁶ A-3-16

¹²⁷ A-3-16

møbelserier »henvender sig til samme kundegrundlag, og til at Uno Konzept i sin markedsføring af serien på ingen måde findes at have søgt at distancere sig fra Loop-serien«. ¹²⁸ På den baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at der forelå forvekslingsrisiko mellem møbelserierne, og at Uno Koncepts Playfurn-serie udgjorde en »så nærgående efterligning«, ¹²⁹ og dermed en krænkelse af MFL § 1. Dommen illustrerer, at selvom produkterne ikke giver den samme identitetsoplevelse ud fra et helhedsindtryk efter OPHL, kan markedsføringen af efterligningen medføre, at der alligevel foreligger en forvekslingsrisiko mellem produkterne i en sådan grad, at der er handlet i strid med god markedsføringsskik. Beskyttelsesomfanget var det samme efter OPHL § 1 og MFL § 1. At møbelserien kun var krænkelse efter MFL § 1 viser, at der indgår flere hensyn i krænkelsesvurderingen efter MFL end efter OPHL, hvor der kun ses på selve produktet. I krænkelsesvurderingen efter MFL § 1 inddrages, foruden en sammenligning af de fysiske produkter, også en vurdering af den markeds-mæssige adfærd.

I B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse) blev en eventuel beskyttelse efter OPHL § 1 vurderet først. Da betingelserne herfor ikke var opfyldt, så Sø- og Handelsretten på beskyttelsen efter MFL § 3. I originalitetsvurderingen efter OPHL § 1 og særprægsvurderingen efter MFL § 3 sås gennemgående de samme elementer, herunder vedrørende produktets ydre fremtoning, samt at produktet var overvejende betinget af tekniske funktioner og et alment formsprog. Til brug for vurderingen af, hvorvidt produktet havde markedsføringsretligt særpræg, lagde landsretten vægt på, at produktet havde en betydelig markedsidentitet, samt at der var risiko for forveksling. I vurderingen efter MFL § 3, indgik i høj grad hvorledes produktet var markedsført og indarbejdet på markedet. Dommen illustrerer blandt andet, at kravet til det fremtoningsmæssige i særprægsvurderingen, herunder design og æstetik, er lavere end efter OPHL § 1.

I V-68-16 (Kubus Bowl) anvendte Sø- og Handelsretten den samme vurdering af, hvorvidt produktet var beskyttet og krænkelse efter MFL § 3 som efter OPHL § 1. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse: »Af de samme grunde og under hensyn til Nadia Lassens forklaring om By Lassens markedsføringsindsats af Kubus Bowl, finder retten, at der endvidere foreligger en overtrædelse af markedsføringsloven.« ¹³⁰ Sø- og Handelsretten foretog ikke en selvstændig vurdering af, hvorvidt Kubus Bowl var beskyttet efter MFL § 3. Det tydeliggjordes herved, at originalitetsvurderingen og særprægsvurderingen samt identitetsoplevelsen og forvekslingsrisikoen efter OPHL § 1 og MFL § 3 i dette tilfælde var sammenfaldende til trods for, at kriterierne i teorien differentierer sig fra hinanden. Med ovenstående udtalelse er det klart, at der efter markedsføringsretten inddrages elementer angående markedsføringen, herunder produktets markeds-mæssige position, som ikke er en del af krænkelsesvurderingen efter ophavsretten. En faktor, der kan have betydning for forvekslingsrisikoen er, som ovenfor nævnt, den relevante kundegruppe og dennes opfattelse af produktet. I sagen havde nogle forbrugere på de sociale medier omtalt Idannas planteskål som en kopi eller 'fake' udgave af Kubus Bowl. Det var med til at understrege, at kunderne fandt, at Idannas planteskål var en efterligning af den originale Kubus Bowl. En bruger oplyste, hvordan man med relativt få ændringer selv kunne fjerne få elementer fra Idannas planteskål og dermed stå med et produkt, der er tæt på

¹²⁸ A-3-16

¹²⁹ A 3-16

¹³⁰ V-68-16

identisk med Kubus Bowl. Kubus Bowl kostede ca. ni gange så meget, som Idannas planteskål. Markedsføringen af Kubus Bowl skete blandt andet via bloggere og fremvisning i forbindelse med andre by Lassen produkter. Forbrugerne var således ikke i tvivl om, at Idannas planteskål var en efterligning af Kubus Bowl men købte den alligevel med den viden grundet den billigere pris og det meget nærgående design, hvilket var med til at fortrænge Kubus fra markedet, idet forbrugerne fandt, at Idannas planteskål kunne substituere Kubus Bowl.

I BS-46785/2018-SHR (Sirius) var originalitetskravet efter OPHL § 1 opfyldt, hvorfor Sirius' engel nød ophavsretlig beskyttelse. Sø- og Handelsretten foretog ikke en vurdering af det markedsføringsretlige beskyttelsesomfang, men der blev dog statueret en krænkelse efter MFL § 3, hvorfor englen ligeledes nød markedsføringsretlig beskyttelse. Der fandtes derimod ikke en krænkelse af Sirius' kogle. Sagsøgte havde markedsført sine produkter med kendskab til Sirius' produkter og havde på den baggrund krænket Sirius' rettigheder efter OPHL § 1 og MFL § 3, for så vidt angik englen. Dommen illustrerer, at de særprægede produkter i en designserie ikke kan bære de mindre særprægede produkter under en krænkelssag, alene på grund af det subjektive kendskab til hele serien, da kendskabet ikke i sig selv kan statuere en krænkelse af hele produktserien, såfremt ikke andre kriterier i krænkelssvurderingen er opfyldt.

I U 2020.2532 Ø (Anne Black) anførte landsretten: *»Spørgsmålet er herefter, om de enkelte produkter er ophavsretligt beskyttet eller i hvert fald beskyttet efter markedsføringsloven.«*¹³¹ Formuleringen understreger indirekte, at der skal mere til, før man kan opnå beskyttelse efter OPHL § 1 end efter MFL § 3. Landsretten fandt, for så vidt angik hængepotten, at måden hvorpå designelementerne var sammensat gav hængepotten et genkendeligt udtryk og var ligeledes udtryk for Anne Blacks egen intellektuelle frembringelse. Hængepotten var beskyttet efter OPHL § 1. Efter denne vurdering, lagde landsretten desuden til grund, at hængepotten derfor ligeledes var beskyttet efter MFL § 3, dog uden yderligere begrundelse herfor. Det kan derfor udledes, at såfremt et produkt opfylder betingelserne og er beskyttet efter OPHL § 1, så vil det også automatisk være beskyttet efter MFL § 3. Kravene til beskyttelse efter generalklausulen er på den måde indeholdt i kravene efter OPHL § 1. Vasen havde desuden særpræg efter MFL § 3, men adskilte sig dog ikke, fra hvad der tidligere var set på markedet, hvorfor der ikke var tale om en nyskabelse eller et udtryk for Anne Blacks egen intellektuelle frembringelse. Vasen var på den baggrund alene beskyttet mod produktefterligninger efter MFL § 3, dog mod nærgående efterligninger. Det samme gjorde sig gældende for lågkrukken. Hængepotten var det eneste af de tre produkter, som opfyldte originalitetskravet efter OPHL § 1, hvorfor vasen og lågkrukken alene nød beskyttelse efter MFL § 3. I de tre produkttilfælde var der tale om en nærgående efterligning, hvorefter alle tre var krænket efter henholdsvis OPHL § 1, for så vidt angik hængepotten, og efter MFL § 3, for så vidt angik hængepotten, vasen og lågkrukken. Beskyttelsesomfanget efter de to regelsæt angik den samme brede beskyttelse, nemlig mod nærgående efterligninger. Til trods for, at landsretten differentierede den ophavsretlige og markedsføringsretlige beskyttelse mellem hængepotten, vasen og lågkrukken, blev krænkelssvurderingen af produkterne foretaget samlet. Landsretten lagde i krænkelssvurderingen vægt på, at produkterne fra Ronald A/S havde

¹³¹ U 2020.2532 Ø

samme designmæssige udtryk, samt at produkterne ikke kunne udformes uden kendskab til Anne Blacks produkter. Krænkelsevurderingen efter OPHL § 1 og MFL § 3 var sammenfaldende til trods for, at kriterierne efter de to regelsæt er forskellige.

4.10 MFL § 3 som supplement til OPHL § 1

Som ovenfor konstateret er MFL § 3 subsidiær i forhold til OPHL § 1, da generalklausulen ikke anvendes, såfremt OPHL er direkte anvendelig, idet denne er en speciallov. Dog udelukker det forhold, at en brugskunstgenstand ikke nyder ophavsretlig beskyttelse, ikke at MFL § 3 ligeledes finder anvendelse.¹³² MFL § 3 anvendes i de tilfælde, hvor fremtoningen ikke er nok til at medføre en krænkelse efter OPHL § 1. MFL § 3 anvendes endvidere i de tilfælde, hvor der har foreligget andre klare illoyale elementer end det fremtoningsmæssige sammenfald. Såfremt domstolene ikke når frem til, at der kan statuere en ophavsretlig krænkelse, skal det vurderes, hvorvidt der alligevel kan være sket en krænkelse efter MFL § 3 grundet særlige illoyale omstændigheder. Finder domstolene derimod, at ophavsretten er krænket, bør det ikke være nødvendigt at foretage en vurdering af, hvorvidt generalklausulen om god markedsføringskik er overtrådt. Som et eksempel på et tilfælde, hvor Højesteret har fundet det overflødigt at behandle MFL § 3 kan nævnes U 2009.1789 H (Hundeskål m.m.). Her fandt Højesteret således ikke grund til at foretage en markedsføringsretlig vurdering, da ophavsretten går forud. Det stemmer overens med lovgivers hensigt, da MFL § 3 kan virke som en opsamlingsbestemmelse hvor OPHL, eller andre immaterielle regelsæt som speciallove, ikke finder anvendelse.¹³³ Det er dog vigtigt at påpege, at MFL § 3 ikke nødvendigvis finder anvendelse og dermed kan yde beskyttelse, blot fordi en sådan beskyttelse ikke kan opnås efter en speciallov.

Det er i overensstemmelse med lovgivers hensigt, at MFL § 3 er subsidiær til OPHL § 1, og derfor først behandles, når beskyttelse efter OPHL § 1 nægtes, hvilket ses i U 2003.694 S (Møbelknap), V-22-14 (Pejsesæt), A-41-15 (Brændeovne), B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse) og U 2020.2532 Ø (Anne Black).

Markedsføringsretten har ikke til formål at udvide den immaterialretlige beskyttelse, men i stedet at supplere denne.¹³⁴ Det ses dog i retspraksis, at MFL § 3 af og til anvendes kumulativt med OPHL § 1, når der statuere en krænkelse. Som eksempler på, at domstolene har anvendt regelsættene kumulativt, kan nævnes A-3-16 (Udemøbler), V-68-16 (Kubus Bowl), BS-46785/2018-SHR (Sirius) og U 2020.2532 Ø (Anne Black). Her statuerede domstolene både en immaterialretlig og markedsføringsretlig krænkelse. Der ses blandt andet tilfælde, hvor domstolene uden videre lægger til grund, at der ligeledes foreligger en markedsføringsretlig beskyttelse eller krænkelse, allerede fordi det er tilfældet efter OPHL § 1. Vurderingerne efter de to regelsæt er i praksis ofte sammenfaldende. Sø- og Handelsretten anvendte i V-68-16 (Kubus Bowl) formuleringen: *»Af de samme grunde [...] finder retten, at der endvidere foreligger en overtrædelse af markedsføringsloven.«*¹³⁵ Det sker ikke

¹³² Mortensen, Bent Ole Gram & Steinicke, Michael, *Dansk markedsret*, s. 307

¹³³ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 61

¹³⁴ Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 98

¹³⁵ V-68-16

altid, at domstolene præciserer de afgørende forhold i sine afgørelser. Det er med til at udviske forskellene mellem regelsættene, som ellers er af afgørende betydning for, hvilke momenter der bør have størst vægt i vurderingen af, hvorvidt betingelserne i henholdsvis beskyttelses- og krænkelsesvurderingen er opfyldt.¹³⁶ Den del af vurderingerne, der ofte i praksis er sammenfaldende for OPHL § 1 og MFL § 3, angår produkternes ydre fremtoning. Efter MFL § 3 ses der ydermere på de markedsretlige aspekter, som adskiller den markedsføringsretlige vurdering fra den ophavsretlige vurdering. På den baggrund lægger domstolene ofte den ophavsretlige vurdering til grund for den markedsføringsretlige vurdering og tilføjer de markedsføringsretlige aspekter.

Hvad angår MFL § 3, som supplement til OPHL § 1, kan der ses en udvikling i brugen af de to regelsæt. Ud fra dommene i Del IV har domstolene i de tidligere domme fra 2003-2015, anvendt OPHL § 1, som den primære bestemmelse, mens MFL § 3 kun er anvendt i det tilfælde, hvor der ikke kunne indrømmes en ophavsretlig beskyttelse. I dommene fra 2016-2020 har det udgangspunkt ændret sig, så domstolene i højere grad er begyndt at anvende regelsættene kumulativt. Det er Forfatterernes opfattelse, at domstolene anvender regelsættene kumulativt for at tilkendegive over for markedsaktørerne, at den pågældende adfærd findes utilbørlig og uacceptabel. Dommen får på den måde et bredere perspektiv, således både den illoyale adfærd og den immaterialretlige krænkelse påpeges, blandt andet af præventive hensyn.¹³⁷

I U 2020.2532 Ø (Anne Black) sås en blanding af de to måder at anvende regelsættene på, idet vurderingen efter OPHL § 1 og MFL § 3 både fandt anvendelse hver for sig og kumulativt i relation til de forskellige produkter. Landsretten vurderede indledningsvist beskyttelsen efter OPHL § 1, hvorefter beskyttelse efter MFL § 3 blev vurderet. Landsretten fandt dog efter de to vurderinger, at hængepotten nød kumulativ beskyttelse efter OPHL § 1 og MFL § 3.

Det er Forfatterernes holdning, at domstolene generelt anvender reglerne efter formålet, når der først foretages en ophavsretlig vurdering og derefter en markedsføringsretlig vurdering uafhængigt af, hvorvidt der indrømmes en beskyttelse efter OPHL § 1. Regelsættene anvendes kumulativt på den måde, at der i de nyere domme indrømmes beskyttelse mod produkt efterligninger efter både OPHL § 1 og MFL § 3, hvilket udfordrer det formål, der er tiltænkt med MFL § 3.

¹³⁶ Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan, *Markedsføringsretten*, s. 496

¹³⁷ Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, s. 49 og 63

DEL V - Afslutning

5.1 Konklusion

Formålet med kandidatspecialet har været at undersøge og beskrive i hvilket omfang brugskunstgenstande nyder beskyttelse mod produktefterligninger i medfør af OPHL § 1 og MFL § 3, herunder forskelle og ligheder mellem regelsættene samt hvorvidt disse i praksis anvendes særskilt eller kumulativt.

Ud fra det analyserede kan ses, at der er visse forskelle og ligheder i beskyttelsens indhold efter de to regelsæt. Nogle momenter går igen efter begge regelsæt, mens andre er særlige for det enkelte regelsæt. Et gennemgående tema er, at des mere originalt eller særpræget et produkt er, des bredere beskyttelse kan indrømmes produktet.

Graden af originalitet og særpræg bliver vurderet ud fra forskellige faktorer, herunder blandt andet vægten af teknik og funktion over for æstetik, design og fremtoning, trends på markedet, minimaliske og almene formsprog samt om der er tale om et særpræget designunivers eller minimalisme. Eksempelvis kan en trend resultere i, at et produkt ikke er originalt eller kan opretholde sit særpræg, idet der derved vil ske en udvanding af det særegnede ved et produkt, idet markedet ikke er holdt rent for lignende frembringelser, således originalproduktet kan holdes visuelt adskilt fra andre produkter på markedet.

Det kan konkluderes, at produkter, der har status som designikoner, har en højere grad af originalitet eller særpræg og dermed kan opnå en bredere beskyttelse på trods af, at der kan være tale om funktionsbestemte genstande. At et produkt eller personen bag har opnået en vis status på markedet, bør dog ikke have indflydelse på beskyttelsesomfanget efter OPHL § 1, idet der alene bør lægges vægt på produktets originalitet på frembringelsestidspunktet.

Hvad angår produktserier kan det konkluderes, at såfremt en krænker efterligner flere produkter i en produktserie eller efterligner flere produkter fra én bestemt person eller virksomhed, vil det indgå som en skærpende omstændighed i krænkelsesvurderingen. Der slækkes ligeledes på originalitets- og særprægskravet samt kravet til sammenfaldet mellem produkterne i disse tilfælde. Der ses dog fortsat på de enkelte produkter i forhold til, hvorvidt det enkelte produkt bør nyde beskyttelse. Det er således ikke en selvfølge, at alle produkterne i en produktserie findes krænket alene under hensyntagen til, at produktet indgår i en produktserie.

Særligt for vurderingen efter MFL § 3 er, at også markedsretlige aspekter, som ikke er en del af OPHL § 1, spiller ind på særprægsvurderingen. Der er således flere elementer end det fremtoningsmæssige i vurderingen af, om brugskunst kan indrømmes en beskyttelse mod produktefterligninger efter MFL § 3 end efter OPHL § 1. Vurderingen efter MFL § 3 indeholder mere end blot den visuelle produktefterligning, nemlig ligeledes den adfærd, der er blevet udvist i forbindelse med frembringelsen.

I relation til diskussionen i litteraturen om, hvorvidt beskyttelsesomfanget for brugskunstgenstande med et teknisk eller funktionalistisk formsprog generelt er snævert, eller hvorvidt graden af originalitet eller særpræg kan spille ind på vurderingen, kan det ud fra analysen konkluderes, at sidstnævnte opfattelse synes mest korrekt. Det skyldes, at beskyttelsen af produkter med en høj grad

af originalitet eller særpræg i en konkret sag ofte nyder en bredere beskyttelse. Beskyttelsesomfanget afhænger i høj grad af frembringerens individuelle og kreative indsats. Des mere et produkt adskiller sig fra i forvejen eksisterende produkter på markedet, des bredere synes beskyttelsen, da der i disse tilfælde er tale om et særligt beskyttelsesværdigt produkt.

I starten af 00'erne foretog domstolene en helhedsvurdering af produkterne, når det skulle vurderes, hvorvidt sagsøgte produkt krænkede originalproduktet. Omkring 2011 begyndte domstolene i højere grad at lægge vægt på det, der giver originalproduktet originalitet eller særpræg. Udviklingen betød, at et produkt nu skal frigøre sig tilstrækkeligt fra det særegne ved originalproduktet. Vurderingen baserer sig i højere grad på overtagelsen af originaliteten, både efter OPHL § 1 og efter MFL § 3. Kravet hertil synes også efter MFL § 3 at være udledt af retspraksis i nyere tid, mens det har været en del af den ophavsretlige krænkelsesvurdering i længere tid.

Et andet moment, der er gennemgående for de to regelsæt, er det subjektive skyldforhold. Det kan konkluderes, at subjektivt kendskab er en forudsætning for statuering af en krænkelse, men der er, ifølge Forfatterne, nogle bevismæssige betæneligheder forbundet hermed. Det ses gennem en analyse af retspraksis, at domstolene blot forudsætter, at kendskab foreligger ud fra skønsmandens vurdering af originaliteten eller særpræget på frembringelsestidspunktet, ligesom det ofte ses, at domstolene tilsidesætter en parts forklaring om ukendskab som usandsynligt. Derved tilsidesætter domstolene helt betragtningen om dobbeltfrembringelser.

Anvendelsen af forskellige regelsæt med forskellige beskyttelseshensyn og kriterier i en produktefterligningssag medfører i en række sager, at kriterierne i praksis smelter sammen i krænkelsesvurderingen. Det ses i en række nyere domme, at domstolene ofte inddrager forvekslelighedskriteriet i krænkelsesvurderingen efter OPHL, endda i tilfælde hvor der alene er procederet på OPHL § 1. Sammensmeltningen af kriterierne kommer ligeledes til udtryk ved, at domstolene efter statuering af krænkelse efter OPHL § 1, endvidere statuerer en krænkelse efter MFL § 3 under henvisning til de netop fremførte argumenter i krænkelsesvurderingen efter OPHL § 1, uden yderligere stillingtagen til kriterierne efter MFL § 3. Domstolene lægger ofte til grund, at produktet har det fornødne særpræg til at være beskyttet efter MFL § 3, allerede fordi produktet nyder beskyttelse efter OPHL § 1. Domstolene adskiller således ikke vurderingerne efter OPHL § 1 og MFL § 3, selvom der er tale om to forskellige regelsæt, der i teorien indrømmer en beskyttelse, der er forskellig fra hinanden grundet forskellige beskyttelseshensyn. Idet domstolene på den baggrund ikke altid præciserer de afgørende forhold efter MFL § 3, er det vanskeligt at se forskellene mellem regelsættene. Når MFL § 3 anvendes kumulativt med OPHL § 1, synes der, efter Forfatternes opfattelse, at være en tendens eller et ønske hos domstolene om at påpege den illoyale markedsadfærd som et supplement til ophavsrettens beskyttelse af produktets fremtoning.

Beskyttelsen af tekniske og funktionsbestemte produkter er som udgangspunkt begrænset til meget nærgående efterligninger efter OPHL § 1. Efter MFL § 3 er beskyttelsen af disse produkter yderligere begrænset til slaviske efterligninger. Produkter efter MFL § 3 er således alene beskyttede mod produkter, der er næsten identiske med originalproduktet. At beskyttelse mod meget nærgående efterligninger synes at være oftest forekommende efter OPHL § 1, stemmer godt overens med bestemmelsen i OPHL § 2 om, at ophavsmanden opnår en eneret til sit værk i oprindelig eller ændret

skikkelse. Originalproduktet opnår en bredere beskyttelse efter OPHL § 1, idet produkterne herefter nyder beskyttelse mod produkter, der ikke er slaviske efterligninger, men også produktet i ændret eller omarbejdet skikkelse.

Tidligere påberåbte en rettighedsindehaver af en brugskunstgenstand sig primært OPHL § 1, hvorefter MFL § 3 alene blev påberåbt subsidiært og anvendt i de tilfælde, hvor betingelserne for OPHL § 1 ikke var opfyldt. MFL § 3 blev i tidligere retspraksis ligeledes ikke anvendt, såfremt der kunne statueres en krænkelse i medfør af OPHL § 1. Denne fremgangsmåde stemmer overens med reglernes formål, da det ikke er nødvendigt også at være beskyttet efter MFL § 3, såfremt der indrømmes beskyttelse og statueres en krænkelse efter OPHL § 1. Nyere retspraksis viser dog, at der er sket en udvikling i den måde, hvorpå regelsættende anvendes. I nyere retspraksis er de oftest påberåbte regelsæt en kombination af OPHL § 1 og MFL § 3, hvorfor der ligeledes i højere grad dømmes kumulativt efter begge regelsæt. Det er ikke hensigten, at MFL § 3 skal fungere som et yderligere retsværn mod produktefterligninger. MFL § 3 skal fungere som et retsværn i de tilfælde, hvor krænkeren har handlet illoyalt og snyllet på originalproduktets markedsposition.

Af det inddragne retspraksis ses kun et enkelt tilfælde, hvor brugskunstgenstanden falder uden for beskyttelsesområdet i MFL § 3. Der ses derimod langt flere tilfælde, hvor en brugskunstgenstand ikke opfylder originalitetskravet og dermed ikke nyder ophavsretlig beskyttelse. I tilfælde hvor produktet ikke nyder ophavsretlig beskyttelse, har produktet derimod tilstrækkeligt særpræg til at nyde beskyttelse efter MFL § 3. Det kan dermed konkluderes, at der skal mere til for at opfylde originalitetskravet end kravet om særpræg, hvorfor det ligeledes er nemmere at opnå en beskyttelse efter MFL § 3, end efter OPHL § 1.

I sagerne, hvor der ikke indrømmes en beskyttelse efter OPHL § 1, men alene efter MFL § 3, har produkterne det til fælles, at de fremtoningsmæssigt ikke lever op til kravet om originalitet og nyskabelse. Det kan således konkluderes, at originalitet- og særprægsvurderingen er den samme, for så vidt angår fremtoningen. Forskellen på at opnå beskyttelse efter OPHL § 1 og MFL § 3 er, at der efter OPHL § 1 kræves, at der er tale om en nyskabelse. Det er ikke et krav efter MFL § 3, hvorimod produkterne kan opfylde kravet til særpræg ved, at de har en vis markedsidentitet ved enten at have været markedsført i en længere årrække eller adskiller sig tilstrækkelig fra i forvejen eksisterende produkter.

Et statistisk billede af beskyttelse indrømmet i medfør af OPHL § 1 viser, at der indrømmes en ophavsretlig beskyttelse i langt de fleste sager, idet der dog er sager, hvor originalitetskravet ikke er opfyldt. Omvendt ses i samtlige sager, hvor MFL § 3 er påberåbt, at næsten alle produkter nyder beskyttelse herefter. Det kan derfor konkluderes, at kravene til opfyldelse af særpræg er mere lempelige end kravene til originalitet efter OPHL § 1.

Det kan endvidere konkluderes, at den opnåede retsbeskyttelse efter OPHL § 1 er bredere end beskyttelsen efter MFL § 3. Efter OPHL § 1 er beskyttelsen i de fleste sager udstrakt til meget nærgående efterligninger. Beskyttelsesomfanget efter MFL § 3 angår typisk slaviske efterligninger. Når beskyttelsesomfanget efter MFL § 3 angår slaviske efterligninger, stilles der høje krav til sammenfaldet mellem originalproduktet og efterligningen, da få afvigelser fra originalproduktet kan være afgørende for, om efterligningen er slavisk.

Kriterierne efter MFL § 3 kan variere og opveje hinanden. Såfremt en brugskunstgenstand har et beskedent særpræg, men der samtidig foreligger en høj risiko for forveksling mellem produkterne, vil domstolene være tilbøjelige til at statuere en krænkelse. Samtidig vil der ligeledes kunne statures en krænkelse, såfremt brugskunstgenstanden ikke er i høj risiko for at blive forvekslet, men til gengæld har en høj grad af særpræg.

Ud fra de i projektet inddragne domme, hvor der er indrømmet en beskyttelse efter henholdsvis OPHL § 1, MFL § 3 eller kumulativt efter begge bestemmelser, er det i næsten halvdelen af sagerne endt med domfældelse for krænkelse, mens den anden halvdel er endt med frifindelse. Sagerne afgøres efter en vurdering af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag, hvorfor disse også i høj grad ender med forskellige begrundelser og resultater.

5.2 Retspolitiske overvejelser

I dette afsluttende afsnit vil nogle udvalgte problemstillinger sættes i en retspolitisk kontekst. De overvejelser, som kandidatspecialet har givet anledning til, vedrører den ophavsretlige beskyttelse som en fremtoningsbeskyttelse samt dobbeltfrembringelser som en manglende overvejelse i retspraksis. Nærværende diskussion er udtryk for Forfatterens overvejelser i relation til de nævnte problematikker.

Der er i ophavsretten tale om en fremtoningsbeskyttelse og ikke en prioritetsbeskyttelse. Fremtoningsbeskyttelsen bevirker, at originalproduktet er beskyttet mod andre produkter, der fremtoningsmæssigt krænker originalproduktet. Problematikken vedrørende den betragtning er imidlertid, at originalproduktet er beskyttet mod senere fremkomne produkter. På den måde kommer beskyttelsen i højere grad til at ligne en prioritetsbeskyttelse, idet det ud fra den betragtning, handler om at være den første, der frembringer produktet. Originalproduktet vil således være beskyttet, som det først frembragte mod enhver efterligning, der måtte vise sig efter frembringelsestidspunktet af originalproduktet. På den måde ligner situationen mere en prioritetsbeskyttelse end en fremtoningsbeskyttelse, idet det er frembringelsestidspunktet, der er afgørende for retsbeskyttelsen. Udtrykket, *først i tid, bedst i ret*, kommer her til udtryk, da beskyttelse opnås fra frembringelsestidspunktet. Det ses blandt andet ud fra, at domstolene lægger vægt på den tid, som originalproduktet har eksisteret og været markedsført i. Det er således den part, der kan dokumentere, at denne først har frembragt et værk, der opnår rettighederne hertil. Disse betragtninger stemmer ikke overens med, at ophavsretten betragtes som en fremtoningsbeskyttelse. Det er et samfundsmæssigt problem, at man ikke automatisk ved, om man ved frembringelsen af et produkt, får de tilstræbte rettigheder, der er forbundet med hermed.

Fænomenet dobbeltfrembringelser er ikke noget, der tages stilling til i produktefterligningssagerne i dansk retspraksis. Dobbeltfrembringelseslæren bør finde anvendelse i de sager, hvor subjektivt kendskab bestrides. Domstolene overvejer end ikke muligheden for, at der kan foreligge en (lovlig) dobbeltfrembringelse, men afskærer læren herom helt og holdent. Det er bemærkelsesværdigt, at domstolene ikke i praksis har mere fokus på kravet omkring kendskab og problemstillingen omkring dobbeltfrembringelser. Domstolene anerkender, at man må lade sig inspirere af andres produkter, så længe der ikke skabes en efterligning. Udelukkelsen af dobbeltfrembringelseslæren kommer til

udtryk ved, at kravet til subjektivt kendskab allerede er opfyldt ved uagtsomhed eller burde-viden. Det sker ligeledes ved, at domstolene forudsætter, at der har været kendskab til originalproduktet, såfremt produktet havde originalitet på frembringelsestidspunktet. Det er oftest en skønsmand, der tager stilling hertil, hvorefter domstolene i de fleste tilfælde lægger til grund, at det ikke har været muligt at frembringe efterligningen uden kendskab til originalproduktet. Det ses også ved domstolenes tilsidesættelse af sagsøgtets forklaring om ukendskab som usandsynligt under henvisning til det betydelige sammenfald mellem produkterne. Når subjektivt kendskab er konstateret, går domstolene ikke dybere ned i bevisspørgsmålet omkring kendskabet. Der kan på den måde opstå situationer, hvor det lægges til grund, at krænkeren, der reelt ikke har haft kendskab til originalproduktet, alligevel findes at have krænket originalproduktet, alene fordi originalproduktet fandtes originalt på frembringelsestidspunktet. Dette medfører til dels en begrænsning i hensynet til den frie og effektive konkurrence, mens det styrker eneretten. Ophavsmanden får en fordel, idet der ikke kræves direkte forsæt til efterligningen, men alene uagtsomhed. Herved er andre afskåret fra muligheden for at frembringe et produkt, som ligner originalproduktet ved en (lovlig) dobbeltfrembringelse, uanset om denne reelt har kendt til originalproduktet eller ej, idet det ofte blot lægges til grund. Samtidig har ophavsmanden den fordel, at denne nyder beskyttelse også mod personer, der er uvidende om originalproduktets eksistens. Problematikken skaber en ubalance i afvejningen af de to beskyttelseshensyn til henholdsvis ophavsmanden og dennes eneret samt hensynet til den frie og effektive konkurrence.

Såfremt ophavsretten var udtryk for en prioritetsbeskyttelse, vil det kunne fjerne nogle usikkerheder på området og samtidig reducere antallet af produktefterligningssager hos domstolene, hvis der indføres en form for registrering, som det kendes fra andre dele af immaterialretten. Det er ligeledes en mulighed at opnå flere registreringer af beskyttelse inden for de forskellige grene af immaterialretten. Herved vil man, som ophavsmand til et produkt, være bevidst omkring, hvorvidt produktet nyder ophavsretlig beskyttelse, allerede fra et tidligt tidspunkt, ligesom det vil fjerne nogle usikkerheder fra andre personer i relation til nye frembringelser. Ophavsmanden har derved lettere ved at påberåbe og sikre sine rettigheder, mens ressourcer til advokater og retssager kan reduceres. Registrering af et ophavsretligt beskyttet værk vil desuden fjerne usikkerheden omkring det bevismæssige i forhold til problematikken omkring det subjektive kendskab, idet krænkeren således ikke kan bestride kendskabet til originalproduktet, da det vil være muligt at søge efter bestemte produkter i et register. Det er set i nogle produktefterligningssager, at kendskabet ikke er bestridt, men at der i stedet procederes på, at originalproduktet ikke var originalt på frembringelsestidspunktet. Denne usikkerhed vil ligeledes være elimineret ved en registrering af den ophavsretlige beskyttelse, idet registrering kun opnås, såfremt værket faktisk opfylder kravene til beskyttelse. Ligeledes vil det få en indflydelse på de processuelle overvejelser, idet man da vil kunne afskære nogle syn og skøn, hvilket alt andet lige vil kunne begrænse sagsomkostningerne. Udfordringen ved registrering af ophavsretsbeskyttede værker kan være, at det er vanskeligt at søge, finde eller kategorisere bestemte produkter. For at imødekomme denne udfordring, kan lovgivningen ændres for så vidt angår kravene til registrering på en sådan måde, at der kræves en kombination af en råskitse af produktet, samt en nøje beskrivelse heraf.

Litteraturliste

Love og lovbekendtgørelser

- Lov 1937-05-18 nr. 158 om prisaftaler
- Lov 1974-06-14 nr. 297 om markedsføring
- Lov 2005-12-21 nr. 1389 om markedsføring
- Lovbekendtgørelse 2014-10-23 nr. 1144 om ophavsret (ophavsretsloven) forkortet: OPHL
- Lov 2017-05-03 nr. 426 om markedsføring (markedsføringsloven) forkortet: MFL
- Lovbekendtgørelse 2020-09-29 nr. 1445 Retsplejeloven

Forarbejder til ophavsretsloven

- Udkast til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner, København 1951 (DA MOT.I)

Forarbejder til markedsføringsloven

- Betænkning 1966 nr. 416 angående en ny konkurrencelov
- Betænkning 1973 nr. 681 forbrugerkommissionens betænkning II
- Lovforslag L 211 forslag til lov om markedsføring fremsat i 1994 i samling 1993-94 (Lovforslag L 211 om markedsføring)
- Betænkning 2005 nr. 1457 om markedsføring og prisoplysning
- Lovforslag L 40 forslag til lov om markedsføring fremsat i 2016 i samling 2016-17 (Lovforslag L 40 om markedsføring)

Retspraksis

Dansk ret

Højesteret

- U 2001.747 H (Tripp Trapp)
- U 2002.1715/2 H (Myren)
- U 2003.1219 H (LP belysningsarmaturer)
- U 2007.951 H (Herstal lamper)
- U 2008.1834 H (Bordløfter)

- U 2009.1789 H (Hundeskår m.m.)
- U 2011.2736 H (Lulu-stolen)
- U 2011.3451 H (Global knive)
- U 2012.256 H (Alfi termokander)
- U 2014.954 H (Armaturer)
- U 2015.979 H (STEVE-stolen)
- U 2015.992 H (DAN-stolen)

Landsretten

- Østre Landsrets dom af 22. oktober 2018 i sag B-1259-17 (Plastikopbevaringskasse)
- U 2020.2532 Ø (Anne Black)

Sø- og Handelsretten

- U 2003.694 S (Møbelknop)
- Dom af 21. januar 2003 i sag V-32-99 (Tripp Trapp skammel og bakke)
- Dom af 21. april 2006 i sag V-109-04 (Biva)
- Dom af 17. marts 2010 i sag H-23-07 (Munkegårdslampen)
- Dom af 14. februar 2012 i sag V-34-10 og V-63-10 (Zone sæbedispenser)
- Dom af 12. august 2015 i sag V-22-14 (Pejsesæt)
- Dom af 11. november 2016 i sag V-4-14 (Køkken- & badserie)
- Dom af 2. december 2016 i sag V-3-16 (Vipp)
- Dom af 31. januar 2017 i sag V-92-15 (Juno-sengen)
- Dom af 7. februar 2017 i sag V-2-16 (Kähler)
- Dom af 28. april 2017 i sag V-13-16 (Spil&Lær)
- Dom af 7. februar 2018 i sag V-14-17 (Udendørslamper)
- Dom af 9. februar 2018 i sag V-68-16 (Kubus Bowl)
- Dom af 26. november 2018 i sag V-60-17 (PH Artichoke)
- Dom af 28. maj 2019 i sag BS-46785/2018-SHR (Sirius)
- Dom af 25. marts 2020 i sag BS-1370/2016-SHR (Bitz & Würtz)
- Dom af 26. oktober 2020 i sag BS-50242/2018-SHR (Plant Box)

- Kendelse af 4. december 2015 i sag A-41-15 (Brændeovne)
- Kendelse af 8. juni 2016 i sag A-3-16 (Udemøbler)

EU-ret

EU-Domstolen

- C-683/17 - Cofemel

Litteratur

Bøger

- Borchert, Erling & Bøggild, Frank, *Markedsføringsloven*, 3. udgave, 2013, Karnov Group Denmark A/S
- Borchert, Erling, *Produktefterligninger*, 2. udgave, 2003, Forlaget Thomsen A/S
- Eriksen, Ulrich Birch, *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, 1. udgave, 2013, Karnov Group Denmark A/S
- Evald, Jens, *Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udgave, 2000, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Frahm, Kasper & Kragmann, Michala, *Produktefterligninger i praksis*, 1. udgave, 2021, Djøf Forlag
- Koktvedgaard, Morten, *Lærebog i Immaterialret*, 7. udgave, 2005, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Larsen, Torsten Bjørn & Straton-Andersen, Kristian Helge, *Markedsretten*, 1. udgave, 2019, Karnov Group Denmark A/S
- Madsen, Palle Bo, *Markedsret Del 3*, 7. udgave, 2020, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Mortensen, Bent Ole Gram & Steinicke, Michael, *Dansk markedsret*, 5. udgave, 2018, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, 1. udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 2018, Djøf Forlag
- Møgelvang-Hansen, Peter, Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan, *Markedsføringsretten*, 3. udgave, 2017, Ex Tuto Publishing A/S
- Rosenmeier, Morten, *Værkslæren i ophavsretten*, 1. udgave, 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten, Petersen, Clement Salung, *Immaterialret*, 6. udgave, 2021, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Schönning, Peter m.fl., *Grundlæggende immaterialret*, 2. udgave, 2009, Forlaget Gjellerup
- Schönning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6. udgave, 2016, Karnov Group Denmark A/S

Eksterne links

- <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=kopi> (sidst tilgået d. 17. maj)
- <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=slavisk> (sidst tilgået d. 17. maj)
- <https://www.leksikon.org/art.php?n=385> (sidst tilgået d. 17. maj)
- <https://www.oecd.org/newsroom/global-trade-in-fake-goods-worth-nearly-half-a-trillion-dollars-a-year.htm> (sidst tilgået d. 17. maj)

Anslagsdokumentation

Ordoptælling

Statistik:

Sider	50
Ord	22.577
Tegn (uden mellemrum)	133.815
Tegn (med mellemrum)	156.193
Afsnit	234
Linjer	1.780

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk