

Immateriel retlig beskyttelse af titler på litterære og kunstneriske værker



**AALBORG
UNIVERSITET**

STUDENTERRAPPORT

OLIVER HYPHE LYNHOLM, 20173059

TOBIAS SASTAKAUSKAS SALOMONSEN, 20173072

KANDIDATSPECIALE

JURIDISK INSTITUT

2022

Titelblad

Dansk titel:	Immateriel retlig beskyttelse af titler på litterære og kunstneriske værker
Engelsk titel:	Protection of titles of literary and artistic works in intellectual property law
Forfattere:	Oliver Hyche Lyngholm, studienummer: 20173059 Tobias Sastakauskas Salomonsen, studienummer: 20173072
Fagområde:	Immateriel ret
Studieretning:	Jura
Semester:	10. Semester
Vejleder:	Jonas Rubien
Universitet:	Aalborg Universitet
Antal anslag:	165.360
Dato for aflevering:	19. maj 2022

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the legal position of titles of literary or artistic works in intellectual property law, namely regarding copyright law, trademark law and the special provision in § 73 in the Danish Copyright Act. To conduct this examination this paper applies the legal dogmatic method.

The purpose of the legal dogmatic method is to analyze and describe the relevant applicable sources of law. In Danish law the relevant sources of law consists of written law, case law, legal customs, and legal principles. As this paper deals with rules based on EU-law, EU regulations, EU directives, and case law will be included in the papers' analysis of applicable law. Legal preparatory works and legal literature are included for interpretative purposes.

Under copyright law it is a condition for protection that the object must be of a literary or artistic nature and be considered as a work. Titles are literary by nature. To be considered a work the object must be considered original. For short sentences like titles, originality is assessed regarding the choice, sequence, and combination of the words in the title as the words themselves are not eligible for protection. For titles of literary or artistic words, the title must also indicate the originality of the underlying work. It is considered difficult for titles to achieve protection. Only the original parts of titles protected under copyright law are protected. As the originality in titles is only based on the choice, sequence, and combination of the words it is this matter that is protected. As titles are short in nature, titles will only be protected against close copies.

For a title to be registered as a trademark a number of conditions must be fulfilled. The mark must be eligible for use as a trademark. Furthermore, the title must be distinctive and non-descriptive. For a mark to be distinctive it must be capable of distinguishing the goods or services of one commercial entity from other commercial entities. The mark is descriptive if it is perceived as providing information about the goods and services applied for. This is the case for 1) simple titles describing the subject of the artistic and literary work, 2) titles that are so well known that the relevant public associates the title with the underlying story and 3) titles that have become part of the language thus having acquired a second meaning which is descriptive for the goods and services applied for. When the trademark is registered, it grants the proprietor exclusive rights for the distinctive parts of the trademark. However, the protection is only against use as a trademark which fulfills the trademarks functions, especially as a communication of the commercial origin of goods and services. According

to case law by the European General Court and EUIPO Boards of Appeal, as a general rule, a title will not indicate commercial origin when the title is merely used as a designation for literary or artistic works. However, it is found to be possible for titles to be used as a designation for literary and artistic works to distinguish commercial origin, but it is unclear when such a use indicates commercial origin.

According to § 73 in the Danish Copyright Act a later literary or artistic work may not be made available to the public under a title which entails a likelihood of confusion with an earlier work. This provision protects works per se, including its title. For the provision to be applied it is required for the earlier work to have distinctiveness. In this context the work or title must be capable of distinguishing the artistic origin of the work. If the work is distinctive, it is protected against titles of later works which confers a likelihood of confusion. The assessment is based on whether the artistic origin of the works is capable of being confused. It is an overall and individual assessment. It is a requirement that the title is being used as a title for another work than the earlier and that there is an actual likelihood of confusion.

In the final chapter the results of the examinations are compared, and it is concluded that the rule in the Danish Copyright Act § 73 is best suited for protection of titles as a designation for literary and artistic works, as the other legal schemes contain issues regarding acquisition of protection as well as the scope of that protection being narrow or unclear.

1 INDHOLDSFORTEGNELSE

TITELBLAD	2
ABSTRACT	3
1 INDHOLDSFORTEGNELSE	5
2 PROBLEMFELT OG METODE	7
2.1 INDLEDNING	7
2.2 PROBLEMSTILLING	8
2.3 AFGRÆNSNING OG PLAN FOR FREMSTILLINGEN	8
2.4 METODE	10
2.4.1 RETSKILDER	11
2.5 BEGREBSDEFINITIONER	15
2.6 ANVENDTE FORKORTELSER	15
3 OPHAVSRETTLIG BESKYTTELSE AF TITLER SOM VÆRKER	17
3.1 BETINGELSER FOR AT OPNÅ BESKYTTELSE EFTER OHL § 1, STK. 1.	17
3.1.1 ORIGINALITETSKRAVET FOR TITLER	19
3.2 BESKYTTELSENS OBJEKT OG UDSTRÆKNING	29
3.3 DELKONKLUSION	31
4 VAREMÆRKERETTLIG BESKYTTELSE AF TITLER	34
4.1 RETSGRUNDLAG OG RETSKILDER	35
4.2 BETINGELSER FOR BESKYTTELSE	35
4.2.1 SKAL KUNNE ANVENDES SOM VAREMÆRKE	36
4.2.2 SÆRPRÆG	36
4.3 BESKYTTELSENS OBJEKT OG UDSTRÆKNING	47
4.3.1 ENERET TIL ERHVERVSMÆSSIG BRUG SOM GØR INDGREB I VAREMÆRKETS FUNKTIONER	47
4.4 DELKONKLUSION	56

5	<u>BESKYTTELSE MOD FORVEKSLELIGE TITLER EFTER OPHAVSRETSLOVENS § 73</u>	58
5.1	RETSGRUNDLAG OG RETSKILDER	58
5.2	BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE OG BESKYTTELSESSUBJEKT	61
5.2.1	BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE	61
5.2.2	BESKYTTELSESSUBJEKT	64
5.3	BETINGELSER	65
5.3.1	DER SKAL VÆRE TALE OM VÆRKER	65
5.3.2	VÆRKET SKAL VÆRE OFFENTLIGGJORT	66
5.3.3	DER SKAL VÆRE ET VIST SÆRPRÆG	66
5.4	FORVEKSLING	70
5.4.1	UDGANGSPUNKTET FOR FORVEKSLINGSBEDØMMELSEN	70
5.4.2	VÆRKSLIGHED OG EMNELIGHED	71
5.4.3	IDENTISKE VÆRKER	73
5.4.4	REEL FORVEKSLINGSRISIKO	74
5.5	DELKONKLUSION	76
6	<u>KOMPARATIVE BETRAGTNINGER OM BESKYTTELSE AF TITLER SOM BETEGNELSE VÆRKER EFTER DE FORSKELLIGE RETTIGHEDER</u>	78
6.1	BESKYTTELSESBETINGELSER	78
6.2	BESKYTTELSESOBJEKT OG OMFANG	80
6.3	BESKYTTELSE AF TITLER SOM BETEGNELSE FOR LITTERÆRE OG KUNSTNERISKE VÆRKER	81
7	<u>KONKLUSION</u>	83
8	<u>BIBLIOGRAFI</u>	88

2 PROBLEMFELT OG METODE

2.1 INDLEDNING

“I make a list of titles after I’ve finished the story or the book—sometimes as many as one hundred. Then I start eliminating them, sometimes all of them.”¹

-Ernest Hemingway, 1958

Det første en forbruger stifter bekendtskab med ved et værk, er dets titel. En god titel sætter tonen for værket, og giver en indikation af værkets indhold, som kan give brugeren lyst til at opleve værket. Som ovennævnte citat illustrer, kræver det for nogle ophavsmænd et stort stykke arbejde at titelgive sine værker, da det kan tilføre værket en stor værdi.

Titler på værker tjener som identifikationsmiddel for værket. En værkstitel bruges således til at hen-vise til, og omtale værker. Således vil en biografgænger, på baggrund af en anmeldelse af en film, købe billetter til filmen med reference til værkets titel. En god vens anbefaling af en bog, kan på baggrund af titlen bruges til at købe bogen. Den kunstinteresserede som ønsker at opleve et specifikt maleri af Michael Kvium, kan ved hjælp af titlen finde det museum, hvor maleriet er udstillet.

Titlens egenskab som identifikationsmiddel for det underliggende værk medfører, at den har stor kommerciel og ideel værdi for aktører, som har deres virke på baggrund af værker. Således har vær-kets ophavsmænd en interesse i, at titlen på dennes værk ikke anvendes af andre ophavsmænd, under hensyn til dennes mulighed for økonomisk vinding på baggrund af værket, såvel som under hensyn til ophavsmændens kunstneriske egenart. En forlagsvirksomhed eller filmproduktionsvirksomhed har en økonomisk interesse i, at en konkurrent ikke udgiver værker under en titel, som kan frembringe forveksling, da dette kan resultere i en nedgang i salg. Sågar har kunstmuseet en indirekte interesse i, at et konkurrerende museum ikke udstiller værker under forvekslelig titel, da dette kan resultere i lavere besøgstal. Titlens økonomiske værdi er flot illustreret af en amerikansk dommer under sagen

¹ Ernest Hemingway til The Paris Review I 1958: The Paris Review, nr. 128, efteråret 1993, <https://www.theparisreview.org/letters-essays/1890/titres-manques-ernest-hemingway>, tilgået d. 14. maj 2022

Mattel Inc. vs. MCA Records Inc vedrørende titlen på Aquas sang 'Barbie Girl':" *A title is designed to catch the eye and to promote the value of the underlying work.*"²

Aktører som bedriver deres virke på baggrund af værker, har på baggrund af den kommercielle og ideelle værdi, der er indeholdt i en værkstitel, en interesse i at kunne forbyde andre at anvende en identisk eller forvekslelig titel på andre værker. Sådanne forbud er reguleret i immaterialretten.

Spørgsmålet om den immaterialretlige beskyttelse af titler på værker er udsat for betydelig tvivl i retslitteraturen. Det her anførte giver anledning til nedenstående problemstilling:

2.2 PROBLEMSTILLING

Hvordan beskyttes titler som betegnelse for litterære og kunstneriske værker efter ophavsretsloven og varemærkeretten, og hvordan yder disse værn mod tredjemands brug af titlen som betegnelse for værker?

2.3 AFGRÆNSNING OG PLAN FOR FREMSTILLINGEN

Formålet med specialet er at undersøge den immaterialretlige beskyttelse af titler som betegnelse for værker efter ophavsretsloven og varemærkeretten. Det søges belyst, hvordan titler på litterære og kunstneriske værker kan opnå immaterialretlig beskyttelse efter OHL §§ 1 og 2, VML § 4 og VMF art. 9. Det søges endvidere belyst, hvordan titler på litterære og kunstneriske værker kan beskyttes mod forveksling efter OHL § 73. Såfremt titler på litterære og kunstneriske værker kan opnå beskyttelse efter de førnævnte bestemmelser, søges det i specialet afdækket, i hvilket omfang denne beskyttelse yder rettighedshaveren værn mod, at tredjemand anvender titlen som betegnelse for værker. Specialet omhandler betingelserne for, at en titel på et litterært eller kunstnerisk værk, kan opnå beskyttelse efter henholdsvis OHL, VML og VMF, samt i hvilket omfang disse rettigheder yder rettighedshaveren værn mod, at tredjemand uberettiget anvender titlen som betegnelse for værker. Specialet behandler ikke selve krænkellesvurderingen efter OHL § 2, VML § 4, stk. 2 og 3 og VMF art 4, stk. 2 og 3, da vurderingerne ikke findes at adskille sig fra det almindelige udgangspunkt.

Immaterialrettens genstand er omfattende og alle aspekter af den kan ikke indeholdes indenfor rammerne af dette speciale. Der afgrænses derfor fra de områder som under udarbejdelsen af specialet er

² *Mattel, Inc v MCA Records - 296 F3d 894 (9th Cir 2002).*

fundet at følge de almindelige udgangspunkter for områderne. I specialet behandles alene de spørgsmål hvori der er fundet problemstillinger der er særlige for titler. Der afgrænses derfor fra spørgsmål om enerettens indhold og indskrænkninger i disse, økonomiske rettigheder i anledning af krænkelse af eneretten, rettighedernes overdragelighed og processuelle spørgsmål.

I kapitel 3 belyses retsstillingen for ophavsretlig beskyttelse af titler på litterære og kunstneriske værker efter OHL § 1. For at afklare om titler kan opnå ophavsretlig beskyttelse, redegøres i afsnit 3.1 kort for det EU-harmoniserede originalitetskrav i relation til sprogværker, hvorefter dette lægges til grund i en følgende analyse af dansk og nordisk praksis om ophavsretlig beskyttelse af titler og korte sprogværker i afsnit 3.1.1. For at afklare i hvilket omfang ophavsretligt beskyttede titler er beskyttede mod efterligninger, identificeres beskyttelsesobjektet for ophavsretligt beskyttede titler i afsnit 3.2.

I kapitel 4 belyses retsstillingen for varemærkeretlig beskyttelse af titler på litterære og kunstneriske værker efter VML og VMF. Titler på litterære og kunstneriske værker kan beskyttes varemærkeretligt som ordmærker og figurmærker. For at sikre kontinuitet og sammenhæng i specialet, behandles alene muligheden for at beskytte titlen som ordmærke. I afsnit 4.1. behandles retsgrundlaget for varemærkeretten i Danmark kort. For at afklare muligheden for at opnå varemærkeretlig beskyttelse af titler som ordmærker behandles særprægskriteriet i relation til titler i afsnit 4.2. Specialet behandler ikke de øvrige absolutte eller relative registreringshindringer, da disses indhold ikke har nogen særlig betydning for titler. For at belyse i hvilket omfang varemærkebeskyttelse yder rettighedshaveren værn mod forvekslelig brug af mærket som betegnelse for litterære og kunstneriske værker, analyseres varemærkebeskyttede titlers beskyttelsesobjekt i afsnit 4.3.

I kapitel 5 belyses retsstillingen for titler på litterære og kunstneriske værkers beskyttelse mod forvekslelige titler efter OHL § 73. Bestemmelsen er indført i dansk ophavsret i 1961, men har siden været omfattet af betydelig fortolkningstvivil, og findes ganske sjældent anvendt i trykt praksis. OHL § 73 er en lex specialis-bestemmelse om beskyttelse af titler. Det er derfor fundet relevant at foretage en dybdegående analyse af bestemmelsens anvendelsesområde, betingelser og beskyttelsesomfang. Efter OHL § 73 følger det blot, at værker er beskyttet mod forvekslelige titler. Det er således relevant for beskyttelsesomfanget efter OHL § 73 at fastslå hvornår en titel er forvekslelig. I afsnit 5.1. præsenteres retsgrundlag og fortolkningskilder for bestemmelsen. I afsnit 5.2. belyses bestemmelsens anvendelsesområde. I afsnit 5.3. beskrives og analyseres betingelserne for at opnå beskyttelse efter bestemmelsen. I afsnit 5.4. belyses forvekslingsbedømmelsen, da beskyttelse efter bestemmelsen

forudsætter forvekslingsrisiko. OHL § 73 omhandler foruden titler på værker også pseudonymer og mærker påført værker. Da dette speciale tager udgangspunkt i beskyttelsen af titler, vil der således ikke blive taget højde for pseudonymer og mærker påført titler. Pseudonymer og mærker vil af denne grund ikke blive nævnt i behandlingen af OHL § 73.

OHL § 73 om titelbeskyttelse udspringer af en regel der i dag findes i MFL § 22, hvorfor markedsføringsretlige principper anvendes som fortolkningsbidrag i analysen af begreberne særpræg og forveksling. Det er muligt at forbyde brug af visse tegn efter markedsføringslovens §§ 3 og 22. Reglerne efter markedsføringsloven har to formål. Den har for det første til formål at regulere virksomheders markedsføring overfor forbrugere, og for det andet regulere virksomhedernes indbyrdes adfærd i forhold til hinanden.³ Dette speciale omhandler imidlertid den immaterialretlige beskyttelse af titler. Modsat markedsføringsretten er immaterialrettens formål at tildele en eneret for at fremme innovation og kreativitet.⁴ Immaterialretten kan derfor afgrænses således, at den ikke omfatter kendetegnsreglerne i MFL.⁵ På baggrund heraf, behandles markedsføringsretten ikke i yderligere i fremstillingen.

I kapitel 6 sammenholdes forskellige aspekter af beskyttelse efter de i kapitel 4, 5 og 6 belyste rettigheder, for at vurdere hvor en rettighedshaver opnår den klareste retsstilling i relation til beskyttelse af en titel som betegnelse for et litterært eller kunstnerisk værk, og fremhæve hvor der består usikkerheder i retsstillingen.

2.4 METODE

Dette speciale har til formål at klarlægge retsstillingen for den immaterialretlige beskyttelse af titler. Hertil anvendes den retsdogmatiske metode.

Formålet med den retsdogmatiske metode er ”[...] at finde ny viden om gældende ret gennem en systematisk, metodisk og transparent virksomhed.”⁶ Metoden har ikke til formål at løse et konkret juridisk problem eller tvist, men at belyse retstilstanden på et område.⁷ For at anvende den

³ Eva Nødskov Aaen, ‘Kommentar Til Markedsføringsloven’, *Karnovs Lovsamling* (2022) kommentar til hovedloven, LINK: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000888421?tab=karnov#L2017426> tilgået d. 11. maj 2022.

⁴ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, and Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 27.

⁵ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, and Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 28.

⁶ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udgave, Djøf Forlag 2018) s. 204.

⁷ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udgave, Djøf Forlag 2018) s. 204.

retsdogmatiske metode skal retskilderne systematiseres, beskrives, fortolkes og analyseres.⁸ Foruden gældende ret anvendes fortolkningsprincipper, fortolkningsbidrag og retlig subsumption.⁹ Det er derfor nødvendigt at foretage en beskrivelse af de kilder og fortolkningsbidrag som vil blive anvendt i specialet.

2.4.1 Retsskilder

Tvarnø og Nielsen beskriver retsskilder som værende et "[...] *normativt udsagn om et retsspørgsmål, afgivet af nogen, der har fået og handler inden for en bestemt retlig kompetence, fx dommere, lovgiver, administrative myndigheder og forskere.*"¹⁰ Traditionelt beskrives retsskilderne som bestående af lov, retspraksis, sædvane og forholdets natur.¹¹ Det er diskuteret om juridisk litteratur udgør en retsskilde.¹² Konsensus læner sig dog mod, at juridisk litteratur ikke udgør en retsskilde, men derimod et fortolkningsbidrag.¹³ Lovforarbejder udgør i medfør af den subjektive fortolkningsmetode, anvendt i Norden, et vigtigt fortolkningsbidrag til retskilden 'loven'.¹⁴

Retskildehierarkiet

Loven kan inddeles i et hierarki. I dette hierarki indfinder grundloven sig øverst, herefter følger loven og dernæst bekendtgørelser udstedt med hjemmel i lov.¹⁵ Det bemærkes herudover, at EU-retlige regler har forrang over de nationale regler.¹⁶ Dette betyder, at det i tilfælde af regelkonflikt, er EU-retten som finder anvendelse over national ret.¹⁷ EU-medlemsstater er endvidere underlagt krav om direktivkonform fortolkning, hvilket indebærer, at reglerne skal fortolkes i overensstemmelse med

⁸ Christina Tvarnø and Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag) s. 55.

⁹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udgave, Djøf Forlag 2018) s. 205.

¹⁰ Christina Tvarnø and Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag) s. 54.

¹¹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udgave, Djøf Forlag 2018) s. 195 | Jens Evald, *Juridisk Teori, Metode Og Videnskab* (2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag) s. 18.

¹² Peter Blume, *Retssystemet Og Juridisk Metode* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020) s. 192.

¹³ Carsten Munk-Hansen, *Den juridiske løsning* (2. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 80.

¹⁴ Sten Schaumburg-Müller, Carina Risvig Hamer and Sten Schaumburg-Müller, 'Juridisk metode', *Juraens Verden* (1. udgave, DJØF Forlag 2020) s. 72 | Carsten Munk-Hansen, *Den juridiske løsning* (2. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 54.

¹⁵ Annette Kronborg and Bent Ole Gram Madsen, 'Forskellige Typer Af Lovbestemmelser' i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden* (1. udgave, DJØF Forlag 2020) s. 99 | Christina Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag) s. 61 | Jens Evald, *At tænke juridisk* (5. udgave, DJØF Forlag 2019) s. 21 | Mads Bryde Andersen, *Ret Og Metode* (Gjellerup 2002) s. 136ff.

¹⁶ *Sag C-6/64, Costa-ENEL.*

¹⁷ Bugge Thorbjørn Daniel og Carina Risvig Hamer, 'Juridisk metode når EU-retten er i spil' i Sten Schaumburg-Müller og Carina Risvig Hamer, *Juraens verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag) s. 149.

EU-retten. EU-retten har dog ikke forrang i situationer hvor EU-konform fortolkning vil føre til en afgørelse, der er contra legem af national ret.¹⁸

Lovforarbejder

Ved regler indført ved fællesnordisk samarbejde, kan det være relevant at inddrage fortolkningskilder fra de øvrige nordiske lande da ophavsretten har rod i forskellige internationale konventioner og fælles nordisk arbejde. Af relevante nordiske fortolkningskilder kan særligt lovforarbejder være relevante, da subjektiv lovfortolkning er udbredt indenfor den nordiske retsfamilie.¹⁹ Ifølge A.S. Ørsted er det "[...] ikke muligt at tage fremmed ret til indtægt for retstilstanden, medmindre domstole eller retsvidenskaben tiltræder denne."²⁰ Selvom A.S. Ørsted antageligvis fremsatte sin udtalelse rettet mod introduktionen af udenlandske regler som gældende i dansk ret, må udtalelsen også indikere, at anvendelsen af fortolkningsmidler fra fremmed ret, må anerkendes af domstolene eller retsvidenskaben, før de kan anvendes til at sige noget meningsfuldt om gældende dansk ret. Domstolene er tilbageholdende med at henvise til forarbejder fra andre nationer, men der er tidligere blevet henvist til svenske forarbejder ved fortolkning af den danske ophavsretslov.²¹ Med ophavsretslovens tilblivelseshistorie taget i betragtning, må lovforarbejderne til de nordiske ophavsretslove kunne tages i betragtning.²² Da en af de centrale bestemmelser der underlægges analyse i dette speciale, stammer fra fællesnordisk lovsamarbejde, vil navnlig norske og svenske forarbejder undertiden anvendes som fortolkningsbidrag, hvor danske lovforarbejder ikke kan anses for tilstrækkelige til at afklare et spørgsmål.

Praksis

Præjudikatsværdien af praksis fra domstolene og administrative instanser afgøres efter hvilken instans der har afsagt den pågældende afgørelse. Konkrete afgørelser, hvor retsinstanser ikke redegør

¹⁸ Bugge Thorbjørn Daniel og Carina Risvig Hamer, 'Juridisk metode når EU-retten er i spil' i Sten Schaumburg-Müller og Carina Risvig Hamer, *Juraens verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag 2020) s. 154 | *Sag C-441/14, Ajos*.

¹⁹ Christina Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 266.

²⁰ Jens Evald, *Juridisk Teori, Metode Og Videnskab* (2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020) s. 190.

²¹ *U* 1978.42 H.

²² Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1960-61, Tillæg A) sp. 31; Kungl. Maj's proposition nr 17 år 1960 [17] s. 1; Ot.prp.nr.26 (1959-1960) Om lov om ophavsrett til åndsverk. 1960 s. 4f.

for den regel de anvender, har mindre præjudikatsværdi, da de sjældent siger meget om retstilstanden generelt.²³

Domstolene er ikke bundet af administrativ praksis. I specialets fokus på varemærkeretten har administrativ praksis dog en central betydning, da domstolene sjældent har taget stilling til den varemærkeretlige beskyttelse af titler. Alene omkring 15 pct. af alle varemærkeretlige tvister der påbegyndes ved AN ankes til domstolsprøvelse.²⁴ Endvidere synes domstolene tilbageholdende med at tilside sætte afgørelser fra ankenævnet, medmindre der er vægtige grunde hertil.²⁵ Praksis fra netop AN må derfor anses som havende en vis retskildeværdi. Da varemærkeretten i Danmark er funderet i varemærkedirektivet og -forordningen, har EU-praksis også betydning for fastlæggelse af gældende ret i Danmark. EU-varemærkeregistreringer efter VMF prøves af EUIPO. Disse afgørelser kan appelleres til BoA, og efterfølgende til EU-retsinstanser (Retten og, ved præjudicielle spørgsmål, EUD). Grundprincippet er, at fortolkningen af reglerne om EU-varemærker skal være i overensstemmelse med EU-retsinstansernes fortolkning.²⁶ Det antages dog, at afgørelser fra EUIPO, BoA og Retten er af begrænset betydning for de nationale domstoles afgørelser.²⁷ Det er endvidere antaget i praksis, at nationale registreringer og praksis i varemærkeretten kan tages i betragtning, dog uden at være bestemmende.²⁸ I det omfang der ikke findes praksis fra danske instanser der modstrider praksis fra BoA og Retten, må denne praksis antages at være udtryk for den mest nærliggende retsstilling. Praksis fra AN, BoA og Retten anvendes derfor i specialet med forbehold for, at denne praksis ikke binder danske domstole eller EUD, da der ikke er fundet praksis fra højere instanser som kan belyse retsstillingen.

²³ Sten Schaumburg-Müller, Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller, 'Juridisk metode', *Juraens Verden* (1. udgave, DJØF Forlag 2020) s. 85.

²⁴ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 470.

²⁵ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 470.

²⁶ *Sag C-37/03, BioID* præmis 47 | *Sag C-173/04, SiSi-Werke* præmis 48. Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

²⁷ Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

²⁸ *Sag C-173/04, SiSi-Werke* præmis 49 | *T-194/01, Unilever* præmis 68 | *T-277/04, Vitacoat* præmis 71 | *T-24/08, Welderbräu* præmis 28 | Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 27f.

Administrative vejledninger

I specialet anvendes vejledninger om varemærkeregistreringer fra EUIPO og PVS i fortolkningen af varemærkeretten. Disse vejledninger anvendes i stort omfang i praksis, da de sammenfatter administrativ praksis og domstolspraksis.²⁹ Disse vejledninger har dog ikke høj retskildeværdi, da de alene er udtryk for en kodifikation af myndighedernes egne adfærdsnormer.³⁰ Vejledningerne anvendes derfor i specialet som fortolkningsbidrag, idet det må anerkendes, at disse adfærdsnormer udgør den praktiske udmøntning af varemærkeretten hos varemærkemyndighederne.

²⁹ Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

³⁰ Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

2.5 BEGREBSDEFINITIONER

Kommerciel oprindelse: Den omstændighed, at gennemsnitsforbrugeren sættes i stand til at identificere varer og tjenesteydelser solgt under et tegn som hidrørende fra en bestemt virksomhed. Begrebet skal forstås i overensstemmelse med varemærkets oprindelsesfunktion.

Kunstnerisk oprindelse: Identifikation af et værks kunstneriske indhold, herunder værkets originalitet, og ophavsmanden bag værket.

Titel: Et ord eller en sammensætning af ord som placeres på eller anvendes i forbindelse med litterære eller kunstneriske værker med henblik på at individualisere, identificere og adskille værket.

Varemærkets oprindelsesfunktion: At brug af varemærke skal forstås af gennemsnitsforbrugeren som en indikation af varer og tjenesteydelsers kommercielle oprindelse.

Værk: En litterær eller kunstnerisk frembringelse, som opfylder beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1.

2.6 ANVENDTE FORKORTELSER

AN: Ankenævnet for patenter og varemærker

BoA: EUIPO's appelkamre

EU: Den Europæiske Union

EUD: Den Europæiske Unions Domstol

EUIPO: Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret

EUIPO TM Guidelines: EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022

GBoA: EUIPO's Store Appelkammer

Infosoc-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

Københavnerudkastet: Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951.

MFL: Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring, som senest ændret ved Lov nr. 2192 af 30. november 2021 om ændring af lov om markedsføring

OHL: Lov nr. 395 af 15. juni 1995 om ophavsret, jf. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret, som senest ændret ved Lov nr. 2607 af 28. december 2021 om ændring af lov om ophavsret

Registreringsbekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 1685 af 18. december 2018 om ansøgning og registrering m.v. af varemærker

Retten: Den Europæiske Unions Ret

SH: Sø- og Handelsretten

UKV: Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, jfr. lovbekendtgørelse nr. 80 af 31. marts 1937, og lov nr. 108 af 23. marts 1948 om tillæg til lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse

VMD: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker

VMF: Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker

VML: Lov nr. 341 af 6. juni 1991 Varemærkelov, jf. Lovbekendtgørelse nr. 88 af 29. januar 2019 Varemærkeloven

3 OPHAVSRETTLIG BESKYTTELSE AF TITLER SOM VÆRKER

Titlen på et ophavsretligt beskyttet værk er af særlig karakter. For det første, må en titel uagtet hvilket værk den anvendes for, betragtes som litterær af sin art. For det andet, tjener titlen som identifikationsmiddel for det underliggende værk. Det er således titlen, der gør den person, som ønsker at opleve et værk, i stand til at adskille dette fra andre værker, og identificere hvor og hvordan værket kan opleves. Det synes ikke urimeligt at antage, at hele den kulturelle sfære ville bestå i et stort kaos, såfremt værker ikke kunne identificeres ved en titel, da man i så fald eksempelvis i boghandleren, måtte åbne enhver bog for at finde det hovedværk, som man ønsker at opleve. For det tredje, er titler typisk bestående af ganske korte sammensætninger af ord. En opgørelse over titellængden på bøger på New York Times bestsellerliste fra perioden 2011-2019 illustrer, at den gennemsnitlige titellængde for romaner er omkring tre ord.³¹

Da titlen er litterær af sin art, og samtidig knyttet til det underliggende hovedværk, findes det i henhold til specialets problemstilling relevant at undersøge, hvordan titler på værker kan nyde selvstændig beskyttelse efter OHL § 1.³² Det skal herefter også undersøges om der knytter sig særlige betingelser til beskyttelsen. Såfremt titler kan opnå beskyttelse, vil omfanget af dette omfang blive undersøgt.

3.1 BETINGELSER FOR AT OPNÅ BESKYTTELSE EFTER OHL § 1, STK. 1.

Erhvervelse af en ophavsrettighed er formfri.³³ Princippet kan udledes af ordlyden af OHL³⁴ § 1, stk. 1, hvorefter beskyttelsen tilkommer den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk. Retserhvervelsen opstår ved værkets skabelse når værket har manifesteret sig i en form, som gør det muligt at opleve værket.³⁵ Der stilles ikke yderligere formelle krav.

³¹ Michael Tauberg, Are Book Titles Getting Longer? A Data Analysis of Trends in the World of Print, (Medium 2019), LINK: <https://towardsdatascience.com/book-titles-are-getting-longer-1c341fbd4829> tilgået d. 28. marts 2022

³² Lov nr. 395 af 15. juni 1995 om ophavsret, jf. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret, som senest ændret ved Lov nr. 2607 af 28. december 2021 om ændring af lov om ophavsret.

³³ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 65.

³⁴ Lov nr. 395 af 15. juni 1995 om ophavsret, jf. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret, som senest ændret ved Lov nr. 2607 af 28. december 2021 om ændring af lov om ophavsret.

³⁵ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 65 f.

Det fremgår af OHL § 1, stk. 1, at ophavsretlig beskyttelse tilkommer den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk. To materielle betingelser skal være opfyldt.³⁶ For det første skal der være tale om en frembringelse, der efter sin art kan anses som litterær eller kunstnerisk.³⁷ For det andet skal denne frembringelse kunne anses som et værk.³⁸

For så vidt angår den første betingelse, består titler af sætninger, enkelte ord, bogstaver, tal eller tegn, og må derfor naturligt anses som sproglige frembringelser, der betragtes som litterære af deres art.³⁹

For så vidt angår den anden betingelse, indfortolkes der i begrebet 'værk' et krav om, at frembringelsen skal besidde en vis grad af originalitet.⁴⁰ Originalitetskravet er som følge af EUD's fortolkninger af bestemmelsen i Infosoc-direktivets art. 2, litra a nu EU-harmoniseret.⁴¹ I henhold til EUD's afgørelse i sag C-5/08, Infopaq skal en frembringelse nyde beskyttelse efter Infosoc-direktivet, såfremt den "[...] er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse."⁴² I denne forbindelse bemærkede EUD, at ophavsmanden for at opfylde betingelsen skal "[...] udtrykke sin kreative ånd på en original måde [...]."⁴³ EUD uddybede sin fortolkning i sag C-145/10, Painer hvorefter en frembringelse må anses som original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, når frembringelsen "[...] afspejler ophavsmandens personlighed [...]"⁴⁴, hvilket er opfyldt, når ophavsmanden har mulighed for at "[...] udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg [...]."⁴⁵ Højesteret har i sagen U.2020.2817.H bekræftet, at det af EUD formulerede originalitetskrav skal anvendes ved fortolkningen af begrebet 'værk' i OHL § 1, stk. 1.⁴⁶ Af det her anførte må det slutes, at en frembringelse for

³⁷ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 66.

³⁸ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 66.

³⁹ Se også Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 76 hvor titler findes kategoriseret under sprogværker, samt | Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001) s. 175-179 hvor titler også findes kategoriseret under sprogværker.

⁴⁰ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 67.

⁴¹ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 68. Se i øvrigt også s. 69 petit for en opstilling af øvrige afgørelser fra EUD hvori et harmoniseret originalitetskrav lægges til grund.

⁴² Sag C-5/08, Infopaq præmis 37.

⁴³ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

⁴⁴ Sag C-145/10, Painer Præmis 88.

⁴⁵ Sag C-145/10, Painer præmis 89.

⁴⁶ U.2020.2817.H s. 26.

at opfylde originalitetskravet skal være ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, hvilket er opfyldt når denne afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for ophavsmandens frie og kreative valg.

Til hjælp for vurderingen af et værks originalitet kan dobbeltfrembringelseslæren anvendes. Efter denne taler det for, at originalitetskravet er opfyldt, des lavere risiko der må anslås at være for, at andre frembringer det samme værk uafhængigt af ophavsmanden og vice versa.⁴⁷

3.1.1 Originalitetskravet for titler

Det fremgår af forarbejderne til ophavsretsloven af 1961, at titler ”[...] i visse tilfælde kan være så originalt og personligt udformet, at ophavsretlig beskyttelse må kunne påberåbes[...].”⁴⁸ Schönning har i nyere retslitteratur anført, at titler alene undtagelsesvist kan beskyttes ophavsretligt.⁴⁹ Mere praksisnært har Wallberg anført, at dette medfører, at det er vanskeligt for eksempelvis film- og Tv-produktioner på forhånd at klarlægge, om en given titel vil være beskyttet ophavsretligt.⁵⁰ Det er derfor relevant at belyse i hvilket omfang titler kan leve op til originalitetskravet og dermed opnå ophavsretlig beskyttelse.

I det følgende vil retspraksis omkring titler og korte sætninger blive analyseret med henblik på at belyse hvordan originalitetskravet i praksis er bedømt ved titler. For at understøtte denne analyse findes det indledningsvist relevant, at vurdere om korte sætninger kan opfylde det EU-harmoniserede originalitetskrav.

Sag C-5/08, Infopaq

I sagen C-5/08, Infopaq tog EUD stilling til, hvorvidt lagring og printning af i alt 11 ord fra en artikel var en beskyttet reproduktionshandling. Til dette spørgsmål udtalte EUD, at kun genstande som opfylder originalitetskravet, kan opnå beskyttelse.⁵¹ Hertil bemærkede EUD, at en del af et værk også kan være beskyttet for så vidt ”[...] at de indeholder nogle af de elementer, der er udtryk for

⁴⁷ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 70 | Torsten Bjørn Larsen og Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2019) s. 82.

⁴⁸ Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788) sp. 2773.

⁴⁹ Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 150.

⁵⁰ Knud Wallberg, ‘Titelbeskyttelse i dansk ret’ i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 750.

⁵¹ *Sag C-5/08, Infopaq* præmis 37.

*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse som skaber af dette værk [...].*⁵² EUD præciserede, at ord i sig selv ikke er genstand for beskyttelse,⁵³ men fandt dog, at isolerede sætninger eller sætningsled kan meddele et værks originalitet ved at formidle et element, der i sig selv er originalt.⁵⁴ Det er i henhold til EUD i ”[...] *kraft af valget, placeringen og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse.*”⁵⁵ På denne baggrund nåede EUD frem til, at et uddrag af en tekst på 11 ord kan opnå ophavsretlig beskyttelse, hvis uddraget indeholder et element der afspejler værkets originalitet, og i sig selv er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁵⁶ EUD anerkendte herved, at en sætning på, i hvert fald, 11 ord efter omstændighederne kan være original og således opnå ophavsretlig beskyttelse.

Det præjudicielle spørgsmål var anlagt af den danske Højesteret, der i hovedsagen, under henvisning til C-5/08, Infopaq, fandt, at 11 ord kunne, men ikke altid ville, være ophavsretligt beskyttede.⁵⁷

Da sprogværker på 11 ord kan opnå beskyttelse, vil dette også gælde længere titler på i hvert fald 11 ord. Imidlertid vil værkstitler ofte være af kortere længde. Der er dog åbent for, at lange titler, som eksempelvis Stanley Kubricks ’Dr. Strangelove eller: Hvordan jeg lærte at holde op med at bekymre mig og at elske bomben’ på 17 ord, kan beskyttes ophavsretligt efter en konkret vurdering. EUD anførte ikke, at 11 ord udgør en mindstegrænse for ophavsretlig beskyttelse, og da titler som nævnt ofte er kortere end 11 ord, kræver det en yderligere undersøgelse af praksis for at kunne vurdere, om titler i almindelighed kan beskyttes ophavsretligt. EUD har i tidligere praksis fastlagt, at ophavsretten ikke kan anvendes til at monopolisere idéer, hvilket analogt med forsigtighed kan overføres til, at ophavsretten i forhold til sprogværker ikke må anvendes til at monopolisere sproget.⁵⁸

⁵² Sag C-5/08, Infopaq præmis 39.

⁵³ Sag C-5/08, Infopaq præmis 46.

⁵⁴ Sag C-5/08, Infopaq præmis 47.

⁵⁵ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

⁵⁶ Sag C-5/08, Infopaq præmis 48.

⁵⁷ U.2013.1782.H, Infopaq s. 1797 hvor Højesteret udtalte, at ‘ [...] uddrag på 11 ord, [...] fra tid til anden vil omfatte sætninger eller sætningsled, der er ophavsretligt beskyttet [...].’

⁵⁸ Sag C-406/10, Sas Institute præmis 40 analogt | jf. også opfattelsen hos Torsten Bjørn Larsen og Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2019) 61.

Fra dansk og nordisk praksis findes en række sager om ophavsretlig beskyttelse af titler på værker. Alle sagerne er af ældre dato, hvorfor disse analyseres med udgangspunkt i det EU-harmoniserede originalitetskrav, for at vurdere deres fortsatte retskildeværdi.

Hvem ringer klokkerne for?

Dommen U.1951.725/3.H omhandlede titlen på Ole Restrups oversættelse af Ernest Hemingways bog 'For whom the bell tolls', 'Hvem ringer klokkerne for?'. Nordisk Filmkompagni udsendte en filmatisering af bogen som anvendte samme titel som Ole Restrup, hvorefter Ole Restrup sagsøgte Dansk Filmkompagni for krænkelse af Ole Restrups ophavsret til titlen. I byretten blev det lagt til grund, at der i tiden før udgivelsen af oversættelsen fremgik flere forskellige oversættelser af titlen til bogen i aviserne, men at Ole Restrups oversættelse var af en "[...] *særpræget og særdeles heldig form, der har fæstnet sig i den almindelige bevidsthed* [...]"⁵⁹ hvorefter den oversatte titel nu forekommer selvfølgelig. Efter byrettens overbevisning medførte dette, at "[...] *oversættelse[n] [...] således [er] udtryk for et originalt og individuelt åndsarbejde, der er beskyttet* [...]"⁶⁰ hvorfor Ole Restrup havde ophavsret til den oversatte titel efter OHL § 1. Af Højesterets afgørelse fremgår, at Ole Restrup i sin oversættelse havde ændret en række sproglige virkemidler fra den engelske grammatiske opbygning og rytmi til den danske. Der blev endvidere lagt vægt på, at oversættelsen skabte "[...] *en spænding i læseren og åbner derved hans sind for forståelsen af bogens hovedtanker* [...]"⁶¹ Med henvisning til dette og byrettens argumentation afgjorde Højesteret, at 'Hvem ringer klokkerne for?' var ophavsretligt beskyttet efter OHL § 1.

Sammenholdes Højesterets originalitetsvurdering med den harmoniserede EU-standard hvorefter et kort sprogværk nyder beskyttelse ud fra "[...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]"⁶² af ordene, synes dommen også i dag velbegrundet. Højesteret lagde i sin vurdering særlig vægt på oversætterens valg ved ændringen af sætningsformen, den metriske stil og omsætningen af tung papirstil til mundret dansk, ligesom byretten lagde vægt på de valgmuligheder som oversætteren havde. Disse betragtninger kan efter deres ordlyd indeholdes i det harmoniserede originalitetskrav, hvorefter ophavsretlig beskyttelse tildeles et værk, som er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, som

⁵⁹ U.1951.725/3.H, *Hvem ringer klokkerne for?* s. 727

⁶⁰ U.1951.725/3.H, *Hvem ringer klokkerne for?* s. 727

⁶¹ U.1951.725/3.H, *Hvem ringer klokkerne for?* s. 728

⁶² Sag C-5/08, *Infopaq* præmis 45.

er frembragt på baggrund af frie og kreative valg og derved er i stand til at udtrykke ophavsmandens personlighed.

Der kan dog sættes spørgsmålstegn ved om Højesterets vægt på, at sætningen frembringer en spænding i læseren og åbner hans sind for forståelsen af bogens hovedtanker, kan virke normerende i originalitetsvurderingen. Denne udtalelse synes dog også i overensstemmelse med EUD's udtalelser i sag C-5/08, Infopaq, hvor retten fandt, at isolerede sætninger eller sætningsled indeholdt i et sprogværk, som er egnet til at meddele læseren den originalitet, som er indeholdt i hovedværket, kan beskyttes, hvis sætningen formidler et element der i sig selv er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁶³

Opsummerende kan dommen således forsvares ved, at der for sentensen 'Hvem ringer klokkerne for?' forelå originalitet begrundet i forfatterens frie og kreative valg ved "[...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]"⁶⁴ af ordene, og at dette arbejde kunne kommunikere værkets originale indhold.

Der kan dog stilles spørgsmål ved om dommen kan anses som udtryk for ophavsretlig beskyttelse af en værkstitel. Det skyldes, at både Højesteret og byretten lagde særlig vægt på Ole Restrups succesfulde arbejde med at oversætte titlen, herunder de forskellige sproglige virkemidler. Retten omtalte ligeledes værket som 'oversættelsen'. Det er ligeledes Ole Restrups originale og individuelle åndsarbejde med at oversætte, der førte til ophavsretsbeskyttelse. Det er således oversættelsesarbejdet, og ikke at linjen var titel på værket, der førte til beskyttelse. Linjen 'Hvem ringer klokkerne for?' er således beskyttet som en oversættelse og ikke grundet dens egenskab som titel. Denne konklusion findes også delt i retslitteraturen.⁶⁵ Dommen tjener imidlertid stadig til at illustrere den indsats der skal til for, at en titel kan opnå ophavsretlig beskyttelse.

Hertil bemærkes, at dommen er afsagt konkret og ikke udtrykker et generelt synspunkt om titlers generelle egnethed til ophavsretlig beskyttelse. Kockvedgaard nævnte, vedrørende beskyttelse af

⁶³ Sag C-5/08, Infopaq præmis 47.

⁶⁴ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

⁶⁵ Morten Rosenmeier, *Ophavsret for Begyndere* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018) s. 39 | Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 76 | Palle Bo Madsen, *Markedsret 3 - Immaterialret* (7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020) s. 62 | Hardy Andreasen, 'U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.' [1960] Ugeskrift for Retsvæsen s. 183.

korte sætninger om U.1951.725/3.H, at dommen er meget speciel, og ikke bør danne skole.⁶⁶ Koktvedgaard anførte endvidere, at dommens forsvar består i, at reglen i OHL § 73 ikke var introduceret på dette tidspunkt.⁶⁷ Dette argument synes ikke velbegrunderet, da titler på ældre værker også blev beskyttet mod forvekslelige titler på nyere værker efter den dagældende UKV⁶⁸ § 9, se nærmere herom i afsnit 5.1. At titler også kan nyde en vis beskyttelse efter OHL § 73 bør i udgangspunktet være uafhængig af originalitetsbedømmelsen, hvilket understøttes af, at Schönning betragter OHL § 1 som stadig at udgøre en undtagelsesvis beskyttelse af titler, på trods af indførelsen af OHL § 73.⁶⁹

Nabo til Nordpolen

Dommen U.1966.676.Ø omhandlede titlen 'Nabo til Nordpolen', som af ophavsmanden var anvendt for blandt andet en dokumentarfilm om Svalbard. Landsretten fandt, at titlen havde "[...] *sådan selvstændig og egenartet karakter* [...]"⁷⁰, at den var ophavsretligt beskyttet.⁷¹

I sagen udtalte Landsretten sig ikke yderligere om, hvorfor titlen opfyldte originalitetskravet, men henholdt sig til det ovenfor citerede.

Afgørelsens præjudikatsværdi kan betvivles af to årsager.

For det første, er afgørelsen konkret, da landsretten alene udtalte, at den pågældende titel havde en "[...] *sådan selvstændig og egenartet karakter* [...]"⁷² at den skulle nyde beskyttelse efter ophavsretslovens § 1. Denne formulering er ikke forenelig med det nugældende EU-harmoniserede originalitetskrav. Endvidere fremgår det ikke af dommen, om der er foretaget en eksplicit prøvelse af originalitet.

For det andet, har afgørelsen været genstand for omfattende kritik i den juridiske litteratur. Koktvedgaard har anført, at afgørelsen er "[...] *på vildspor* [...]"⁷³, da reglen i OHL § 73 var blevet indført

⁶⁶ Mogens Koktvedgaard, 'TfR 1987 s. 317, I begyndelsen var ordet...' (1987) Bind 1, 1987 Tidsskrift for Rettsvitenskap 317, s. 323.

⁶⁷ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002) s. 53.

⁶⁸ Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, jfr. lovbekendtgørelse nr. 80 af 31. marts 1937, og lov nr. 108 af 23. marts 1948 om tillæg til lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse.

⁶⁹ Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 150.

⁷⁰ U.1966.676.Ø, *Nabo til Nordpolen* s. 678.

⁷¹ U.1966.676.Ø, *Nabo til Nordpolen* s. 678.

⁷² U.1966.676.Ø, *Nabo til Nordpolen* s. 678.

⁷³ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002) s. 53.

på tidspunktet for sagens anlæggelse, i modsætning til U.1951.725/3.H.⁷⁴ Således indikerede Koktvedgaard, at sagen burde have været afgjort efter bestemmelsen i OHL § 73. Schönning har anført, at landsretten valgte at henvise til OHL § 1, på trods af at det ”[...] kunne synes mere nærliggende – at henvise til § 73.”⁷⁵ Dahl Pedersen udtaler noget vidtgående, at afgørelsen synes ”[...] urimelig [...]”.⁷⁶

Af de ovenfor anførte grunde, kan afgørelsen nok ikke tillægges retskildeværdi ved fastlæggelsen af den nuværende retsstilling. Afgørelsen er dog fundet relevant at behandle af hensyn til den sparsomme trykte retspraksis.

Kon-Tiki

En utrykt norsk byretsdom, refereret i Dommer i Ophavsrett,⁷⁷ omhandlede beskyttelse af titlen ’Kon-Tiki’ for Thor Heyerdahls værker om den sydamerikanske befolknings tilknytning til Polynesien. Titlen ’Kon-Tiki’ var baseret på den polynesiske solgud ’Tiki’ og en gudekonge fra Peru ved navn ’Con’, dog også blandt andet omtalt ’Con-Tici’. Heyerdahl mente, at titlen trak på de forskellige folks ophav og kunne beskrive forbindelsen mellem dem, hvorfor den kunne beskyttes som værk.⁷⁸ Sagsøgte anførte, at brugen af ’Con-Tici’ kan spores tilbage til år 1554 e.Kr. hvorfor Heyerdahls arbejde blot lå i at ’grave’ navnet frem og skrive det med en norsk skrivemåde, hvorfor der ikke forelå nogen skabende indsats.⁷⁹ I sagen fandt byretten, at titlen repræsenterede den kulturelle forbindelse som Heyerdahls forskning påstod eksisterede. Endvidere lagde retten også til grund, at på trods af, at Kon-Tiki omhandler gamle guder, var det Heyerdahls brug af ordet der førte til, at ” [...] *storparten av den siviliserte verden* [...]”⁸⁰ kendte til ordet og ikke blot et fåtal af mennesker. På denne baggrund kom byretten frem til, at titlen Kon-Tiki skulle beskyttes ophavsretligt.

⁷⁴ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002) s. 53.

⁷⁵ Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 150.

⁷⁶ Martin Dahl Pedersen, *Bogen Om Ophavsret* (1. udgave, Editio 1998) s. 35.

⁷⁷ Dom 4/7 1984 Oslo Byrett; Kon-Tiki-dommen, refereret af Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Ophavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 208f.

⁷⁸ Dom 4/7 1984 Oslo Byrett refereret i Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Ophavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 208.

⁷⁹ Dom 4/7 1984 Oslo Byrett refereret i Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Ophavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 209.

⁸⁰ Dom 4/7 1984 Oslo Byrett, *Kontiki* s. 209.

Det første moment om den kulturelle forbindelse, bekræfter synspunktet fra U.1951.725/3.H hvorefter det kan tale for beskyttelse, at titlen indkapsler værkets meningsindhold. Uden Thor Heyerdahls værker og disses indhold ville 'Kon-Tiki' således ikke have anden betydning end at være betegnelse for en polynesisk gud eller en peruviansk gudekonge.

Sjithoff Stray anførte, at dommen er forkert, da det ikke kan gøre et allerede eksisterende ord til et værk, at dette tilføres ny betydning.⁸¹ Stray-Vyrje anførte også, at dommen er forkert, men med begrundelsen, at ordet 'Kon-Tiki' allerede var kendt, hvorfor Heyerdahl slet ikke var ophavsmand.⁸² Sjithoff Stray og Stray-Vyrjes kritik virker hver især velbegrundet, også i henhold til den nuværende retstilstand. At det ikke kan gøre et allerede eksisterende ord til et værk at tilføre dette en ny betydning synes i overensstemmelse med sag C-5-08, Infopaq, hvorefter ord ikke i sig selv er elementer, der er genstand for beskyttelse.⁸³ Det er derimod "[...] *valget, placeringen og kombinationen af disse ord* [...]"⁸⁴ der kan nyde beskyttelse. At man ikke kan være ophavsmand til et enkelt ord, der allerede er kendt, følger af originalitetskravet hvorefter en frembringelse skal være en ophavsmandens 'egen' intellektuelle frembringelse.⁸⁵ Det medfører således ikke originalitet at tilføre et ord ny betydning, ligesom man ikke kan blive ophavsmand til et allerede eksisterende ord. Det er således ikke muligt at opnå ophavsret til en titel på ét ord uagtet, at dette ord måtte indkapsle værkets indhold.

Titlers opfyldelse af originalitetskravet

Beskyttelsen af værkstitler efter OHL § 1, kan i henhold til de ovenstående overvejelser og domsanalyser beskrives på følgende måde: Et værks titel kan være en selvstændigt beskyttet værksdel efter OHL § 1, stk. 1, såfremt titlen i sig selv opfylder originalitetskravet. I henhold til sag C-5/08, Infopaq kan isolerede sætninger eller sætningsled indeholdt i et sprogværk, være egnet til at meddele læseren den originalitet, som er indeholdt i hovedværket, ved at formidle et element der i sig selv er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁸⁶ I såvel U.1951.725/3.H, Hvem ringer

⁸¹ Anne Lise Sjithoff Stray, *Opphavsretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk mv. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989) s. 44.

⁸² Magnus Stray Vyrje, *Opphavsrettens ABC* (1. udgave, TANO 1987) s. 105.

⁸³ Sag C-5/08, Infopaq præmisserne 45 og 46.

⁸⁴ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

⁸⁵ Se analogt Torsten Bjørn Larsen og Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2019) s. 80 f. hvor det anføres, at ubearbejdet videregivelse, kaldet objects trouvé, ikke kan opfylde originalitetskravet, hvilket eksemplificeres ved naturfænomener. Da ord og sprog som hovedregel ikke skabes af en enkelt person, men opstår naturligt mellem mennesker, må enkelte kendte ord være omfattet af dette.

⁸⁶ Sag C-5/08, Infopaq præmis 47.

klokkerne for? som i Oslo Byretts dom af 4. juli 1984, Kon-Tiki, syntes det afgørende for anerkendelsen af ophavsretlig beskyttelse af de omtvistede værkstitler, at disse var i stand til at kommunikere hovedværkets indhold på en særlig original måde til læseren. På baggrund af disse omstændigheder kan det antages, at der i originalitetsvurderingen af en titel på et værk bør inddrages, om titlen er i stand til at kommunikere værkets indhold til modtageren. Således bør originalitetsvurderingen ikke foretages med udgangspunkt i de enkelte ord, men derimod at ” [...] *valget, placeringen og kombinationen af disse ord* [...]”⁸⁷ er i stand til at kommunikere værkets indhold på en måde, som kan anses som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.

Betydningen af et sprogværks længde

De ovenfor analyserede domme giver anledning til overvejelser over, om en titels længde har indflydelse på, om den kan opfylde originalitetskravet. Dahl Pedersen har i relation til U.1966.676.Ø, Nabo til Nordpolen anført, at såfremt afgørelsen havde været under pådømmelse ved Højesteret i dag, ville mindstemålet for ophavsretsbeskyttelse af korte sætninger nok være overskredet.⁸⁸ Der er foruden U.1951.725/3.H, Hvem ringer klokkerne for? og U.1966.676.Ø, Nabo til Nordpolen ført en række sager om beskyttelsen af korte sætninger, som ikke er titler, men grundet deres natur bør overvejes ud fra en analogifortolkning.

I U.1986.272.S kunne en figur med den faste vending ’Lige på en studs’ ikke beskyttes ophavsretligt. SH tog dog ikke specifikt stilling til sætningen på fire ord, men alene til den ophavsretlige beskyttelse af selve figuren.⁸⁹ I U.1983.630.Ø tog retten ikke stilling til om sangteksten ’Ud i det blå’ kunne beskyttes ophavsretligt, på trods af at dette var gjort gældende af sagsøgte.⁹⁰ Det bemærkes, at ’Ud i det blå’ også er titlen på den pågældende sang, men teksten blev ikke behandlet som titel i sagen. SH fandt i U.1998.1385/2.S, at sloganet ’I von Scholtens fodspor’ ikke kunne opnå ophavsretsbeskyttelse, under hensyn til, at sloganet bestod af en sammensætning på tre til fire ord, som var nærliggende og tidligere anvendt i markedsføring af lignende ydelser.⁹¹ Ligeledes fandtes følgende

⁸⁷ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

⁸⁸ Martin Dahl Pedersen, *Bogen Om Ophavsret* (1. udgave, Editio 1998) s. 35.

⁸⁹ U.1986.272.S, *Lige på en studs*.

⁹⁰ U.1983.630.Ø, *Ud i det blå*.

⁹¹ U.1998.1385/2.S, *I von Scholtens fodspor* s. 1388.

slogans ikke at opfylde originalitetskravet: 'At købe sengeudstyr er en tillidssag'⁹², 'Avertering i Politiken virker bedst'⁹³ og 'Hvorfor betale mere'⁹⁴.

Fra øvrig nordisk praksis fremhæves Stockholms Tingsrätts dom af 26. november 1996, hvor sætningsledet "[...] *man känner sig som en ödla* [...]"⁹⁵ blev anvendt af domstolene som et eksempel på, et selvstændigt ophavsretligt beskyttet element i en artikel.⁹⁶ Herudover skal Oslo Byretts dom af 28. december 1984, fremhæves.⁹⁷ Her fandtes der ikke ophavsretlig beskyttelse til sætningen 'Gå til fængsel' påført et kort indeholdt i et brætspil, navnlig da der ifølge retten ikke fandtes mange måder at udtrykke, at en spiller skulle flytte sin spillebrik til brætspillet's fængselsfelt.⁹⁸ Det faktum, at domstolen lagde vægt på, at der ikke er mange måder at udtrykke dette, bevirker, at afgørelsen må anses som et resultat af dobbeltfrembringelseslæren.

Det kan af ovenstående udledes, at helt korte sætninger, i form af blandt andet slogans, ganske sjældent har opnået ophavsretlig beskyttelse. Det ses således kun i U.1966.676.Ø, U.1951.275.H og Stockholms Tingsrätts dom af 26. november 1996, at korte sætninger har opnået beskyttelse. Henset til, at flere af dommene hvor beskyttelse nægtes, er nyere end de domme hvor beskyttelse anerkendes, samt disse tre dommes alder, må det anses for uklart om sætninger på tre-fire ord stadig kan opfylde originalitetskravet.

Det skal dog bemærkes, at flere af dommene er afgjort efter en konkret vurdering af originalitetskravet, hvorfor det ikke er muligt at udelukke beskyttelse for korte sætninger. Disse tilfælde må være sjældne, hvilket illustreres af ovenstående praksis.

Grænsen må antages at have en vis højde, da dobbeltfrembringelseslæren kan få betydning for bedømmelsen, jf. navnlig Oslo Byretts dom af 28. december 1984, hvor der ikke fandtes mange

⁹² U.1932.211.Ø, *At købe sengeudstyr er en tillidssag*.

⁹³ U.1925.487.Ø, *Avertering i Politiken virker bedst*.

⁹⁴ *Juristens Domssamling 1956*, s. 273, *Hvorfor betale mere*.

⁹⁵ NIR 2/1997, s. 277, '*man känner sig som en ödla*' s. 278. Sætningen kan på dansk oversættes til 'man føler sig som en øgle.'

⁹⁶ NIR 2/1997, s. 277, '*man känner sig som en ödla*' s. 278.

⁹⁷ Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Opphavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 209.

⁹⁸ Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Opphavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 211.

alternative måder at kommunikere 'gå til fængsel' på, og U.1998.1385/2.S hvor et slogan synes nærliggende for markedsføringen af de pågældende tjenesteydelser.

For så vidt angår det særlige spørgsmål om de kvantitative krav til titlen, kan dette opdeles i to delspørgsmål.

For det første, kan det overvejes, om titler der kun består af et enkelt ord, kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Det må antages, at der ikke kan tildeles ophavsretlig beskyttelse til titler bestående af ét enkelt ord, såfremt ordet allerede findes, eller på anden vis er en del af sproget på frembringelsestidspunktet. Der findes ingen dansk praksis om spørgsmålet, men den her anførte retsstilling er begrundet i to omstændigheder. For det første, fremgår det af sag C-5/08, Infopaq, at ord er ubeskyttede enkelt-elementer.⁹⁹ For det andet, kan det anføres at ophavsmanden, der anvender et enkelt ord som titel for sit værk, slet ikke er ophavsmand til den pågældende titel, da han ikke har frembragt ordet, men alene anvendt det som betegnelse for sit værk.¹⁰⁰ At et allerede kendt ord ved sin anvendelse i en værksammenhæng får en ny betydning, er ikke et udtryk for at det kan anses som en selvstændigt beskyttet værksdel i henhold til OHL § 1, stk. 1.¹⁰¹ Mere uklart er det, om anvendelsen af et enkelt fantasiord som titel på et værk, kan opfylde beskyttelsesbetingelserne. Der er ingen nordisk praksis om spørgsmålet, men det kan næppe anses for stridende mod principperne i sag C-5/08, Infopaq at anerkende en sådan beskyttelse, da det i EUD's udtalelser om ubeskyttede ord synes forudsat, at der er tale om ord, der allerede er kendt. Spørgsmålet må anses for uafklaret.

For det andet kan det overvejes, om der findes en nedre grænse for, hvor lang en titel skal være, før den er i stand til at nyde ophavsretlig beskyttelse. I henhold til bl.a. Højesterets udtalelser i U.2020.2817.H, er det de elementer som kan kvalificeres som udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, der er beskyttede ophavsretligt. Ved korte sætninger omfatter dette ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”¹⁰² af ordene. I henhold til sag C-145/10, Painer er det en betingelse for at opfylde originalitetskravet, at frembringelsen er et resultat af ophavsmandens frie og kreative valg.¹⁰³ Særligt ved korte titler, er ophavsmandens muligheder for at vælge, placere og

⁹⁹ Sag C-5/08, Infopaq præmis 46.

¹⁰⁰ Magnus Stray Vyrje, *Ophavsrettens ABC* (1. udgave, TANO 1987) s. 105.

¹⁰¹ Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavsretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk mv. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989) s. 44.

¹⁰² Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹⁰³ Sag C-145/10, Painer præmis 89.

kombinere enkelte ord i sagens natur begrænsede, i forhold til ved konstruktionen af længere sætninger. Det indgår herunder i bedømmelsen om titlen er i stand til at indkapsle det bagvedliggende værks originalitet, jf. ovenfor. Dette begrænser yderligere ophavsmandens muligheder for at kommunikere værkets indhold på en måde, som er hans egen intellektuelle frembringelse, da titlens nødvendige forbindelse til hovedværkets indhold indskrænker ophavsmandens valgmuligheder. Ved ganske få muligheder, er det vanskeligt for ophavsmanden at udtrykke sin personlighed. Dette synes da også forudsat i U.1998.1385/2.SH, hvor 'I Von Scholtens Fodspor' fandtes at være en ganske nærliggende ordsammensætning til at beskrive rejser til De Vestindiske Øer.¹⁰⁴

På baggrund af det her anførte, findes det vanskeligt for korte titler at opfylde originalitetskravet. Det er som udgangspunkt ikke muligt, med henvisning til retspraksis, at definere en decideret mindstegrænse, og spørgsmålet må anses for uafklaret. Retstillingen kan med en vis sandsynlighed beskrives således, at korte titler har vanskeligere ved at opnå beskyttelse end længere titler.

3.2 BESKYTTELSENS OBJEKT OG UDSTRÆKNING

Det er i henhold til ovenstående afsnit 3.1. fastlagt, at titler principielt godt kan opnå ophavsretlig beskyttelse, om end dette er vanskeligt for de fleste titler. Hvad denne beskyttelse indebærer skal ikke behandles i dette speciale, da der ikke er fundet særlige problemstillinger for titler ved enerettens indhold.

Derimod er det fundet relevant at undersøge, hvor bred en beskyttelse ophavsretligt beskyttede titler har. Overordnet er det i dansk ophavsretstradition et princip, at beskyttelsens udstrækning er knyttet til, i hvor høj grad beskyttelsesbetingelserne er opfyldt.¹⁰⁵ Det afgørende for, hvor meget værker skal ligne hinanden, for at der foreligger en krænkelse, er således i hvor høj grad, det krænkede værk opfylder originalitetskravet.¹⁰⁶

Denne opfattelse af sidenhen blevet udfordret af sagerne C-145/10, Painer og C-683/17, Cofemel. I begge afgørelser gjorde EUD det klart, at der ikke var noget i de ophavsretlige direktiver der indikerer,

¹⁰⁴ U.1998.1385/2.S, *I von Scholtens fodspor* s. 1388.

¹⁰⁵ Morten Rosenmeier, 'Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 571.

¹⁰⁶ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 158.

at man kan lade et beskyttet fænomens beskyttelsesbredde afgøre af graden af originalitet. Såfremt et fænomen opfylder betingelserne for at være beskyttet som et værk, skal dette nyde den samme beskyttelse, uanset mængden af valgmuligheder ophavsmanden har i forbindelse med værkets frembringelse.¹⁰⁷ Afgiselsen af dommene i C-145/10, Painer og C-683/17, Cofemel har medført, at det i den juridiske litteratur er blevet fremhævet, at den hidtidige danske opfattelse om, at beskyttelsesomfanget for et ophavsretligt beskyttet værk afhænger af i hvor høj grad fænomenet opfylder beskyttelsesbetingelserne, kan være i strid med EU-retten.¹⁰⁸ Rosenmeier har dog præciseret, at dette ikke nødvendigvis er tilfældet. Det anføres, at terminologien bag princippet om beskyttelsens bredde kan anskues som, at krænkelse forudsætter, at der i det senere værk overtages aspekter som i sig selv opfylder beskyttelsesbetingelserne, men samtidig, at der ikke sker en krænkelse såfremt der overtages ubeskyttede aspekter fra det tidligere værk.¹⁰⁹ Hermed kan beskyttelsens objekt anses som værende de elementer ved et ophavsretligt beskyttet værk, som selvstændigt opfylder originalitetskravet. Herved skal man ved krænkelsesvurderingen alene lægge vægt på, om det, der påstås efterlignet i det senere værk, selvstændigt opfylder originalitetskravet. Terminologien om beskyttelsens bredde kan således knyttes op på mængden af originale aspekter i det tidligere værk.¹¹⁰ Denne forståelse af princippets terminologi, mener Rosenmeier, ikke er i strid med EU-retten, men tværtimod i fuld overensstemmelse med EUD's udtalelser i sag C-5/08, Infopaq, hvorefter værksdele alene er beskyttet såfremt de selvstændigt opfylder beskyttelsesbetingelserne.¹¹¹

Beskyttelsens udstrækning for ophavsretligt beskyttede titler

Såfremt det her anførte, anskues i relation til ophavsretligt beskyttede værkstitler, bør det derfor overvejes, hvilke aspekter i en titel der kan opfylde beskyttelsesbetingelserne. Som anført ovenfor i afsnit 3.1. består titler typisk af ordsammensætninger af få ord. Af EUD's afgørelse i C-5/08, Infopaq,

¹⁰⁷ Sag C-145/10, Painer præmisserne 97, 98 og 99 | Sag C-683/17, Cofemel præmis 35.

¹⁰⁸ Se bl.a. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015) s. 159.

¹⁰⁹ Morten Rosenmeier, 'Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 589.

¹¹⁰ Morten Rosenmeier, 'Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 589 f.

¹¹¹ Morten Rosenmeier, 'Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 594 f. | under henvisning til Sag C-5/08, Infopaq præmis 38.

fremgår det, at enkelte ord er ubeskyttede elementer.¹¹² Ophavsmanden til kortere ordsammensætninger kan dog i kraft af ” [...] *valget, placeringen og kombinationen af disse ord* [...]”¹¹³ udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse.¹¹⁴ EUD fremhævede i relation til avisartikler, at visse sætninger og sågar visse sætningsled, vil være egnede til at meddele læseren den originalitet, der ligger i hovedværket.¹¹⁵

Overføres dette synspunkt analogt til titler, kan det anskues således, at titlen i sig selv kan være egnet til at meddele læseren den originalitet, der er indeholdt i hovedværket. Dette synes at være fremhævet i såvel U.1951.725.H, Hvem ringer klokkerne for? som i Oslo Byrets dom af 4. juli 1984, Kon-Tiki. Det beskyttede aspekt ved en titel vil på baggrund heraf være ” [...] *valget, placeringen og kombinationen af disse ord* [...]”¹¹⁶ men ikke de enkelte ord i sig selv. Denne omstændighed sammenholdt med Rosenmeiers analyse af beskyttelsesomfanget i lyset af Painer og Cofemel må nødvendigvis medføre, at der næppe kan findes øvrige beskyttelsesværdige aspekter ved en titel, og at beskyttelsen som følge heraf bør anses som snæver i den forstand, at det alene er ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”¹¹⁷ af de enkelte ord, som skal underlægges en krænkelsesvurdering. Ophavsretligt beskyttede titler må herefter som udgangspunkt kun være beskyttet mod identiske titler eller ganske nærgående efterligninger. Hvor nærgående disse efterligner skal være, og dermed hvor snæver beskyttelsessfæren er, kan ikke siges med sikkerhed, da der endnu ikke foreligger praksis, som kan belyse problemstillingen.

3.3 DELKONKLUSION

Titler kan opnå beskyttelse som selvstændigt beskyttede værksdele, jf. OHL § 1. Beskyttelsesbetingelserne for at opnå ophavsretlig beskyttelse er, at der skal være tale om en frembringelse der er litterær eller kunstnerisk, og at denne skal opfylde originalitetskravet, som dette findes defineret af EUD, jf. U.2020.2817.H. I henhold til EUD's afgørelse i C-5/08, Infopaq vil originalitet for så vidt angår korte sætninger knytte sig til ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”¹¹⁸ af enkelte

¹¹² Sag C-5/08, Infopaq præmis 46.

¹¹³ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹¹⁴ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹¹⁵ Sag C-5/08, Infopaq præmis 47.

¹¹⁶ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹¹⁷ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹¹⁸ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

ubeskyttede ord, såfremt disse er i stand til at kommunikere det underlæggende hovedværks originalitet. I dommen anerkendtes det, at korte sætninger på 11 ord kunne nyde beskyttelse efter OHL § 1, såfremt de opfyldte originalitetskravet. Titler på værker er typisk bestående af korte sammensætninger af enkelte ord, men der findes dog også eksempler på længere titler på 11 ord eller mere.

I dansk retspraksis har ophavsretlig beskyttelse af titler været anerkendt i U.1951.725/3.H, Hvem ringer klokkerne for? og U.1966.676.Ø, Nabo til Nordpolen. Retskildeværdien af dommene kan dog betvivles. I U.1951.725/3.H tyder meget på, at Højesteret anerkendte ophavsretsbeskyttelse til titlen som en original oversættelse. Om dette er særligt normerende for resultatet, er uklart. I sagen synes Højesteret at lægge til grund, at det var titlens evne til at kommunikere hovedværkets budskab, som resulterede i en anerkendelse af originalitet. Dette var også tilfældet i Oslo Byretts dom af 4/7 1984, Kon-Tiki, hvor en titel anerkendtes principielt at kunne opnå ophavsretlig beskyttelse, da den på original vis illustrerede hovedværkets handlingsforløb. I U.1966.676.Ø anerkendtes ophavsretlig beskyttelse af en titel ved den blotte konstatering, at titlen var af en sådan karakter, at den var beskyttelsesværdig efter OHL § 1. Dommen har været underlagt kritik for ikke at være afgjort efter OHL § 73. Historisk synes praksis således at forudsætte, at en titel for at opfylde originalitetskravet skal kommunikere det underlæggende værks indhold på en måde, som er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Dette synes dog i overensstemmelse med EUD's afgørelse i C-5/08, Infopaq.

Øvrig retspraksis fra såvel danske domstole og nordiske retsinstanser synes at indikere, at det generelt er vanskeligt for korte sætninger at opnå ophavsretlig beskyttelse, se praksis omtalt i afsnit 3.1. Nyere praksis kan endvidere tyde på, at de danske domstole nu er tilbageholdende med at anerkende beskyttelse for helt korte sætninger. Dette er ikke i strid med det EU-harmoniserede originalitetskrav. ”[...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”¹¹⁹ af enkelte ubeskyttede ord skal være af en sådan karakter, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, som er frembragt på baggrund af frie og kreative valg, og som kan udtrykke ophavsmandens personlighed. Særligt ved titler, hvor det i henhold til tidligere praksis har indgået i vurderingen, at denne kan kommunikere hovedværkets indhold, synes ophavsmanden indskrænket i sin valgfrihed ved korte titler.

¹¹⁹ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

Det må herved konkluderes, at titler på flere ord principielt godt kan beskyttes efter OHL § 1. Det er uafklaret i dansk ret, hvor meget der skal til for at opfylde betingelserne, men den mest nærliggende retsstilling er, at det er vanskeligt at opnå ophavsretlig beskyttelse af korte titler efter OHL § 1.

Titler på et enkelt eksisterende ord kan sandsynligvis ikke beskyttes ophavsretligt af to årsager. For det første fremgår det af C-5/08, Infopaq, at ord er ubeskyttede enkeltelementer, som ikke i sig selv kan være originale, men det er ”[...] *valget, placeringen og kombinationen af disse ord* [...]”¹²⁰, der udgør ophavsmandens intellektuelle frembringelse. For det andet kan det anføres, at den som påfører et værk en titel på et enkelt ord, slet ikke er ophavsmand til dette. Mere uklart er det, om titler som består af et enkelt fantasiord kan beskyttes efter OHL § 1. Betingelserne i C-5/08, Infopaq, kan næppe overføres direkte til dette tilfælde, da det i denne dom synes forudsat, at der var tale om ord som var en del af sproget. Retstillingen for så vidt angår dette spørgsmål er i det hele uafklaret i dansk ret.

Såfremt en titel er ophavsretligt beskyttet, skal det overvejes, hvor bred denne beskyttelse er. I henhold til EUD’s afgørelse i C-145/10, Painer, er det de elementer i en frembringelse, som opfylder originalitetskravet, der nyder ophavsretlig beskyttelse. I henhold til C-5/08, Infopaq, er det ”[...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”¹²¹ af enkelte ubeskyttede ord, som udgør ophavsmandens intellektuelle frembringelse. Disse omstændigheder medfører, at den ophavsretlige beskyttelse af titler sandsynligvis er begrænset til, alene at beskytte mod identiske titler og nærgående efterligninger. Det er rimeligt at antage, at beskyttelsen bliver bredere jo længere titlen er, da der i så fald kan udskiftes flere ord, uden at titlens originalitet fortabes. Spørgsmålet er dog uklart i dansk ret, da ingen domstol har udtalt sig om ophavsretligt beskyttede titlers beskyttelsesomfang.

¹²⁰ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

¹²¹ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

4 VAREMÆRKERETLIG BESKYTTELSE AF TITLER

I forudgående kapitel er det beskrevet og analyseret, hvorledes titler på litterære og kunstneriske værker kan beskyttes ophavsretligt i tilknytning til værket. Titler på værker fungerer imidlertid grundlæggende som identifikationsmidler for værkerne, hvilket også medfører, at titlen i visse tilfælde kan udvikle sig fra blot at være en betegnelse for et litterært eller kunstnerisk værk, til at have en større kommerciel betydning som betegnelse for et større sortiment af varer og tjenesteydelser i relation til værkets substans.¹²² Et eksempel herpå kunne være 'Star Wars', som både er en betegnelse for en serie af filmværker, men også anvendes som betegnelse for en række tv-serier, computerspil, bøger, tegneserier, legetøj og sågar en særskilt afdeling af Disneyland i USA. Når en titel på denne måde udvikler sig til at være et kendetegn, bliver det også relevant for rettighedshaveren at søge beskyttelse for titlen som et forretningskendetegn. Denne beskyttelse findes i varemærkeretten, som gør en rettighedshaver i stand til at beskytte sit forretningskendetegn for udpegede typer af varer- og tjenesteydelser. For titler på værker omfatter beskyttelsesinteressen alle typer af varer og tjenesteydelser, som kan tænkes solgt under et varemærke bestående helt eller delvist af en titel.

I dette kapitel beskrives og analyseres af hensyn til specialets problemstilling alene muligheden for, at varemærkebeskytte en titel på et litterært eller kunstnerisk værk som ordmærke for varer og tjenesteydelser, som kan indeholde værkets substans. I kapitlets afsnit 5.2. beskrives beskyttelsesbetingelserne for at opnå en varemærkeret til titler, hvorefter der identificeres og analyseres udfordringer i visse typer af titlers muligheder for at opfylde disse. I kapitlets afsnit 5.3. analyseres beskyttelsens udstrækning for varemærkebeskyttede titler, hvor der identificeres og analyseres væsentlige problematikker ved titler på litterære og kunstneriske værkers evne til, at fungere som et varemærke for litterære og kunstneriske værker.

¹²² Se også Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 755 som påpeger, at titler kan overgå til at være kommercielle oprindelsesbetegnelser.

4.1 RETSGRUNDLAG OG RETSKILDER

Reglerne om danske varemærker er reguleret i VML¹²³ og registreringsbekendtgørelsen¹²⁴. Disse inkorporerer VMD.¹²⁵ Ydermere er EU-waremærker reguleret i VMF.¹²⁶ Varemærkedirektivet skal fortolkes i overensstemmelse med VMF,¹²⁷ hvorfor afgørelser om forordningen også har fortolkningsværdi for nationale varemærkeregler.

4.2 BETINGELSER FOR BESKYTTELSE

En varemærkeret med gyldighed i Danmark kan stiftes 1) ved registrering hos DKPTO i Danmark, jf. VML § 3, stk. 1, nr. 1, 2) ved registrering som EU-waremærke hos EUIPO, jf. VMF art. 6, 3) ved registrering gennem Madrid-Protokollen med Danmark som designeret land, jf. VML §§ 50ff., 4) ved vedvarende brug i Danmark af mere end lokal karakter, jf. VML § 3, stk. 1, nr. 3 eller 5) ved at et varemærke registreret i et andet land kan anses for at være vitterligt kendt, jf. VML § 3, stk. 2, jf. Pariserkonventionen art. 6 b.

Varemærkeretten giver en varemærkeindehaver eneret til at forbyde andre at gøre erhvervsmæssigt brug af varemærket i forbindelse med varer og tjenesteydelser, jf. VML § 4, stk. 1 og VMF art. 9, stk. 1. Denne beskyttelse er dog begrænset til alene at gælde for erhvervsmæssigt brug i forbindelse med varer og tjenesteydelser, hvor der foreligger identitet, risiko for forveksling eller, såfremt mærket kan anses for velkendt, utilbørlig udnyttelse, jf. VML § 4 stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2. For at opnå en varemærkeret til et mærke, skal en række betingelser være opfyldt. I relation til dette speciales problemfelt bemærkes det indledningsvist, at en række titler på litterære og kunstneriske værker findes registreret som varemærker i vareklasser, hvori værker kan indeholdes, såsom eksempelvis klasse 09

¹²³ Lov nr. 341 af 6. juni 1991 Varemærkelov, jf. Lovbekendtgørelse nr. 88 af 29. januar 2019 Varemærkeloven.

¹²⁴ Bekendtgørelse nr. 1685 af 18. december 2018 om ansøgning og registrering m.v. af varemærker.

¹²⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker.

¹²⁶ Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-waremærker.

¹²⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EØS-relevant tekst) præambelbetragtning 3 og 5.

for film og computerspil, og klasse 16 for bøger.¹²⁸ Spørgsmålet er dog, om der er særlige forhold ved titler, som kan hindre disse i at opnå varemærkeretlig beskyttelse. Dette spørgsmål belyses i det følgende afsnit.

4.2.1 Skal kunne anvendes som varemærke

Et varemærke er et tegn, som er egnet til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders, og som kan gengives klart og præcist, jf. VML § 2 og VMF art. 4. Det er efterfølgende en absolut registreringshindring for et tegn, at det ikke kan opfylde betingelserne for at være et varemærke, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 1 og VMF art. 7, stk. 1, litra a. Titler består af ord, bogstaver og i visse tilfælde tal og vil af den grund være at betragte som ordmærker, jf. registreringsbekendtgørelsen.¹²⁹

4.2.2 Særpræg

Et mærke skal, for at kunne registreres som et varemærke, besidde fornødent særpræg. Besidder mærket ikke det fornødne særpræg, afvises det fra registrering, da manglende særpræg er en absolut registreringshindring, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 2 og VMF art. 7, stk. 1, litra b. En varemærkeret til et mærke uden særpræg kan ej heller stiftes ved ibrugtagning medmindre særpræg indarbejdes, jf. VML § 3, stk. 3, jf. § 13, stk. 1, nr. 2. Betingelsen om, at tegnet skal besidde fornødent særpræg, skal ses i sammenhæng med betingelsen om, at varemærket skal besidde adskillelsesevne.¹³⁰ I henhold til en række afgørelser fra EUD, skal begrebet særpræg forstås som, at ”[...] varemærket er egnet til at identificere den vare [...] som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed til at adskille denne

¹²⁸ Se fra PVS bl.a. registreringerne: ‘VR 2013 02415, Magnus Og Myggen [Ordmærke]’ som er titlen på en række computerspil og bøger til børn, registreret i klasse 09 for computerspil og klasse 16 for bøger | ‘VR 2014 01442, HEARTLAND [Ordmærke]’ som er titlen på en tv-serie, registreret i klasse 09 for indspillede elektroniske medier med reality tv og dramafiktion | ‘VR 2016 01172, ICE AGE: NO TIME FOR NUTS 4-D [Ordmærke]’ som er titlen på en kortfilm, registreret i klasse 09 for film | Se fra EUIPO bl.a. registreringerne: ‘EUTM 000047167, THE PUNISHER [Ordmærke]’ som er titlen på en tegneserie og en række film, registreret i klasse 09 for film og 16 for tegneserier, | ‘EUTM 018039261, AVENGERS: ENDGAME [Ordmærke]’ som er titlen på en film, registreret i klasse 09 for film | ‘EUTM 018110747, NO TIME TO DIE [Ordmærke]’ Som er titlen på en film, registreret i klasse 09 for film | ‘EUTM 003029378, THE LORD OF THE RINGS THE TWO TOWERS [Ordmærke]’ som er titlen på en fantasyroman og en film, registreret i klasse 09 for film, og klasse 16 for fantasybøger.

¹²⁹ Bekendtgørelse nr. 1685 af 18. december 2018 om ansøgning og registrering m.v. af varemærker.

¹³⁰ Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 303.

vare fra andre virksomheders [...]”¹³¹ Interessen i betingelsen er sammenfaldende med varemærkets oprindelsesfunktion, hvorefter varemærket skal garantere de pågældende varer eller tjenesteydelsers kommercielle oprindelse, således at gennemsnitsforbrugeren kan adskille disse fra andre uden risiko for forveksling.¹³² I henhold til EUD’s faste praksis, skal vurderingen af, hvorvidt et mærke besidder fornødent særpræg foretages under hensyn til alle faktiske omstændigheder, herunder særligt opfattelsen hos gennemsnitsforbrugeren. Gennemsnitsforbrugeren skal forstås som en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet forbruger af de varer og tjenesteydelser, som mærket søges registreret for.¹³³ Mærkets særpræg skal således vurderes i henhold til de varer og tjenesteydelser det registreres for, under hensyn til opfattelsen hos gennemsnitsforbrugeren.¹³⁴

Et varemærkes særpræg kan også beskrives som tilstedeværelsen af distinktivitet med et samtidigt fravær af deskriptivitet.¹³⁵ Disse begreber behandles i relation til titler på værker nedenfor.

Krav om distinktivitet

Kravet om distinktivitet kaldes også et krav om adskillelsesevne og følger af, at VML § 13, stk. 1, nr. 1 og 2 og VMF art. 7, stk. 1, litra a og b skal ses i sammenhæng.¹³⁶ Det følger af definitionen af individuelle varemærker i VML § 1 a, nr. 2 og definitionen af EU-varemærker i VMF art. 4, at dette skal være egnet til at ”adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders” hvorved henvises til varemærkets funktion som garanterende dets oprindelse.¹³⁷ Adskillelsesevnekravet er således et krav om, at tegnet skal være egnet til at garantere den kommercielle oprindelse.¹³⁸ I modsætning til det ophavsretlige originalitetskrav, findes der ikke kvantitative mindstemål for

¹³¹ *Sag C-299/99, Phillips* præmis 35 | *Sag C-218/01, Henkel* præmis 48 | *De forenede sager C-53/01 og C-55/01, Linde m.fl.* præmis 40.

¹³² Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 304 med henvisning til EU-praksis.

¹³³ *Sag C-342/97, Lloyd* præmis 26 | se også Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 488.

¹³⁴ se også Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 304-305.

¹³⁵ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 490-491.

¹³⁶ Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 303.

¹³⁷ Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 123.

¹³⁸ Annette Kur, Thomas Dreier, og Stefan Luginbuehl, *European Intellectual Property Law* (2. udgave, Edward Elgar Publishing 2019) s. 204.

særpræg, se eksempelvis sag C-265/09 P, hvor EUD ikke ville udelukke, at et mærke på et enkelt bogstav kunne være særpræget efter en konkret vurdering.¹³⁹ Se i øvrigt fra dansk ret U 2004.1673 Ø, hvor ordmærket 'P5' for radioprogrammer fandtes særpræget.¹⁴⁰

Det er anført, at værkstitler i nogle tilfælde kan gå fra 'blot', at være en titel på et værk til at fungere som kommerciel oprindelsesbetegnelse.¹⁴¹ Da der ikke findes nogle særlige forhold om titler og distinktivitet, skal de som udgangspunkt behandles efter varemærkerettens almindelige udgangspunkt.¹⁴²

Fravær af deskriptivitet

Ved distinktivitet forstås som beskrevet ovenfor, at varemærket skal have en form for adskillelses-evne, for at kunne fungere som et varemærke. Ved deskriptivitet forstås, at varemærket ikke må være beskrivende for de varer eller tjenesteydelser, som det søges beskyttet for.¹⁴³ Det er af almen interesse at friholde tegn, der kan virke beskrivende for en vare eller tjenesteydelse fra varemærkeretlig beskyttelse, således at alle erhvervsdrivende har lige adgang til at benytte sådanne tegn.¹⁴⁴ EUD har videre udtalt, at formålet med reglen om deskriptivitet er at forhindre registrering af tegn, der gør indgreb i den almindelige måde at beskrive varer eller disses egenskaber, ligesom deskriptive varemærker ikke kan opfylde oprindelsesfunktionen og dermed ikke have særpræg.¹⁴⁵ EUD har i sag C-191/01 P, DOUBLEMINT indskærpet fortolkningen af deskriptivitet til også at omfatte varemærker hvor blot ét af mærkets betydninger kan anvendes til at beskrive varen, eller mærker hvor andre erhvervsdrivende potentielt anvender varemærket for deres varer på beskrivende måde.¹⁴⁶ Behovet for at friholde sådanne deskriptive mærker indebærer, at det er tilstrækkeligt, at et mærke kan anvendes

¹³⁹ Sag C-265/09 P, *alpha* præmis 28-40.

¹⁴⁰ U.2004.1673.Ø s. 1681.

¹⁴¹ Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 755.

¹⁴² Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 755.

¹⁴³ Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 306 | Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 491.

¹⁴⁴ jf. bl.a. Sag C-363/99, *Postkantoor* præmis 53f. | se også Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 320 som henviser til yderligere praksis.

¹⁴⁵ Sag C-383/99 P, *Baby-Dry* præmis 37.

¹⁴⁶ Sag C-191/01 P, *DOUBLEMINT* præmis 32 og 35.

til at beskrive varens egenskaber før det anses som deskriptivt. Ligeledes anses tegn, der har flere betydninger som deskriptive, når blot én af disse betydninger kan anvendes til at beskrive varens egenskaber.¹⁴⁷ Vurderingen er et udtryk for et almindeligt konkurrencehensyn, hvorefter der ikke må ske begrænsning i erhvervsdrivendes adgang til at anvende almindelige ord og symboler som betegnelse for deres varer eller tjenesteydelser.¹⁴⁸

Reglen om deskriptivitet retter sig ikke alene mod begreber, som objektivt kan beskrive en vare eller en tjenesteydelses art. Retten har i T-633/13, INFOSECURITY fundet, at et mærke, som den relevante offentlighed betragter som en angivelse af varens indhold eller emne, også er omfattet.¹⁴⁹ Det er ikke alene betegnelser, som beskriver varens karakter objektivt, eksempelvis 'bog', 'film' eller 'computerspil', men også betegnelser som beskriver varens underlæggende indhold, som kan anses for deskriptivt. Retten fandt vedrørende 'publikationer', hvorunder værker kan indeholdes, at forbrugere vil træffe deres købsbeslutning på baggrund af disse publikationers emne eller indhold.¹⁵⁰ Herefter lagde Retten til grund, at i sådanne situationer vil en angivelse af varens emne eller indhold beskrive en egenskab ved varen, hvormed mærket vil være beskrivende, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 7, stk. 1, litra c.¹⁵¹

I EUIPO TM Guidelines præciseres det, at et mærke kan anses for deskriptivt for en vares indhold eller emne, når anvendelsen af mærket utvivlsomt vil blive opfattet som sådan af den relevante offentlighed, og derfor bør friholdes fra varemærkere registrering.¹⁵² I relation til værkstitler fremgår det navnlig af EUIPO TM Guidelines, at titler på eksempelvis bøger ikke nødvendigvis er udelukket fra registrering grundet manglende særpræg, men at dette kan være tilfældet, såfremt titlen kan betragtes som at beskrive varens indhold eller emne, og dermed ikke er i stand til at identificere varens kommercielle oprindelse.¹⁵³ Ifølge retningslinjerne, kan titler på værker anses som deskriptive, for varer

¹⁴⁷ Knud Wallberg og Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021) s. 320.

¹⁴⁸ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 491.

¹⁴⁹ T-633/13, INFOSECURITY præmis 35.

¹⁵⁰ T-633/13, INFOSECURITY præmis 54.

¹⁵¹ T-633/13, INFOSECURITY præmis 55.

¹⁵² EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3 pkt. 2.7.1.

¹⁵³ EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3 pkt. 2.7.2.

der kan indeholde velkendte historier, adaptationer af sådanne eller temaer fra historien.¹⁵⁴ Begrundelsen er, at visse fortællinger er blevet så etablerede og velkendte, at de indgår i selvstændigt i sproget og ikke længere betragtes af den relevante omsætningskreds som udelukkende at henhøre til det originale værk, men anvendes som universelle og selvstændige betegnelser for en type historier eller endog hele genrer.¹⁵⁵ Udtrykt mere konkret, kan en titel have opnået en sådan tematisk betydning, at denne nu udstrækker sig ud over det konkrete værk, hvorpå den først blev placeret.¹⁵⁶ Titler på værker har således ikke iboende deskriptivitet, men kan blive deskriptive, når titlen bliver kendt. Dette betyder ikke, at visse titler ikke kan være deskriptive af natur. Banale titler som beskriver værkets reelle indhold og emne, eksempelvis 'Danske fugle ved hus og i have', må antageligvis anses for deskriptiv, selvom titlen ikke er kendt.

Bedømmelsen af titlers deskriptivitet i praksis

Det er i en række sager fra BoA og AN blevet vurderet, om værkers titler kan anses for deskriptive for de ansøgte varer og tjenesteydelser og dermed ikke særprægede. Sagerne kan opdeles i vurderinger af deskriptivitet ud fra to ræsonnementer. For det første, er det i en række sager blevet vurderet, om en titel skulle anses for deskriptiv, fordi den kommunikerer et kendt værks underliggende substans. For det andet, er det i en række sager blevet vurderet, om en titel skulle anses for deskriptiv, fordi titlen har opnået en sekundær betydning, som kan beskrive varens emne eller indhold. Denne praksis behandles i det følgende afsnit.

Titler som kommunikerer et kendt værks substans

BoA og AN har i sagerne R 1856/2013-2, Pinocchio, R 118/2014-1, The Jungle Book, R 2401/2014-4, Le Journal d'Anne Frank og en række sager om titlerne på nogle af H.C. Andersens eventyr¹⁵⁷ taget stilling til, om titlerne var beskrivende på baggrund af, at de kommunikerede de pågældende værkers substans.

I R 118/2014-1, The Jungle Book udtalte BoA, at titler principielt godt kan varemærkere registreres hvis de kommunikerer kommerciel oprindelse.¹⁵⁸ BoA fandt herefter, at titler beskyttes hvor de er

¹⁵⁴ EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3 pkt. 2.7.2.

¹⁵⁵ EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3 pkt. 2.7.2.

¹⁵⁶ EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3 pkt. 2.7.2.

¹⁵⁷ Sag AN 2021 00022, *Den grimme ælling* | Sag AN 2021 00023, *Kejserens nye klæder* | Sag AN 2021 00024, *Den lille havfrue* | Sag AN 2021 00025, *Prinsessen på ærten*.

¹⁵⁸ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 22.

særprægede, men at det taler imod særpræg, at kun værkets titel indgår i varemærket uden særprægede tilføjelser, når denne alene af gennemsnitsforbrugeren forstås som en reference til ophavsmandens værk eller en type af historie.¹⁵⁹ Dette er ifølge BoA særligt tilfældet, hvor værket er udgivet i et stort antal versioner og underlagt mange adaptioner, herunder til film, teater og TV, som har nået et bredt publikum.¹⁶⁰

I R 1856/2013-2, Pinocchio fandt BoA, at hvor en titel er så berømt, at den er velkendt hos gennemsnitsforbrugeren, kan mærket blive anset for ikke at have fornødent særpræg, og at dette er særligt aktuelt, hvor værket er genstand for mange udgivelser og mange tv-, teater- og filmadaptioner, som har nået et stort publikum.¹⁶¹

I sagerne om H.C. Andersens eventyr var sagsgenstanden og AN's begrundelse den samme, hvorfor sagerne skal behandles samlet og benævnes 'H.C. Andersen-sagerne'. I sagerne fandt AN, at titlerne på de pågældende eventyr måtte anses som så velkendte i Danmark, at den relevante omsætningskreds vil skabe associationer mellem titlerne og de pågældende eventyr. Ifølge AN vil et mærke, der indeholder en sådan titel anses for deskriptiv for varer og tjenesteydelser, "[...] *der kan indeholde eller omfatte gengivelser af eller bearbejdnings af hele eller dele af det pågældende eventyr, eller som på anden måde kan indeholde elementer, der refererer til eventyrets indhold, herunder til figurerne i eventyret.*"¹⁶² Da de afviste klasser indeholdte varetyper, hvori eventyret kunne gengives, bearbejdes eller på anden måde indeholde elementer der refererer til eventyrets indhold, fandt AN at anvendelse af titlerne, som varemærker kunne tjene til at angive egenskaberne ved de pågældende varer og tjenesteydelser, hvorfor registreringerne afvistes jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3.

I sagerne søgtes varemærkerne registreret i blandt andet vareklasserne 09, 16, 28 og 41, omfattende tryksager, bøger, tegneserier, dvd-omslag, legetøj, computerspil og underholdning, herunder spillekasinovirksomhed. I alle sagerne fandtes mærkerne beskrivende for vareklasserne, da mærkerne fandtes at henvise til varenes mulige forbindelse med værkernes historier eller dele herfra. I H.C. Andersen-sagerne fandt AN, at anvendelse af titlerne som varemærker kunne tjene til at angive

¹⁵⁹ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 24.

¹⁶⁰ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 25.

¹⁶¹ R 1856/2013-2, *Pinocchio* præmis 26.

¹⁶² *Sag AN 2021 00022, Den grimme ælling* s. 23 | *Sag AN 2021 00023, Kejserens nye klæder* s. 23 | *Sag AN 2021 00024, Den lille havfrue* s. 23 | *Sag AN 2021 00025, Prinsessen på ærten* s. 23.

egenskaberne ved de pågældende varer og tjenesteydelser, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3. Omvendt fandt AN ikke, at titlerne var beskrivende for blandt andet computerlotteri i klasse 09, skrabelodder i klasse 28, lotterivirksomhed i klasse 41 og softwaredesign i klasse 42. Dette var også tilfældet i R 1856/2013-2, Pinocchio, hvor BoA fandt, at titlen ikke var var beskrivende for blandt andet maling, tøj og blyanter, da forbindelsen til Pinocchios eventyr var for indirekte.

Ovenstående resultater synes i overensstemmelse med T-633/13, INFOSECURITY hvorefter varens indhold eller emne også kan anses som værende en af varens egenskaber i henhold til VMF art. 7, stk. 1, litra c, og analogt VML § 13, stk. 1, nr. 3.¹⁶³ Efter C-191/01 P, DOUBLEMINT er et mærke beskrivende når andre erhvervsdrivende potentielt vil anvende mærket som en almindelig betegnelse for deres egne varer og tjenesteydelser.¹⁶⁴ Såfremt andre erhvervsdrivende ønsker at sælge varer eller tjenesteydelser i de i sagerne pågældende klasser, som har en forbindelse til værkernes substans, er det sandsynligt, at disse ville anvende de samme mærker til at beskrive varenes forbindelse til historierne.

Det var endvidere i sagerne gjort gældende, at der er tale om meget kendte værker. Det kan antages, at titlerne først vil blive opfattet af gennemsnitsforbrugeren som en almindelig betegnelse, når historierne i værkerne er så kendte, at gennemsnitsforbrugeren vil forbinde værkets titel med værkets substans.¹⁶⁵ Dette må i hvert fald være tilfældet, når der er tale om titler, som ikke er banale eller objektivt beskriver værkets emne eller indhold. Disse vil i sig selv være beskrivende uden at være kendte. Det findes derfor velbegrundet, at BoA og AN lagde vægt på, at titlerne er meget kendte. Sagerne forekommer at være i overensstemmelse med de almindelige principper anlagt for deskriptivitetsvurderingen. Af de nævnte sager kan det udledes, at titler på kendte værker risikerer at være beskrivende for visse vareklasser. Da den kendte titel således kan anses for at beskrive en egenskab ved varen, kan den anses for beskrivende efter VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 7, stk. 1, litra c.

Den ovenstående praksis, er dog udfordret af en enkelt afgørelse fra BoA.

I R 2401/2014-4, Le Journal d'Anne Frank havde undersøgeren fundet, at 'Le Journal d'Anne Frank' skulle nægtes registrering, da titlens underliggende historie var blevet så velkendt, at titlen alene

¹⁶³ T-633/13, INFOSECURITY præmis 55.

¹⁶⁴ Sag C-191/01 P, DOUBLEMINT præmis 35.

¹⁶⁵ EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3, part B, kap. 3, pkt. 2.7.2.

kunne opfattes en angivelse den bestemte historie om Anne Franks liv.¹⁶⁶ Denne fortolkning modsatte BoA sig, da BoA fandt, 1) at titlen måtte anses for velkendt som en unik og en distinktiv titel på en specifik bog, og at den omstændighed at der foreligger en række adaptioner af historien ikke ændrer herpå¹⁶⁷, 2) at 'Anne Frank' ikke er deskriptivt og blot skal opfattes som et navn uden anden betydning¹⁶⁸, 3) at den samlede betydning af titlen (Anne Franks Dagbog) ikke havde nogen betydning for varer og tjenesteydelser i vareklasserne som blandt andet inkluderede tryksager, CD'er, dvd'er og teaterspil¹⁶⁹, 4) at værkets berømmelse ingen betydning skulle have for vurderingen af deskriptivitet¹⁷⁰ og 5) at gennemsnitsforbrugeren forbandt titlen med mærkets oprindelse.¹⁷¹

Afgørelsen er enestående, og modstridende med den øvrige praksis på området. Den står i kontrast til navnlig, R 1856/2013-2, Pinocchio, R 118/2014-1, The Jungle Book og de danske sager om H.C. Andersens eventyr, hvor titlerne fandtes at beskrive historierne bag disses emne eller indhold, og derfor fandtes deskriptive for de ansøgte varer og tjenesteydelser. I modsætning til disse afgørelser, synes BoA i R 2401/2014-4, Le Journal d'Anne Frank at anlægge en mere snæver fortolkning af særprægsbedømmelsen i relation til titlers deskriptivitet, ved at afvise at titlen skulle være deskriptiv for de ansøgte varer og tjenesteydelsers indhold, på trods af titlens velkendthed samt den omstændighed, at værket har været underlagt en række adaptioner fra forskellige kilder. Afgørelsen kan næppe være udtryk for gældende ret, da den ikke synes at være i overensstemmelse med T-633/13, INFOSECURITY.

Titler som har opnået en sekundær betydning

I to sager for BoA var spørgsmålet om titlers deskriptivitet blevet vurderet ud fra den betragtning, at titlerne havde indarbejdet sig i sproget på en måde, så disse havde opnået en sekundær betydning.

Afgørelsen R-1297/2016-2 omhandlede varemærkeretten til titlen på en række bøger, samt navnet på disses hovedperson, 'Winnetou'. Varemærket var registreret i klasserne 09 og 16 for film og bøger. I annullationssagen blev det lagt til grund, at 'Winnetou' i de tysktalende lande havde udviklet sig fra

¹⁶⁶ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 3ff.

¹⁶⁷ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 25.

¹⁶⁸ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 26.

¹⁶⁹ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 30.

¹⁷⁰ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 32.

¹⁷¹ R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* præmis 35.

at være en reference til en karakter skabt af den tyske forfatter Karl May, til også at blive opfattet som synonym for en retskaffen indianerhøvding, eller som reference til en fiktiv verden af indianere, i forbindelse med film og litteratur om det vilde vesten.¹⁷² BoA fandt i øvrigt, at ordets anden betydning kunne forstås som, at en person kunne være 'en Winnetou', hvorved det kunne beskrive bestemte karaktertræk ved en person som 'den retskafne indianerhøvding', hvilket bl.a. var tilfældet i fagbogen "*What would Winnetou have decided? New fairy tales for managers.*"¹⁷³ På denne baggrund fandt BoA, at varemærket var beskrivende, og således ikke indikerede kommerciel oprindelse i klasserne 09 og 16.¹⁷⁴ Omvendt fandt BoA, at Winnetou ikke var deskriptivt for en række varer i klasserne 3, 14, 18, 21, 24, 25, 29 og 30, da BoA fandt, at Winnetous tematikker og indhold ikke beskrev en vigtig egenskab ved de pågældende produkter.¹⁷⁵ I øvrigt fandt BoA, at selvom en sådan forbindelse ville blive skabt, ville den ikke være tilstrækkelig direkte til, at den for disse vareklasser kan opfattes som en angivelse af produktets indhold eller tema.¹⁷⁶

I R 2252/2014-4, Dirty Dancing ønskede ansøger at registrere filmtitlen 'Dirty Dancing' i klasse 41 der blandt andet dækker underholdning, træning, uddannelse, sport og kulturaktiviteter. I sagen fandt BoA, at 'Dirty Dancing' på ansøgningstidspunktet havde opnået selvstændig betydning hos den engelsktalende gennemsnitsforbruger, og ville blive forstået som en seksuelt provokerende måde at danse på. Dette blev blandt andet understreget af, at udtrykket var optaget i ordbogen som dækkende for denne danse måde.¹⁷⁷ BoA fandt, at den ansøgte klasse 41 kunne indeholde eller associeres med ydelser vedrørende dans. Under henvisning til denne sekundære betydning af 'Dirty Dancing' og den ansøgte vareklasse, fandt BoA, at det var beskrivende for tjenesteydelser i kategori 41.¹⁷⁸

Ræsonnementet bag at mærkerne ansås for deskriptive i begge sager var således, at titlerne i årenes løb har indarbejdet sig i sproget på en måde, så de af gennemsnitsforbrugeren objektivt kunne anses for beskrivende for visse egenskaber ved de ansøgte varer og tjenesteydelser. Banalt set, synes argumenterne at svare til et tænkt eksempel, hvor man havde ansøgt ordmærket 'Western' i klasse 09 for

¹⁷² R 1297/2016-2, Winnetou præmis 50.

¹⁷³ R 1297/2016-2, Winnetou præmis 50.

¹⁷⁴ R 1297/2016-2, Winnetou præmis 61.

¹⁷⁵ R 1297/2016-2, Winnetou præmis 52 og 53.

¹⁷⁶ R 1297/2016-2, Winnetou præmis 54.

¹⁷⁷ R 2252/2014-4, Dirty Dancing præmis 12f.

¹⁷⁸ R 2252/2014-4, Dirty Dancing præmis 13f.

film, eller 'Tango' i klasse 41 for underholdning, træning, uddannelse, sport og kulturaktiviteter. Sådanne betegnelser ville objektivt blive betragtet som beskrivende for varerne eller tjenesteydelsernes indhold eller emne. Resultaterne synes i øvrigt at være i overensstemmelse med almindelige principper for deskriptivtetsvurderingen. I R-1297/2016-2, *Winnetou* lagde BoA vægt på, at det var irrelevant, at nogle fortsat måtte definere 'Winnetou' som en reference til Karl Mays karakter, da det er tilstrækkeligt for at der foreligger deskriptivitet, at bare én af et ordmærkes betydninger kan opfattes som en angivelse af de pågældende varer eller tjenesteydelsers egenskaber.¹⁷⁹ Denne betragtning er i overensstemmelse med C-191/01 P, *DOUBLEMINT*.¹⁸⁰

Opsamling på deskriptivitet

Opsummerende kan det udledes, at titler på værker som udgangspunkt ikke er udelukket fra registrering i vareklasser hvori eksemplarer af værket kan indeholdes, se R 118/2014-1, *The Jungle Book*.¹⁸¹

Det følger imidlertid af den ovenstående analyserede af praksis, at titler på værker kan risikere at blive anset som deskriptive for de ansøgte varer og tjenesteydelsers emne eller indhold i to situationer.

For det første, kan et værk blive så kendt, at gennemsnitsforbrugeren vil forbinde titlen med værkets underliggende historie. Denne historie kan have en forbindelse med de varer eller tjenesteydelser mærket ønskes registreret for. Er dette tilfældet, risikerer mærket at blive anset som deskriptivt, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 7, stk. 1, litra c.¹⁸²

For det andet, kan en titel på et værk have opnået en ny sekundær betydning i sproget. Er dette tilfældet, vil titlen risikere at være deskriptiv, såfremt den nye betydning kan være beskrivende for de varer eller tjenesteydelser mærket søges registreret for, selvom titlen også fortsat betragtes som en betegnelse for det specifikke værk, hvor den har været anvendt som titel. Dette er i overensstemmelse med C-191/01 P, *DOUBLEMINT*, hvorefter mærket ikke har iboende særpræg såfremt blot en af mærkets betydninger er deskriptiv.¹⁸³

¹⁷⁹ R 1297/2016-2, *Winnetou* præmis 43 som henviser til | Sag C-191/01 P, *DOUBLEMINT* præmis 32.

¹⁸⁰ Sag C-191/01 P, *DOUBLEMINT* præmis 32.

¹⁸¹ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 22.

¹⁸² T-633/13, *INFOSECURITY* præmis 55.

¹⁸³ Sag C-191/01 P, *DOUBLEMINT* præmis 32.

Disse to forskellige afvisningsgrundlag udelukker imidlertid ikke, at mærkerne principielt kan opnå særpræg ved indarbejdelse, jf. VML § 13, stk. 2 og VMF art. 7, stk. 3. Dette synes dog vanskeligt, da blot én af titlens betydninger skal være deskriptiv, før mærket ikke er særpræget, jf. C-191/01 P, *DOUBLEMINT*.

Det bemærkes, at den ovenstående refererede praksis antageligvis er udtryk en praksisændring fra EUIPO og BoA, som AN har tilsluttet sig. Denne praksisændring italesatte BoA eksplicit i 2018 i annullationssagen R-1297/2016-2, *Winnetou* hvor BoA blev forholdt til en række tidligere registrerede titler og karakternavne. BoA udtalte, at BoA ikke er bundet af tidligere afgørelsespraksis, og at BoA ikke er bundet af beslutninger truffet af undersøgeren om varemærkeansøgninger.¹⁸⁴ Således er eksempelvis Disney Enterprises Inc. indehaver af varemærkerettigheder til ordmærkerne; 'Peter Pan' registreret under klasse 09 for film og klasse 16 for bøger,¹⁸⁵ 'Cinderella' registreret under klasse 09 for film og klasse 16 for bøger,¹⁸⁶ 'The Little Mermaid' registreret under klasse 16 for bøger,¹⁸⁷ samt 'Winnie The Pooh' i klasse 09 for film og klasse 16 for bøger.¹⁸⁸ Samtlige af de her eksemplificerede ordmærker er også titler på velkendte klassiske eventyr og børnehistorier, som er undergået mange adaptioner. Samtlige af ordmærkerne er dog registreret før 2013, uden notifikationer om absolutte registreringshindringer i strid med VMF art. 7, stk. 1, litra b og c. Den ovenfor analyserede praksis er afgjort efter 2013, hvilket indikerer, at de pågældende instanser har ændret deres praksis for vurderingen af kendte værkstitlers deskriptivitet for de pågældende varers indhold eller emne. Der er næppe holdepunkter for at antage, at de af Disney Enterprises Inc. registrerede titler skulle være af anderledes karakter end navnlig 'Pinocchio', 'The Jungle Book' og 'Kejserens nye klæder'.¹⁸⁹

BoA har i en nylig beslutning fra 2020 stillet sig tvivlende for, om en titel skal anses som deskriptiv, såfremt den er indarbejdet i sproget, eller om det centrale er, om gennemsnitsforbrugeren ser det som en angivelse af et værks indhold og emne. Dette spørgsmål er nu henvist af BoA til GBoA i en sag

¹⁸⁴ R 1297/2016-2, *Winnetou* præmis 64.

¹⁸⁵ 'EUTM 005150263, Peter Pan [Ordmærke]'.

¹⁸⁶ 'EUTM 005238118, Cinderella [Ordmærke]'.

¹⁸⁷ 'EUTM 000414193, The Little Mermaid [Ordmærke]'.

¹⁸⁸ 'EUTM 000983122, Winnie The Pooh [Ordmærke]'.

¹⁸⁹ Denne opfattelse deles blandt andet af medlem af BoA Cinzia Negro i Cinzia Negro, 'Webinar: Books, Movies, etc.: Can Titles and Characters Be Protected as Trade Marks?' (EUIPO, 2016) (tilgået d. 22. April 2022) LINK: <https://euipo.europa.eu/knowledge/mod/scorm/player.php?a=1334¤torg=ORG> EUIPO20161122789987459F114E25240434D&scoid=4178&sesskey=nJwc52E2GD&display=popup&mode=normal, minut 05:30.

om varemærkeret til 'Animal Farm', 'George Orwell' og '1984'.¹⁹⁰ I skrivende stund er afgørelsen endnu ikke fremkommet. Det bemærkes dog, at afvisningsgrundlagene ikke synes at udelukke hinanden, da de hver for sig synes i overensstemmelse med C-191/01 P, DOUBLEMINT og T-633/13, INFOSECURITY.

4.3 BESKYTTELSENS OBJEKT OG UDSTRÆKNING

Ovenstående analyse af særprægsbedømmelsen for titler illustrerer, at disse principielt kan beskyttes som varemærker, medmindre de kan anses som beskrivende for varernes indhold eller emne. Det kan konstateres ved en søgning varemærkeregistrene, at flere titler på værker er registreret i vareklasser, hvor værkerne kan gengives.¹⁹¹ Da titler således kan beskyttes som varemærker, findes det relevant at belyse, hvilken beskyttelse varemærkeindehaveren får.

4.3.1 Eneret til erhvervsmæssig brug som gør indgreb i varemærkets funktioner

Stiftelsen af en varemærkeret giver eneret til brug af varemærket, jf. VML § 4, stk. 1 og VMF art. 9, stk. 1. Dette indebærer, at rettighedshaveren kan forbyde tredjemand i at anvende varemærket hvis de opfylder kriterierne for krænkelse, jf. VML § 4, stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2.

Det er en betingelse, at varemærket af tredjemand anvendes erhvervsmæssigt, jf. VML § 4 stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2. Erhvervsmæssig brug skal afgrænses overfor privat brug i den forstand, at brugen er erhvervsmæssig, når økonomisk vinding bestræbes opnået.¹⁹²

Det følger af VML § 4, stk. 3, nr. 1 og VMF art. 9, stk. 3, litra a, at forbudsretten omfatter anbringelse af tegnet på varer eller disses emballage. Dette afføder spørgsmålet om hvorvidt det er omfattet af

¹⁹⁰ BoA's beslutning af 29. juni 2020 i sagen R 1719/2019-5

¹⁹¹ Se fra PVS bl.a. registreringerne: 'VR 2013 02415, Magnus Og Myggen [Ordmærke]' som er titlen på en række computerspil og bøger til børn, registreret i klasse 09 for computerspil og klasse 16 for bøger | 'VR 2014 01442, HEARTLAND [Ordmærke]' som er titlen på en tv-serie, registreret i klasse 09 for indspillede elektroniske medier med reality tv og dramafiktion | 'VR 2016 01172, ICE AGE: NO TIME FOR NUTS 4-D [Ordmærke]' som er titlen på en kortfilm, registreret i klasse 09 for film | Se fra EUIPO bl.a. registreringerne: 'EUTM 000047167, THE PUNISHER [Ordmærke]' som er titlen på en tegneserie og en række film, registreret i klasse 09 for film og 16 for tegneserier, | 'EUTM 018039261, AVENGERS: ENDGAME [Ordmærke]' som er titlen på en film, registreret i klasse 09 for film | 'EUTM 018110747, NO TIME TO DIE [Ordmærke]' Som er titlen på en film, registreret i klasse 09 for film | 'EUTM 003029378, THE LORD OF THE RINGS THE TWO TOWERS [Ordmærke]' som er titlen på en fantasyroman og en film, registreret i klasse 09 for film, og klasse 16 for fantasybøger.

¹⁹² Sag C-206/01 Arsenal præmis 40 | Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 538.

eneretten til varemærket at placere en værkstitel på et eksemplar af et værk. Overordnet følger det af VMD præambelbetragtning 18, at der kun foreligger en krænkelse af et varemærke, hvor varemærket anvendes erhvervsmæssigt med det formål at adskille varer og tjenesteydelser. Heraf følger, at der i kravet om erhvervsmæssig brug ligger et krav om, at varemærket af tredjemand skal anvendes som forretningskendetegn.¹⁹³ I C-236/08, Google/Louis Vuitton udtalte EUD, at det er en forudsætning for brug som forretningskendetegn, at der ved brug af mærket foreligger kommerciel kommunikation fra brugeren af varemærket.¹⁹⁴

Det gælder herefter, at varemærker kun er beskyttede mod indgreb i varemærkets funktioner.¹⁹⁵ I C-206/01, Arsenal udtalte EUD, at det navnlig er varemærkets oprindelsesfunktion der er beskyttet.¹⁹⁶ Med henvisning til C-206/01, Arsenal udtalte EUD i C-236/08, Google/Louis Vuitton, at der ikke foreligger brug som kan forbydes, hvis en tredjepart anvender et varemærke på en måde, som ikke kan gøre indgreb i varemærkets funktioner.¹⁹⁷ Dette gælder ikke kun den kommercielle oprindelsesfunktion, men alle varemærkets funktioner, herunder ”[...] særligt den funktion, der består i at garantere varens eller tjenesteydelsens kvalitet, eller kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner[...].”¹⁹⁸

Varemærkets beskyttelsesobjekt skal herefter forstås som varemærkets funktioner.¹⁹⁹ Der foreligger alene en krænkelse af varemærkeretten, såfremt tredjemand uberettiget anvender et identisk eller forveksleligt mærke erhvervsmæssigt, som led i sin kommercielle kommunikation på en måde som gør indgreb i en eller flere af varemærkets funktioner. Navnlig den sidste betingelse om, at tredjemands brug skal gøre indgreb i varemærkets funktioner, findes, grundet nyere praksis fra BoA og Retten, relevant at behandle i det følgende.

¹⁹³ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 541.

¹⁹⁴ *Sag C-236/08, Google/Louis Vuitton* præmis 56.

¹⁹⁵ *Sag C-206/01 Arsenal* præmis 51 | Torsten Bjørn Larsen og Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2019) s. 151.

¹⁹⁶ *Sag C-206/01 Arsenal* præmis 51.

¹⁹⁷ *Sag C-236/08, Google/Louis Vuitton* præmis 76.

¹⁹⁸ *Sag C-236/08, Google/Louis Vuitton* præmis 77.

¹⁹⁹ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 479-481.

Titler og funktionslæren

Baggrunden for de overvejelser der udvikles i nærværende afsnit, følger navnlig af, at det ikke har været muligt at identificere praksis, hvor domstolene eller administrative organer, har vurderet om en varemærkebeskyttet titel er blevet krænket ved tredjemands erhvervsmæssige brug af titlen som betegnelse for værker. Det har dog været muligt at identificere en række afgørelser, hvor Retten og BoA har vurderet, om brug af en titel som betegnelse for et værk har ført til, at den uregistrerede titel kunne beskyttes som følge af, at den var vitterligt kendt, jf. VMF art. 8, stk. 2, litra c. Der har endvidere været identificeret praksis, hvor BoA har vurderet, om varemærkeindehaver har gjort varemærkeretlig brug af en registreret titel, eller om varemærket som følge af manglende brug var fortabt, jf. VMF art. 58, stk. 1, litra a, jf. art. 18. I begge disse tilfælde tog BoA og Retten stilling til om tegnene udøvede varemærkets funktioner. Da krænkelse af en varemærkerettighed forudsætter brug af varemærket inden for dets funktioner,²⁰⁰ kan den pågældende praksis belyse om anvendelse af titler som betegnelse for værker udøver varemærkets oprindelsesfunktion, og dermed beskyttelse mod forvekselig eller identisk brug.

I T-435/05, Dr. No blev det behandlet hvorvidt tegnet 'Dr. No', som er titlen på den første James Bond-film, samt en karakter i denne film,²⁰¹ kunne opnå varemærkeretlig beskyttelse for blandt andet videokassetter og dvd-omslag, som følge af at mærket var vitterligt kendt, jf. VMF art. 8, stk. 2, litra c. Retten indledte sin vurdering med at understrege, at den omstændighed, at der var tale om en titel på et filmværk, principielt ikke var til hinder for, at titlen kunne tjene til at identificere filmens kommercielle oprindelse, og herved udøve varemærkets oprindelsesfunktion.²⁰² Retten pointerede, at det er muligt for tegn både at nyde ophavsretlig- og varemærkeretlig beskyttelse, såfremt det både er originalt og kommunikerer kommerciel oprindelse, men at "[d]er er [...] tale om forskellige enerettigheder, der er baseret på forskellige kvaliteter, nemlig på den ene side originaliteten ved en frembringelse, og på den anden side et tegns evne til at adskille varernes eller tjenesteydelseernes handelsmæssige oprindelse."²⁰³ Det er således kun mærker der opfylder varemærkets funktioner der beskyttes.²⁰⁴ Retten understregede, at ophavsret og varemærkeret skal behandles og vurderes uafhængigt af

²⁰⁰ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 541.

²⁰¹ T-435/05, Dr No præmis 24.

²⁰² T-435/05, Dr No præmis 24.

²⁰³ T-435/05, Dr No præmis 26.

²⁰⁴ T-435/05, Dr No præmis 26.

hinanden, da de forfølger forskellige formål. Retten anførte, at varemærkets vigtigste funktion er at kommunikere den handelsmæssige oprindelse så en forbruger kan gentage sit valg af køb, eller træffe et andet valg, på et senere tidspunkt ud fra sin første oplevelse med produktet eller ydelsen solgt under varemærket.²⁰⁵ Retten fandt, at titlen 'Dr. No' var anført på omslagene til videokassetter og dvd-omslag med det formål at afsondre filmen 'Dr. No' fra de øvrige film i James Bond-serien. I henhold til Rettens afgørelse kommunikerede mærkerne 'James Bond' og '007' den kommercielle oprindelse ved at henvise til produktionsselskabet bag filmene om James Bond, mens 'Dr. No' udelukkende kommunikerede filmens kunstneriske oprindelse.²⁰⁶ Da brug af titlen som betegnelse for eksemplarer af filmværket ikke varetog varemærkets oprindelsesfunktion, kunne Dr. No således ikke ved denne brug opnå varemærkeretlig beskyttelse som følge af, at det var vitterligt kendt, jf. VMF art. 8, stk. 2, litra c.²⁰⁷ I R 526/2008-4, Octopussy, som er titlen på en anden film om James Bond, kom BoA frem til et tilsvarende resultat som i T-435/05 Dr. No.²⁰⁸

Det bemærkes hertil, at 'James Bond' og '007', som Retten fandt udøvede oprindelsesfunktionen, ikke indgår i titlen på nogle af de 28 udgivne film om James Bond,²⁰⁹ hvorfor der ikke her er tale om en indirekte titelbeskyttelse på baggrund af Rettens præmisser.

I R 118/2014-1, The Jungle Book, som er behandlet ovenfor vedrørende titlers deskriptivitet, bemærkede BoA under henvisning til T-435/05, Dr. No, at brug af 'The Jungle Book' som mærke på DVD-omslag ikke udøvede kommerciel oprindelsesfunktion, men udelukkende blev brugt til at skelne mellem producentens forskellige film, eller andre ophavsmænds værker, ved at henvise til filmens kunstneriske indhold.²¹⁰

I R 218/2018-2, Sherlock Holmes, blev varemærkeretten til ordmærket 'Sherlock Holmes', ophævet i bl.a. klasse 16, da BoA ikke fandt, at varemærkeindehaveren havde anvendt varemærket på en måde, som kommunikerede varer eller tjenesteydelsers kommercielle oprindelse. I sagen udtalte BoA, at 'Sherlock Holmes' ikke angiver den kommercielle oprindelse for film eller historier om Sherlock

²⁰⁵ T-435/05, *Dr No* præmis 23.

²⁰⁶ T-435/05, *Dr No* præmis 25.

²⁰⁷ T-435/05, *Dr No* præmisserne 25 og 31.

²⁰⁸ R 526/2008-4, *Octopussy* præmis 18.

²⁰⁹ 'Fortegnelse Af James Bond-Film' (007.com), LINK: <https://www.007.com/the-films/> tilgået d. 10. Maj 2022.

²¹⁰ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 30.

Holmes, men angiver det kunstneriske indhold.²¹¹ Anvendelse af mærket på bogomslag eller som titel på film, vil således for gennemsnitsforbrugeren kun adskille værker om Sherlock Holmes fra film og bøger med andet indhold.²¹² Videre anførte BoA, at Sherlock Holmes kun anvendtes som titel for et værk og, at gennemsnitsforbrugeren ikke straks vil opfatte titlen som en angivelse af eksemplarernes kommercielle oprindelse.²¹³ Gennemsnitsforbrugeren vil således ikke drages til at købe værker om Sherlock Holmes på baggrund af, at eksemplarerne er produceret af en bestemt kommerciel entitet, men derimod ud fra en interesse i Sherlock Holmes.²¹⁴ BoA overvejede herpå, om gennemsnitsforbrugeren ville opfatte titlen som en indikation om en bestemt film eller bog er produceret af en kommerciel entitet, hvilket BoA ikke fandt var tilfældet. BoA fandt modsat, at det er usandsynligt gennemsnitsforbrugeren forbinder titler på værker med varemærker.²¹⁵

I samme retning har BoA i sag R 2252/2014-4, *Dirty Dancing* om titlen på en film udtalt: "[...] [A] *film title refers to the movie only as the creation of an artwork. It is not necessarily perceived by the public as an indication of origin and by consequence as the use of a trade mark.*"²¹⁶

Praksis på området er ikke enstemmig. Se for eksempel R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* omtalt ovenfor. I BoA's afgørelse i R 1286/2010-4, *CAPTAIN AMERICA* er det i øvrigt blevet lagt til grund, at brug af et varemærke som titlen for et litterært eller kunstnerisk værk opfylder varemærkets funktioner, se "[...] *CAPTAIN AMERICA has been used as a book title and therefore as a trade mark for comic books.*"²¹⁷

Retsstillingen for værkstitlers evne til at udøve varemærkets væsentligste funktion, som er at adskille varer eller tjenesteydelsers kommercielle oprindelse, er i henhold til ovenstående analyse uklar. Ifølge BoA, kunne en værkstitel opfylde denne funktion i R 2401/2014-4, *Le Journal d'Anne Frank* og R 1286/2010-4, *Captian America*. Brug af mærket som titel på litterære eller kunstneriske værker var imidlertid ikke en brug, som tjente til at adskille varernes kommercielle oprindelse i sagerne T-435/05, *Dr. No*, R-526/2008-4, *Octopussy*, R-118/2014-1, *The Jungle Book* og R 218/2018-2,

²¹¹ R 218/2018-2, *Sherlock Holmes* præmis 44.

²¹² R 218/2018-2, *Sherlock Holmes* præmis 44.

²¹³ R 218/2018-2, *Sherlock Holmes* præmis 44.

²¹⁴ R 218/2018-2, *Sherlock Holmes* præmis 44.

²¹⁵ R 218/2018-2, *Sherlock Holmes* præmis 41.

²¹⁶ R 2252/2014-4, *Dirty Dancing* præmis 25.

²¹⁷ R 1286/2010-4, *Captain America* præmis 21.

Sherlock Holmes. Såvel Retten som BoA synes tilbageholdende med at anse en sådan brug som opfyldende varemærkets oprindelsesfunktion. Mest taler nok for, at anvendelsen af et mærke som titlen på et værk ikke i sig selv udøver varemærkets oprindelsesfunktion, men derimod tjener til at identificere værkets kunstneriske oprindelse, og lade gennemsnitsforbrugeren adskille det pågældende værk fra andre værker. Det bør bemærkes, at begrebet 'kunstnerisk oprindelse' ikke almindeligvis anvendes i varemærkeretten. Således henviser EUD generelt til begrebet 'oprindelse', og sonderer ikke mellem forskellige typer af oprindelse.²¹⁸ Sondringens anvendelse og udstrækning er allerede af denne grund ikke klar. I T-435/05, Dr. No udtalte Retten dog, at man skal sondre mellem ophavsretlig beskyttelse og varemærkeretlig beskyttelse, da ophavsretten beskytter originaliteten ved en frembringelse, og varemærkeretten beskytter et tegns evne til at adskille varer og tjenesteydelsers kommercielle oprindelse. Et værks originalitet, og herunder kunstneriske oprindelse hos ophavsmanden, er da ej heller nødvendigvis sammenfaldende med en eventuel varemærkeindehaver. Et værks kunstneriske oprindelse er knyttet til værkets originalitet, og dermed til ophavsmanden som har frembragt værket. Eksemplarer af dette værks kommercielle oprindelse, er typisk knyttet til eksempelvis et forlag eller en filmproduktionsvirksomhed.²¹⁹ I henhold til de ovenstående afgørelser, vil gennemsnitsforbrugeren ikke som udgangspunkt betragte anvendelsen af en titel som betegnelse på et eksemplar af et værk, som en indikation for dette eksemplars kommercielle oprindelse. Anvendelsen af en titel som betegnelse for et værk, vil af gennemsnitsforbrugeren anses som en angivelse af værkets indholdsmæssige kunstneriske oprindelse. En sådan anvendelse vil således antageligvis ikke som udgangspunkt opfylde varemærkets oprindelsesfunktion.

Det var eksplicit forudsat i T-435/05 Dr. No, at en titel på et værk ikke er udelukket fra at kunne kommunikere værket eller eksemplarer af dets kommercielle oprindelse. Det er ikke muligt at konstatere, hvorledes en titel skal anvendes før den kan få en sådan karakter, at den af gennemsnitsforbrugeren bliver opfattet som en kommerciel oprindelsesbetegnelse.

Heraf kan udledes, at holdningen hos BoA og Retten er, at såfremt en værkstitel registreres som varemærke, skal den bruges som noget andet eller mere end en værkstitel før der kan konstateres

²¹⁸ Paul Reeskamp, 'Dr No in Trade Mark Country: A Dutch Point of View' (2010) Vol. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice, s. 31.

²¹⁹ se eksempelvis T-435/05, Dr No præmis 25 hvor det angives at filmens kommercielle oprindelse er produktionsvirksomheden bag.

varemærkeretlig brug. Dette kan illustreres ved sagen U.2013.1044.H hvor titlen på damebladet 'Alt for damerne' også kunne omfatte et atletikløb for kvinder, og dermed bruges til at forbyde brugen af en forvekslelig titel for et motionsløb.

Retsstillingens gyldighed i Danmark må dog behæftes med det forbehold, at hverken de danske domstole eller EUD har udtalt sig om spørgsmålet. Grundprincippet er, at fortolkningen af reglerne om EU-varemærker skal være i overensstemmelse med EU's retsinstansers fortolkning.²²⁰ Det antages dog, at afgørelser fra BoA og Retten er af begrænset betydning for de nationale domstoles afgørelser.²²¹ I dansk ankenævnsspraksis, er varemærkere registrerede titler på værker også tidligere blevet behandlet uden stillingtagen til varemærkets funktion. I AN 2012 00027, POLITIKO foretog ankenævnet en almindelig forvekslingsbedømmelse mellem det ansøgte varemærke 'POLTIKO' og indsigers varemærke 'POLITIKKEN'. Denne sag afviger dog fra de ovenstående på en række punkter. Titler på aviser må, i modsætning til titler på andre værker, herunder navnlig bøger og film, betragtes som en indikation på avisens kommercielle oprindelse. Mediets produkt er den avis mediet udgiver, og avisens titel indikerer herved at stamme fra mediet, hvilket nødvendigvis må anses som avisens kommercielle oprindelse. Det kan i øvrigt anføres, at en avis udkommer i en ny udgave dagligt, ugentligt eller månedligt, og den samme betegnelse anvendes til at identificere avisen ved hver ny udgivelse. Dette er væsensforskelligt fra de værker af underholdningskarakter, som de ovenstående afgørelser fra Retten og BoA omhandlede, hvor titlerne ikke var sammenfaldende med værkernes kommercielle ophav. At ankenævnet ikke tog stilling til avistitlernes evne til at kommunikere kommerciel oprindelse, kan derfor ikke anses for udtryk for, at Retten og BoA's praksis på emnet ikke skulle være gældende i dansk ret.

Da der ikke findes modstridende dansk praksis, må den ovenfor anførte retstilling under hensyn til formålene i VMD præambelbetragtning 3 og 5, hvori det anføres, at EU-varemærker og nationale varemærker har samme karakter og at direktivet har til formål at sikre overensstemmelse mellem VMD og VMF, anses for den mest nærliggende i dansk ret. Retstillingen kan således med forbehold beskrives på følgende måde: Det følger af praksis, at BoA og Retten er tilbageholdende med at anse anvendelsen af titler som betegnelse for eksemplarer af værker, som en brug der opfylder

²²⁰ *Sag C-37/03, BioID* præmis 47 | *Sag C-173/04, SiSi-Werke* præmis 48. Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

²²¹ Frank Bøggild og Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015) s. 28.

varemærkets oprindelsesfunktion. Det er i den analyserede praksis dog forudsat, at anvendelsen af titler som betegnelse for værker i visse tilfælde kan opfylde varemærkets oprindelsesfunktion.²²² Hvordan en titel skal anvendes, før den kommunikerer varens kommercielle oprindelse, er uklart. Dog synes AN's afgørelse i sag AN 2012 00027, POLITIKO at kunne anses som udtryk for, at titler på mediers kontinuerlige publikationer kan opfylde varemærkets oprindelsesfunktion. Retsstillingen er i øvrigt behæftet med en vis usikkerhed, da den ikke er udtrykt af danske domstole eller af EUD.

Konsekvensen af, at brug af en titel som betegnelse for et værk ikke opfylder varemærkets funktioner

Såfremt den ovenfor analyserede retstilling bekræftes i dansk ret, har dette en række implikationer.

For det første kan der opstilles begrundet tvivl om, hvorvidt en varemærkeindehaver kan forbyde andre at gøre erhvervsmæssigt brug af titlen som betegnelse for eksemplarer af værker. Retten og BoA er i henhold til ovenstående analyse tilbageholdende med at anerkende, at en sådan brug gør indgreb i varemærkets oprindelsesfunktion, hvilket er en forudsætning for, at der foreligger en krænkelse af VML § 4.²²³ Er en titel registreret som ordmærke i klasser, hvori et værk kan gengives i oprindelig eller bearbejdet form, medfører ovenstående analyse, at varemærkeindehaveren som udgangspunkt ikke opnår eneret til at forbyde andre, at anvende dette mærke som titel på et litterært eller kunstnerisk værk, eller på eksemplarer af sådanne. Det er dog muligt, at brug af en titel kan have en sådan karakter, at den vil blive opfattet som en kommerciel oprindelsesbetegnelse af gennemsnitsforbrugeren, og dermed skabe en eneret til anvendelse af titlen på værker. Det er ikke muligt at sige noget sikkert om, hvad der kan kræves, før en titel på et værk af gennemsnitsforbrugeren opfattes som en indikation af varernes eller tjenesteydelsernes kommercielle oprindelse. Dog må det under henvisning til AN 2012 00027, POLITIKO antages, at titler på publikationer kontinuerligt udgivet af medier opfylder varemærkets oprindelsesfunktion. Det bør dog understreges, at det her anførte følger af afgørelser fra Retten og BoA, som ikke forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt anvendelse af en varemærkeregistreret titel på værker udgjorde en krænkelse. Det har ikke været muligt at identificere praksis, der faktisk forholder sig til, om tredjemands brug af en varemærkebeskyttet titel som betegnelse for værker eller eksemplarer af disse, udgør en krænkelse af indehaverens varemærkerettigheder efter VML § 4, stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2. Det synes dog kontradiktorisk, såfremt tredjemands brug

²²² T-435/05, *Dr No* præmis 25.

²²³ Sag C-206/01 *Arsenal* præmis 51 | Sag C-236/08, *Google/Louis Vuitton* præmis 56.

af en titel som betegnelse for litterære og kunstneriske værker skulle udgøre et indgreb i varemærkets oprindelsesfunktion, hvis varemærkeindehaverens egen brug af samme art ikke vil udøve varemærkets oprindelsesfunktion.

For det andet vil titler uden særpræg ikke kunne opnå dette ved indarbejdelse efter VML § 13, stk. 2 og VMF art. 7, stk. 3 ved den blotte anvendelse af titlen som betegnelse for værker, da indarbejdelse forudsætter brug som opfylder varemærkets funktioner.²²⁴

For det tredje vil titler ikke være i stand til at opnå varemærkeret ved ibrugtagning ved den blotte anvendelse af titlen som betegnelse for værker, da ibrugtagning forudsætter brug af mærket som opfylder varemærkets funktioner, jf. VML § 3, stk. 1, nr. 3 sml. VML § 1 a, stk. 1, nr. 2.

For det fjerde kan titler ikke opnå beskyttelse i Danmark på baggrund af at være vitterligt kendt i en anden jurisdiktion, jf. VML § 3, stk. 2 eller udgøre en relativ registreringshindring, jf. VML § 15, stk. 2, nr. 3 og VMF art. 8, stk. 2, litra c.

For det femte risikerer indehaveren af en varemærkeregistreret titel at miste sit varemærke efter reglen om manglende brug i VML § 10 c og VMF art. 58, stk. 1, litra a, jf. art. 18, såfremt varemærkeindehaveren kun bruger varemærket som titel for værker på en måde, som ikke opfylder varemærkets oprindelsesfunktion.²²⁵ Dette var navnlig tilfældet i R 218/2018-2, *Sherlock Holmes*.

Det ovenfor anførte gør sig alene gældende for anvendelse af varemærkeretlige beskyttede titler som betegnelse for værker. Brug af varemærkeretligt beskyttede titler for andre produkter, som merchandise og produkter, der ikke er relateret til værket i øvrigt, følger således de almindelige regler om beskyttelse af varemærker.²²⁶ Dette må også omfatte krænkelsesvurderingen efter VML § 4, stk. 2, som af denne grund ikke vil blive behandlet her.

Det skal afslutningsvist bemærkes at det ovenfor anførte, ikke vil føre til, at titler på litterære og kunstneriske værker generelt vil afvises fra registrering. Varemærkemyndighederne afviser alene

²²⁴ Patent- og Varemærkestyrelsen, 'Guidelines for Varemærker' artikel: Indarbejdelse, LINK: <https://vmguide-lines.dkpto.dk/aa/aaa/ah/varemaerker-som-strider-mod-lov.aspx> tilgået d. 11. april 2022 hvor det fremgår, at tegnet skal være brugt som et varemærke.

²²⁵ *Sag C-40/01, Minimax* præmis 36.

²²⁶ Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 755.

varemærkeansøgningen ex officio, såfremt der findes absolutte registreringshindringer, jf. VML §§ 13 og 14, jf. § 16 og VMF art. 7, jf. art. 42. Er et mærke uden særpræg for de varer og tjenesteydelser det ønskes registreret for, afvises det fra registrering, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 2, jf. § 16 og VMF art. 7, stk. 1, litra b, jf. art. 42. I særprægskriteriet indeholdes et krav om distinktivitet, hvorefter et tegn skal være egnet til at kommunikere varer og tjenesteydelsers kommercielle oprindelse, jf. afsnit 4.2.2. Såfremt brug af en varemærkebeskyttet titel som betegnelse for et litterært eller kunstnerisk værk ikke opfylder varemærkets oprindelsesfunktion, synes det derfor nærliggende at antage, at varemærket ikke besidder særpræg for de varer og tjenesteydelser, hvori værket kan indeholdes, eksempelvis for romantitler klasse 16 for bøger. Det er imidlertid forudsat i såvel R 118/2014-1, *The Jungle Book* som i T-435/05, *Dr. No*, at titlen på et litterært eller kunstnerisk værk principielt godt kan indikere den kommercielle oprindelse af værket, eller medier hvori værket kan gengives, dog uden at give eksempler herpå.²²⁷ Det ligger udenfor varemærkemyndighedernes kompetence at tage stilling til hvordan ansøgeren af en varemærkerettighed faktisk vil anvende tegnet i forbindelse med de ansøgte varer og tjenesteydelser. På baggrund heraf vil varemærkemyndighederne ikke afvise en titel fra registrering som følge af, at én bestemt anvendelse af varemærket ikke vil opfylde oprindelsesfunktionen.

4.4 DELKONKLUSION

Det er som udgangspunkt muligt at opnå en varemærkerettighed til en værkstitel. Dette forudsætter, at titlen er særpræget.

Kravet om særpræg indebærer, at varemærket skal være distinktivt og således være egnet til at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andres, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 1 og 2 og VMF art. 7, stk. 1, litra a og b.

Endvidere kan et varemærke ikke registreres såfremt det udelukkende tjener til at beskrive de pågældende varer eller tjenesteydelser som udbydes, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 7, stk. 1, litra c. Der er primært tre tilfælde hvor et varemærke bestående af en titel afvises med henvisning til, at mærket er beskrivende. Det første tilfælde er hvor en titel objektivt beskriver varen eller tjenesteydelsens, eller disses indhold. Det andet tilfælde er når værket er så kendt, herunder udsat for så mange

²²⁷ R 118/2014-1, *The Jungle Book* præmis 22 | T-435/05, *Dr No* præmis 24.

adaptioner, at gennemsnitsforbrugeren vil anse mærket for blot at henvise til værkets substans, hvorved mærket vil kommunikere varens indhold eller emnefelt, hvorfor mærket vil være beskrivende varens egenskaber.²²⁸ Det tredje tilfælde er hvor titlen har indarbejdet sig i sproget og fået en sekundær betydning, som kan føre til, at gennemsnitsforbrugeren opfatter mærket som beskrivende. Det er uklart om det andet og tredje argumentationsmønster for deskriptivitetsvurderingen begge kan finde anvendelse, eller om der er tale for en henholdsvis rigtig og forkert argumentation. Spørgsmålet er henvist til GBoA i sagen R 1719/2019-5 omhandlende titlerne på værker '1984' og 'Animal Farm'.

Såfremt en titel opnår varemærkere registrering, er det imidlertid usikkert hvor bred denne beskyttelse er. Det er en betingelse for at statuere krænkelse, at tredjemand gør indgreb i varemærkets funktioner. Praksis fra Retten og BoA antyder, at disse instanser er tilbageholdende med at anse, at der foreligger brug som udøver varemærkets oprindelsesfunktion, når en varemærkeret titel anvendes som betegnelse for et værk. Det følger dog af praksis, at det principielt er muligt for en værkstitel at udgøre en kommerciel oprindelsesbetegnelse også i relation til de værker titlen anvendes som betegnelse for, men det er ikke muligt at fastlægge, hvornår dette er tilfældet. Foruden den situation hvor den varemærkebeskyttede titel anvendes for værker, vil varemærket som udgangspunkt opfylde varemærkets oprindelsesfunktion hvormed det er beskyttet efter VML § 4 og VMF art. 9.

Såfremt en værkstitel kan opnå varemærkeret og brug af denne på mærker udgør et indgreb i dennes funktioner, vil krænkelsesvurderingen skulle foretages ud fra de almindelige regler herom, hvormed der ikke gælder noget særegent herom for titler i forhold til andre ordmærker.

²²⁸ T-633/13, *INFOSECURITY* præmis 55.

5 BESKYTTELSE MOD FORVEKSLELIGE TITLER EFTER OPHAVSRETSLOVENS § 73

I kapitel 3 er det beskrevet og analyseret, hvorledes titler på litterære og kunstneriske værker kan beskyttes ophavsretligt i tilknytning til værket i henhold til OHL § 1. I kapitel 4 er det beskrevet og analyseret, hvorledes titler på litterære og kunstneriske værker kan beskyttes som varemærker. De forudgående kapitler har behandlet spørgsmålet om immaterialretlig beskyttelse af titler ud fra lex generalis om henholdsvis værks- og forretningskendetegnsbeskyttelse. Titler på litterære og kunstneriske værker er imidlertid tillige specifikt reguleret ved en særlig bestemmelse i OHL.

OHL § 73 indebærer efter sin ordlyd, at ”[e]t litterært eller kunstnerisk værk [ikke] må [...] gøres tilgængeligt for almenheden under en titel, et pseudonym eller et mærke, som er egnet til at fremkalde forveksling med et tidligere offentliggjort værk eller dets ophavsmand.” jf. stk. 1. Bestemmelsen bør anses som lex specialis, da den efter sin ordlyd indebærer et forbud mod at anvende titler på litterære eller kunstneriske værker, som kan forveksles med tidligere offentliggjorte litterære eller kunstneriske værker. Bestemmelsen har fra dens indførsel været udsat for kritik. Navnlig er der i den juridiske litteratur sået tvivl om, hvorledes bestemmelsen bør fortolkes, og i hvilken udstrækning den yder beskyttelse til titler på litterære eller kunstneriske værker.²²⁹ Fortolkningstvivilen er understøttet af, at bestemmelsen alene har været til pådømmelse ved domstolene i enkelte sager, hvilket gør en analyse af bestemmelsens præcedens vanskelig. I det følgende søges bestemmelsens beskyttelsesbetingelser samt omfanget og objektet for beskyttelsen belyst.

5.1 RETSGRUNDLAG OG RETSKILDER

Den manglende praksis på bestemmelsen medfører, at der ud over en ordlydsfortolkning bør foretages en formålsfortolkning for at afklare hvorledes bestemmelsen skal anvendes. Henset til den sparsomme praksis om bestemmelsen, samt retslitteraturens fortolkningstvivil, findes det relevant at analysere

²²⁹ Sml. Knud Wallberg, ‘Titelbeskyttelse i dansk ret’ i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 751ff. | Hardy Andreasen, ‘U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.’ [1960] *Ugeskrift for Retsvæsen* | Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965) | Torben Lund, *Ophavsret kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder* (1. udgave, G E C Gads Forlag 1961) s. 276ff. | Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 776ff.

bestemmelsen med baggrund i dens forarbejder. Med udgangspunkt i bestemmelsens forarbejder og den tilgængelige praksis, samt retslitteraturen, vil bestemmelsens betingelser, anvendelsesområde og -omfang herefter blive analyseret, for at belyse bestemmelsens retsvirkninger ved beskyttelsen af titler som betegnelse for litterære og kunstneriske værker.

Bestemmelsen blev indført i dansk ret i § 51 i ophavsretsloven af 1961.²³⁰ Forud for dette var bestemmelsen introduceret i § 46 i Københavnerudkastet, som blev fremsat i 1951. Ordlyden i udkastbestemmelsen er i det væsentligste identisk med den vedtagne.²³¹

I Københavnerudkastet bemærkede kommissionen, at der på tidspunktet for forslaget, fandtes en bestemmelse om kendetegnsbeskyttelse i den dagældende UKV²³² § 9. Det bemærkes, at denne lov ikke på nogen måde må forbindes med den nuværende konkurrencelov, som tjener et ganske anderledes formål end UKV.

I henhold til lovmotiverne og retspraksis udstrakte bestemmelsen i UKV § 9 sig til også at omfatte litterære og kunstneriske værker.²³³ Østre Landsret anerkendte i U 1948.530 Ø, at UKV § 9 også fandt anvendelse på titler på litterære og kunstneriske værker, men indikerede samtidig at beskyttelsen alene udstrakte sig til anvendelse af den ældre titel på andre værker, idet man fandt, at anvendelsen af en værkstitel som betegnelse for en radioantenne ikke medførte en risiko for forveksling.²³⁴ Kommissionen fandt, at det var rimeligt også at indføre en bestemmelse om titelbeskyttelse i ophavsretsloven for at kommunikere mere direkte, at litterære og kunstneriske værkers betegnelser skulle nyde

²³⁰ Den eneste undtagelse var, at ordet ”dæknavn” blev erstattet med ”pseudonym”: Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

²³¹ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 34.

²³² Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, jfr. lovbekendtgørelse nr. 80 af 31. marts 1937, og lov nr. 108 af 23. marts 1948 om tillæg til lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse.

²³³ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 168 | *U.1948.530/2.Ø, Barken Margrethe af Danmark*.

²³⁴ *U.1948.530/2.Ø, Barken Margrethe af Danmark* s. 531.

beskyttelse.²³⁵ I overensstemmelse hermed blev det, ved det senere lovforslags 2. behandling anført, at der forelå en vis dobbeltbeskyttelse mellem den foreslåede bestemmelse og UKV § 9.²³⁶

Ved fremsættelsen af lovforslaget til ophavsretsloven af 1961²³⁷ fremgik reglen i den daværende § 51, som er identisk den bestemmelse, der nu findes i OHL § 73. Bestemmelsen fremsattes uledsaget af specielle bemærkninger, da den tidligere havde været fremsat ved et lovforslag i folketingsåret 1959-60,²³⁸ som dog ikke blev vedtaget inden folketingsårets afslutning, og derfor måtte fremsættes igen i folketingsåret 1960-1961. I forslaget blev det bemærket, at titler ud over beskyttelsen i OHL § 73 i visse tilfælde kan opnå beskyttelse efter OHL § 1.²³⁹ En tilsvarende konklusion findes i afsnit 4.3.

Ved indførslen af den nye ophavsretslov i 1995 videreførtes bestemmelsen i § 73, uden yderligere bemærkninger.²⁴⁰

Ovenstående gennemgang af bestemmelsens tilblivelse giver anledning til at fastslå hvilke forarbejder kan anvendes i fortolkningen af bestemmelsen. For det første kan bemærkningerne til bestemmelsen i Københavnerudkastet anvendes. Da en lignende bestemmelse i svensk og norske ret er indført med baggrund i samme udkast, kan lovforarbejderne til både den svenske og norske ophavsretslov af samme periode, anvendes til at fastlægge fortolkningen af OHL § 73.²⁴¹ Heraf følger ligeledes, at svenske og norske afgørelser også kan have en vis fortolkningsværdi. Da behandlingen af den danske bestemmelse strakte sig over forskellige folketingsår, uden at blive ændret herimellem, kan begge lovforslag og tilhørende lovforarbejder anvendes.

²³⁵ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170.

²³⁶ Betænkning over I. forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og II. forslag til lov om retten til fotografiske billeder (afgivet af udvalget d. 27. april 1961) (FT 1960-61 (2. samling) Tillæg B.) sp. 625.

²³⁷ Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1960-61 (2. samling), Tillæg A, sp. 17-38).

²³⁸ Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788).

²³⁹ Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788) sp. 2773.

²⁴⁰ Forslag til Lov om ophavsret, Lovforslag nr. 119 af 18. januar 1995 (FT 1994-95, Tillæg A, sp. 1311-1460) sp. 1407.

²⁴¹ Christina Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag) s. 266.

5.2 BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE OG BESKYTTELSESSUBJEKT

Før bestemmelsen i OHL § 73 analyseres nærmere, er det relevant at klarlægge en række spørgsmål om bestemmelsens anvendelsesområde. For det første, er det relevant at klarlægge hvad anvendelsesområdet for bestemmelsen er efter OHL § 73. For det andet, er det relevant at klarlægge hvem der modtager beskyttelsen (beskyttelsessubjektet).

5.2.1 Bestemmelsens anvendelsesområde

Ophavsretslovens § 73 beskrives i litteraturen som en bestemmelse, der finder anvendelse på et værks titel. Således har Schönning anført, at ”[t]itler på litterære og kunstneriske værker [...] i § 73 [er] beskyttet imod at blive anvendt som titler på andre værker.”²⁴² Tilsvarende har Schovsbo m.fl. anført, at bestemmelsen giver en ” [...] beskyttelse mod, at nogen gør værker tilgængelige for almenheden og bruger andres værkstitler [...] på en sådan måde, at der kan ske forveksling med et tidligere offentliggjort værk eller dets ophavsmand.”²⁴³ Om beskyttelsen skrev Hardy Andreasen om lovforslaget til bestemmelsen i 1960, at ”materielretlig[t] synes [§ 73] at indefryse forfatterne og kunstnernes [...] aktuelle behov for retsbeskyttelse mod, at andre udnytter titlen erhvervsmæssigt til andre formål til skade for den titelberettigede [...].”²⁴⁴ Lund synes også i sin kommentar til ophavsretsloven af 1961 at forudsætte, at bestemmelsen medfører en beskyttelse af værkers titler.²⁴⁵

Dansk retslitteraturs konsensus har således været, at OHL § 73 er en bestemmelse som beskytter titler mod forvekslelig brug. Underlægges bestemmelsen en ordlydsfortolkning, kan opfattelsen dog udfordres. Af OHL § 73 følger det, at ”[e]t litterært eller kunstnerisk værk [ikke må] gøres tilgængeligt for almenheden under en titel, [...] som er egnet til at fremkalde forveksling med et tidligere offentliggjort værk eller dets ophavsmand.” Det fremgår, at det er det senere værks titel, som ikke må være egnet til at være forvekslelig med det tidligere værk eller dets ophavsmand. Det er således ikke nærmere afgrænset i bestemmelsen, at det kun skulle være det tidligere værks titel som bestemmelsen finder anvendelse på. Underlægges bestemmelsen videre en formålsfortolkning, synes dette da heller

²⁴² Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 777.

²⁴³ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 104.

²⁴⁴ Hardy Andreasen, ‘U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.’ [1960] *Ugeskrift for Retsvæsen* s. 181.

²⁴⁵ Torben Lund, *Ophavsret kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder* (1. udgave, G E C Gads Forlag 1961) s. 276-278.

ikke at have være hensigten med bestemmelsen, da den fremsattes i Københavnerudkastet. Her udtalte Kommissionen, at ”[k]ommissionen har fundet det rimeligt, at ophavsmændene beskyttes mod, at der af andre offentliggøres værker, der er således betegnede, at der kan opstå forvekslinger med tidligere offentliggjorte værker. [...] Det vil ses, at man i nærværende lovbestemmelse har holdt sig til anbringelse på et værk af en titel [...], der er egnet til at fremkalde forveksling med et andet værk (det behøver ikke at være med dette andet værks titel eller mærke, det kan også være med selve værket [vores fremhævnings]) [...]”.²⁴⁶ Det her anførte skaber en begrundet formodning om, at kommissionens intention ikke alene var at beskytte tidligere udgivne værker mod nyere værker, som udgives under en titel der kan forveksles med det ældre værks titel, men også under en titel, der kan forveksles med det ældre værks substans. Dette synes navnlig fremhævet ved formuleringen om, at forveksling også kan ”[...] være med selve værket [...]”.²⁴⁷

Bestemmelsens ordlyd indebærer dog implicit, at der opstår en titelbeskyttelse. Det er en forudsætning for at nedlægge et forbud, at titlen på det nyere værk kan forveksles med det tidligere værk, herunder eksempelvis dets titel.

Før OHL § 73 kan finde anvendelse forudsættes et vist særpræg, og dermed adskillelsesevne, hos det tidligere værk, se nedenfor.²⁴⁸ Et effektivt redskab til, at adskille et værk fra andre, er værkets titel, da denne blandt andet anvendes som individualiseringsmiddel for værket. Koktvedgaard anførte, at ”titlen opfattes [...] som en slags forretningskendetegn”.²⁴⁹ Til illustration kan også nævnes et citat fra den amerikanske sag *Mattel Inc. vs. MCA Records Inc.* om sangtitlen *Barbie Girl*; ”*A title is designed to catch the eye and to promote the value of the underlying work.*”²⁵⁰ Værkets titel vil altså derfor typisk udgøre en del af værkets særpræg hvilket vil medføre, at titler også er beskyttede efter OHL § 73.

²⁴⁶ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170.

²⁴⁷ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170.

²⁴⁸ Betænkning over I. forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og II. forslag til lov om retten til fotografiske billeder (afgivet af udvalget d. 27. april 1961) (FT 1960-61 (2. samling) Tillæg B.) sp. 625 sp. 645.

²⁴⁹ Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965) s. 266.

²⁵⁰ *Mattel, Inc v MCA Records - 296 F3d 894 (9th Cir 2002).*

Bestemmelsen medfører også et forbud mod at anvende titler på nyere værker, som på ingen måde er forvekslingsbare med det tidligere værks titel, men derimod er forvekslingsbart i forhold til det tidligere værks substans eller værkets ophavsmand. I norsk retslitteratur er det fremført, ”[...] *at det er misvisende når § 46 [OHL § 73] karakteriseres som en bestemmelse om tittelvern. [...] Åndsverkene vernes mot forveksling.*”²⁵¹ Fortolkningen er en konsekvens af det ovenstående, der illustrerer, at bestemmelsen indeholder et forbud mod tilgængeliggørelse af værker, som kan forveksles med et tidligere værk eller dets ophavsmand, forudsat at det, der anvendes i titlen på det nyere værk, besidder elementer der er forvekslelige med det ældre værks særpræg. Dette er også understøttet i Københavnerudkastet, hvori det anføres, at bestemmelsen i § 73 også skulle medføre beskyttelse mod forveksling ”[...] *med selve værket [...]*.”²⁵² Dette blev ikke gentaget i de specielle bemærkninger til bestemmelsen ved fremsættelsen i 1959-60 og 60-61. Omvendt blev bemærkningen ikke fraveget, ligesom bestemmelsens ordlyd ikke blev indsnævret, hvorfor bemærkningen fortsat må have fortolkningsværdi. Stray eksemplificerede det her anførte tilfælde ved følgende: ”*Området for § 46 [OHL § 73] er ikke begrenset til tilfeller hvor tittel [...] kan forveksles med annen tittel [...]. Utgiveren av en serie bøker om svindleren Martens har vern mot at en annen bringer på markedet en bok kalt «Martens siste svindel» selv om Martens ikke har figurert i seriebøkernes titler. Tittelen kan likevel føre til at boken oppfattes som en del av serien og altså som et verk av dens forfatter.*”²⁵³ Omvendt anførte Stray om grænserne for bestemmelsens anvendelsesområde, at OHL § 73 ikke finder anvendelse, hvis det senere værk i sin substans overtager hovedfiguren, uden det indgår i titlen.²⁵⁴ Det sidstnævnte tilfælde ville ophavsretligt skulle vurderes efter OHL §§ 1 og 2.

Bestemmelsens anvendelsesområde udmunder således ikke i en eneret til anvendelsen af en bestemt titel for værker, men supplerer eneretsbeskyttelsen i OHL § 2, ved at tildele værker omfattet af OHL § 1 en beskyttelse mod senere tilgængeliggjorte værkers forvekslingsbare titler.

²⁵¹ Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavsretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk mv. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989) s. 276.

²⁵² Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170.

²⁵³ Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavsretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk mv. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989) s. 277.

²⁵⁴ Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavsretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk mv. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989) s. 277.

5.2.2 Beskyttelsessubjekt

Overtrædelser af OHL § 73 kan påtales af den forurettede, jf. OHL § 81, stk. 1, jf. § 76, stk. 1, nr. 3. I relation til overtrædelser af OHL § 73 bør den forurettede være indehaveren af ophavsretten til det værk, som er udsat for forvekslingsrisiko af det nyere værks titel. Dette understøttes af, at OHL § 81, stk. 3 forudsætter, at overtrædelser af OHL § 73 efter ophavsmandens død 'endvidere' kan påtales af det offentlige. At påtaleretten påhviler indehaveren af ophavsretten til værker, følger endvidere af en norsk Højesteretsdom om titlen på værket 'Il Tempo Gigante'.²⁵⁵ Ophavsretten til værket var efter ophavsmandens død overdraget til A. Il Tempo Gigante indgår også, i bearbejdet form, i filmen Flåklypa Grand Prix (Bjergköping Grand Prix) af en anden ophavsmand hvortil rettighederne var overdraget til B. Højesteret fandt, at bestemmelsen er af stor betydning for ophavsmændene, da bestemmelsen har til formål, at ophavsmænd beskyttes mod andres brug af ophavsmændenes titler for at drage fordel af det ry ophavsmanden eller dennes værk har opnået.²⁵⁶ Højesteret udtalte, at den norske ophavsretslovs pendant til OHL § 73 ordlyd og formål ikke kan føre til, at den som bearbejder et værk kan nyde beskyttelse af titlen hertil på bekostning af den oprindelige ophavsmand.²⁵⁷ På den baggrund kunne B ikke forhindre en tredjemand i at gøre brug af titlen 'Il Tempo Extra Gigante' da tredjemand havde indhentet licens hertil fra indehaveren af ophavsrettigheden til værket, A. Den norske højesterets dom kan således tages til udtryk for, at beskyttelsessubjektet i henhold til bestemmelsen, er indehaveren af ophavsretten til det oprindelige værk, på trods af eventuelle senere bearbejdelser af værket.

Da påtaleretten i henhold til det ovenstående følger ophavsretten til det værk der er underlagt en forvekslingsrisiko ved det nyere værks titel, må denne også forgå samtidig med ophavsrettens udløb 70 år efter ophavsmandens død, jf. OHL § 63, stk. 1.

Efter ophavsmandens død opnår det offentlige endvidere påtaleret til overtrædelser af OHL § 73, jf. OHL § 81, stk. 3. Denne påtaleret er tidsbegrænset.²⁵⁸ I modsætning til krænkelse af droit moral rettigheder efter OHL § 3, forudsætter det offentliges påtale af overtrædelser af OHL § 73 ikke, at kulturelle interesser skal være krænket ved overtrædelserne, jf. OHL § 81, stk. 3, 2. pkt.

²⁵⁵ HR-2017-2165-A, *Il Tempo Gigante*.

²⁵⁶ HR-2017-2165-A, *Il Tempo Gigante* præmis 137.

²⁵⁷ HR-2017-2165-A, *Il Tempo Gigante* præmis 140.

²⁵⁸ Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788) sp. 2774.

modsætningsvist. Bestemmelsen i OHL § 73 har således ikke alene til formål at værne om ophavsmandens interesser, men tillige at der ikke udgives værker, som kan forveksles med hinanden i modstrid med offentlighedens interesse. Dette synes da også at være forudsat i både Københavnerudkastet og de specielle bemærkninger til bestemmelsen, hvor det blev anført, at bestemmelsen er ”[...] *af stor betydning ikke blot for ophavsmændene, men også for almenheden.*”²⁵⁹

5.3 BETINGELSER

Det er i det ovenstående fastlagt hvad objektet for beskyttelse efter OHL § 73 er, og hvem der er subjekt for denne ret. Det er herefter relevant at undersøge betingelserne for at opnå beskyttelsen efter OHL § 73. Ud fra bestemmelsens ordlyd og forarbejder kan tre betingelser udledes. Det følger for det første af ordlyden, at det der underlægges beskyttelse mod et senere værks forvekslelige titel, skal være en frembringelse der opfylder originalitetskravet, og derved kan anses som et værk, jf. OHL § 1, jf. OHL § 85, stk. 5.²⁶⁰ Betingelsen omtales kort i afsnit 5.3.1. For det andet, skal værket være offentliggjort for at nyde beskyttelse, hvilket belyses i afsnit 5.3.2. For det tredje, blev det i forarbejderne udtalt, at der skal foreligge et vist særpræg.²⁶¹ Denne betingelse er også gentaget i de svenske lovforarbejder og den norske litteratur. Denne betingelse belyses i det følgende afsnit 5.3.3.

5.3.1 Der skal være tale om værker

Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at beskyttelsen mod forvekslingsrisiko knytter sig til et tidligere offentliggjort ’værk’ eller dettes ophavsmand. Det er således en betingelse for, at en frembringelse kan beskyttes mod forvekslelig titel på et senere værk, at frembringelsen i sig selv opfylder beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1, jf. OHL § 85, stk. 5.

På samme vis forudsætter forbud efter bestemmelsen, at den frembringelse som den forvekslingsbare titel er anvendt for, også opfylder beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1.

²⁵⁹ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170 | Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788) sp. 2773-2774.

²⁶⁰ Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021) s. 777.

²⁶¹ Betænkning over I. forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og II. forslag til lov om retten til fotografiske billeder (afgivet af udvalget d. 27. april 1961) (FT 1960-61 (2. samling) Tillæg B.) sp. 625 sp. 645.

Det skal understreges, at det ovenfor anførte betyder, at det er de underliggende værker, der skal opfylde betingelserne i OHL § 1. Det er ikke det senere værks titel, som skal opfylde betingelserne i OHL § 1. OHL § 73 yder ikke titler beskyttelse som værker.

5.3.2 Værket skal være offentliggjort

Det følger af ordlyden til OHL § 73, at det senere værks titel ikke må være forskelligt med et "[...] *tidligere offentliggjort værk* [...]." Der ligger heri et krav om, at det tidligere værk skal være offentliggjort, før det kan nyde beskyttelse mod forveksling. I de svenske forarbejder fremgår om offentliggørelse, at denne betingelse skal fortolkes efter den almindelige bestemmelse om offentliggørelse, og at der ikke er et krav om kendskab til værket.²⁶² I dansk ret findes denne bestemmelse i OHL § 8. Efter OHL § 8 er et værk offentliggjort "[...] *når det lovligt er gjort tilgængeligt for almenheden*." Dette fortolkes som, at det er ophavsmanden der skal have gjort værket tilgængeligt for almenheden eller, at det er sket med tilladelse fra ophavsmanden.²⁶³ Et værk er gjort tilgængeligt for almenheden, når tilgængeliggørelsen opfylder betingelserne i OHL § 2, stk. 3 og 4. Offentliggørelseskravet kan illustreres af sagen VLT 1939.109, hvor sagsøger ikke fandtes at have opnået beskyttelse for betegnelsen 'Hvad byder Nordjylland i dag?' som titel på en turistbrochure, da sagsøger ikke endnu havde udgivet brochuren og det i øvrigt var rimeligt at antage, at udgivelsen var opgivet.²⁶⁴ Det bemærkes, at afgørelsen er truffet efter til UKV § 9, som OHL § 73 udspringer af.

5.3.3 Der skal være et vist særpræg

Ved 2. behandling af lovforslaget til ophavsretsloven af 1961, blev et særprægskriterium for anvendelsen af OHL § 73 introduceret i en udvalgsbetænkning. Udvalget mente, at det måtte være en forudsætning for, at der kan opstå forveksling med et tidligere værk, at den anvendte titel besidder et vist særpræg.²⁶⁵ I forarbejderne til den svenske ophavsretslov tilkendegav lovgiver, at der ikke fremgik et eksplicit særprægskrav af bestemmelsen, da særpræg var en forudsætning for, at det senere værk kunne være egnet til forveksling.²⁶⁶

²⁶² Auktorrättskommittén, Lagförslag till Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 402.

²⁶³ Mette Lindskouv, 'Kommentar Til Ophavsretsloven', *Karnovs lovsamling* (Karnov Group Denmark A/S) note 50.

²⁶⁴ *VLT 1939/109* s. 111-112.

²⁶⁵ Betænkning over I. forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og II. forslag til lov om retten til fotografiske billeder (afgivet af udvalget d. 27. april 1961) (FT 1960-61 (2. samling) Tillæg B.) sp. 625 sp. 645.

²⁶⁶ Kungl. Maj'ts proposition nr .17 år 1960 [17] s. 273.

Begreberne særpræg og forveksling er fremmede for ophavsretten.²⁶⁷ Det er derimod begreber kendt inden for handelsførings- og varemærkeretten.²⁶⁸ Det er derfor centralt, at undersøge spørgsmålet om særprægsbegrebet indeholdt i OHL § 73, er samstemmende med særprægsbegreberne i handelsførings- og varemærkeretten, og i det tilfælde, hvilket særprægsbegreb der skal anvendes, ved fortolkningen af OHL § 73.

Formålsfortolkning af særprægsbegrebet i OHL § 73

I Københavnerudkastet blev det tilkendegivet, at betegnelser på værker allerede var beskyttet efter UKV § 9, men at det fandtes rimeligt at optage en lignende bestemmelse i ophavsretsloven, således at det fremgår direkte, at denne kendetegnsbeskyttelse også gælder for værkers betegnelser.²⁶⁹ Disse tilkendegivelser giver anledning til at stille spørgsmålet, om særprægsbegrebet i OHL § 73 er af sin egen art, eller om det bør fortolkes i overensstemmelse med de øvrige særprægsbegreber.

Det anførtes i de svenske forarbejder til den tilsvarende bestemmelse, at bestemmelsen indholdsmæssigt svarer til UKV § 9, dog terminologisk tilpasset ophavsretsloven.²⁷⁰ Det anførtes i øvrigt i de norske forarbejder til den tilsvarende bestemmelse, at bestemmelsen er 'konkurrenceretlig'.²⁷¹ Koktvedgaard anførte imidlertid, at bestemmelsen er særegen og ikke er hverken ophavsretlig eller konkurrenceretlig, mens han dog også fremhævede, at titelbeskyttelsen skal ansues ud fra både ophavsretlige- og konkurrencemæssige principper med særligt fokus på konkurrencemomentet.²⁷² Koktvedgaard har senere skrevet, at "[b]eskyttelsen [...] på nogle punkter [er] af konkurrenceretlig beskaffenhed og bør fortolkes i samklang med vanlige konkurrenceretlige principper."²⁷³ Westerlind anførte endvidere, at det ikke i svensk ret ikke ville indebære nogen retlig ændring at flytte reglen fra UKV

²⁶⁷ Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965) s. 267.

²⁶⁸ Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 753.

²⁶⁹ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170 | Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788) sp. 2773.

²⁷⁰ Auktorrättskommittén, Lagförslag till Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 401.

²⁷¹ Innst.O.nr.XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk s. 30.

Innst.O.nr.XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk s. 30.

Innst.O.nr.XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk s. 30.

²⁷² Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965) s. 267f.

²⁷³ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002) s. 53.

§ 9 til ophavsretsloven.²⁷⁴ Med henvisning til forarbejder og litteratur bør reglen i OHL § 73 som udgangspunkt fortolkes med baggrund i den dagældende UKV § 9.

UKV blev ophævet i 1975,²⁷⁵ men lovens § 9 blev i 1974 videreført i markedsføringslovens § 5.²⁷⁶ Bestemmelsen findes i dag i markedsføringslovens²⁷⁷ § 22. Der er derfor mest nærliggende at vurdere særpræg i henhold til OHL § 73 med baggrund i markedsføringsrettens særprægsbegreb. Det bemærkes, at Wallberg har anført, at særprægskriteriet bør anskues i overensstemmelse med markedsføringsretten, samt varemærkeretten.²⁷⁸ Under henvisning til det ovenfor anførte, findes der dog ikke støtte i forarbejderne til at forstå særprægskriteriet ud fra en varemærkeretlig synsvinkel. Forskellene mellem særprægsbegrebet efter OHL § 73 og VML behandles nærmere i afsnit 6.2.

Efter markedsføringslovens regler forudsætter betingelsen om særpræg, at et kendetegn har adskillelsesevne, således at kendetegnet er egnet til i omsætningskredsen at adskille rettighedshavers varer/tjenesteydelser fra tredjemands.²⁷⁹ I kravet om særpræg ligger også, at det ikke må være deskriptivt.²⁸⁰ Det markedsføringsretlige særprægs-kriterium knytter sig til, at tegnet skal kunne opfattes som et forretningskendetegn, jf. ordlyden af MFL § 22. Før et tegn kan betragtes som forretningskendetegn, skal det med rimelighed kunne opfattes som kendetegn for en bestemt virksomhed.²⁸¹ I dette krav må ligge, at tegnet skal være i stand til at adskille hvilken kommerciel entitet, produkterne påført tegnet stammer fra. Kravet til forretningskendetegn ligner således kravet om kommerciel oprindelsesfunktion for varemærker. Spørgsmålet er, om disse principper også er normerende for særprægs-kriteriet efter OHL § 73.

²⁷⁴ Mikael Person Westerlind, 'NIR 3/1972 s. 261, Titelskydd' [1972] Nordiskt Immateriellt Rättsskydd s. 264.

²⁷⁵ Jf. Lov nr. 297 af 14. juni 1974 om markedsføring § 21.

²⁷⁶ Forslag til Lov om markedsføring (FT 1973-74 (2. samling) Tillæg A sp. 2241-2270) sp. 2242 | 'Betænkning Nr. 416/1966' s. 28.

²⁷⁷ Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring, som senest ændret ved Lov nr. 2192 af 30. november 2021 om ændring af lov om markedsføring.

²⁷⁸ Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 753.

²⁷⁹ Erling Borch og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 487.

²⁸⁰ Erling Borch og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 487.

²⁸¹ Eva Nødskov Aaen, 'Kommentar Til Markedsføringsloven', *Karnovs Lovsamling* (2022) note 239, LINK: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000888421?tab=karnov#L2017426> tilgået d. 11. Maj 2022.

Det nævnes i de svenske forarbejder, at tilegnelse af en ophavsmands titel kan påvirke vedkommandes litterære eller kunstneriske omdømme.²⁸² De svenske lovgivere lagde endvidere vægt på, at der i de daværende regler i den svenske UKV fandtes en beskyttelse af titler, men at denne forudsatte erhvervsmæssig brug, hvorfor det var ideelt at indføre reglen i ophavsretsloven.²⁸³ Bestemmelsen er nævnt som en vigtig bestemmelse for ophavsmanden og offentligheden.²⁸⁴ Hardy Andreasen anførte, at bestemmelsens forlængede beskyttelse tilgodeser kulturelle interesser i modsætning til konkurrenceretten, nu markedsføringsretten, der tilgodeser kommerciel goodwill.²⁸⁵ Formålet med bestemmelsen synes at være, at der skal kunne skelnes mellem værker af forskellige ophavsmænd og ikke som i varemærke- og markedsføringsretten, at skelne mellem varer og tjenesteydelsen fra forskellige kommercielle entiteter. Det er på baggrund af disse overvejelser mest nærliggende, at kravet om adskillelsesevne i særprægsvurderingen efter OHL § 73 knytter sig til det ældre værks kunstneriske oprindelse. Der bør således ikke stilles krav til titlens egnethed til at adskille varer og tjenesteydelser fra forskellige kommercielle enheder ved de særprægede elementer af værker, før de kan beskyttes efter OHL § 73, men at det derimod er tilstrækkeligt, at de særprægede elementer kan kommunikere værkets kunstneriske oprindelse.

Sammenholdt med varemærkerettens beskyttelsesobjekt der navnlig angår det særprægede varemærkes kommercielle oprindelsesfunktion, må beskyttelsesobjektet efter OHL § 73 antages at være de særprægede elementers egnethed til at kommunikere værkets kunstneriske oprindelse.

Grænsen for særpræg efter markedsføringsloven antages at være lempelig dog således, at lidet særprægede kendetegn, har en snævrere beskyttelse.²⁸⁶ Den nederste grænse for særpræg i titler, vil antageligvis skulle anlægges ved helt banale titler, som alene beskriver værkets indhold eller emne objektivt. Hertil hører eksempelvis bogtitlen 'Immaterialret' af Jens Schovsbo m.fl. Dette er også blevet forudsat ved de svenske domstole, der i sagen om titlen 'Svarte Rudolf' tiltrådte de svenske

²⁸² Kungl. Maj'ts proposition nr .17 år 1960 [17] s. 272.

²⁸³ Auktorrättskommittén, Lagförslag till Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 403. Auktorrättskommittén, Lagförslag till Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 403.

²⁸⁴ Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951 s. 170.

²⁸⁵ Hardy Andreasen, 'U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.' [1960] Ugeskrift for Retsvæsen s. 194.

²⁸⁶ Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 488.

varemærkemyndighedens udtalelse om, at ”[e]n titel som blott anger ett visst ämne såsom försmål för framställningen i verket är därför i allmänhet icke skyddad. Till oskyddade titlar hal' hänförts sådana namn som »Karl XII« och »Svensk Civilrätt».”²⁸⁷

I henhold til de norske forarbejder kan titler enten besidde iboende og indarbejdet særpræg.²⁸⁸ I de norske forarbejder eksemplificeres behovet for beskyttelse af værker med indarbejdet særpræg, ved det tilfælde at en ophavsmand, filmproducent eller forelægger ønsker at udgive et værk under titlen på et tidligere værk, som har ” [...] gjort suksess hos publikum.”²⁸⁹ Efter markedsføringsloven kan kendetegn uden iboende særpræg kan få særpræg ved indarbejdelse ved tidsmæssigt brug af et vist omfang.²⁹⁰ Dette må antages også at være tilfældet for OHL § 73.

5.4 FORVEKSLING

I nærværende afsnit behandles et emne, som er ubehandlet i de øvrige kapitler om ophavsretten og varemærkeretten. Dette er dog velbegrundet, og der henvises herom til afgrænsningen i afsnit 2.3. OHL § 73 er lex specialis-bestemmelse om beskyttelse af titler. Det er derfor fundet relevant at undersøge hvad denne beskyttelse medfører, da der i modsætning til rettighederne beskrevet i kapitel 3 og 4 ikke er nogle bredt accepterede udgangspunkter for beskyttelsen efter OHL § 73. Efter OHL § 73 følger det blot, at værker er beskyttet mod forvekslelige titler. Det er således relevant for beskyttelsesomfanget efter OHL § 73 at fastslå hvornår der er tale om forvekslelig titel. En række fortolkningsbidrag om bestemmelsen følger af bestemmelsens analogi til MFL § 22 og retspraksis. Dette vil i det følgende blive underlagt en nærmere analyse.

5.4.1 Udgangspunktet for forvekslingsbedømmelsen

Har titlen på et nyere værk overtaget særprægede elementer fra et tidligere offentliggjort værk, herunder dets titel, kan der i henhold til OHL § 73, stk. 1 nedlægges forbud mod anvendelsen af titlen som betegnelse for det nyere værk, såfremt en sådan brug vil medføre en risiko for forveksling med det tidligere værk eller dets ophavsmand. Bedømmelsen er objektiv, og der stilles således ikke som i ophavsretten et subjektivt nyhedskrav. Dette er imidlertid ikke tilfældet hvis det senere værk

²⁸⁷ Regeringsrätten (utslag 15 juni 1965) refereret i NIR 1965, bind 4 s 358, Svarte Rudolf s. 359.

²⁸⁸ Innst.O.nr.XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om ophavsrett til åndsverk s. 30.

²⁸⁹ Ot.prp.nr.26 (1959–1960) Om lov om ophavsrett til åndsverk. 1960 s. 104.

²⁹⁰ Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 491f.

tilgængeliggøres inden for tre måneder efter offentliggørelsen af det tidligere værk, jf. OHL § 73, stk. 2. I dette tilfælde er der et krav om, at forveksling er tilsigtet, jf. OHL § 73, stk. 2. Forvekslingsbedømmelsen bør i henhold til bestemmelsens ordlyd tage udgangspunkt i tidspunktet for det nyere værks tilgængeliggørelse for almenheden i overensstemmelse med OHL § 2, stk. 3 og 4.

Som nævnt i afsnit 5.3.3. er OHL § 73 en regel der udspringer af principper som i dag findes i markedsføringsretten. Litteratur om forveksling fra markedsføringsretten antages herefter at kunne inddrages i fortolkningen af anvendelsen af OHL § 73. Efter kendetegnsbeskyttelsen i MFL § 22 skal forveksling vurderes ud fra ”[...] *en samlet realbedømmelse af hovedkomponenterne, kendetegnsammenfald/sammenfald i varer eller tjenesteydelser og branche samt relevant kundekreds, kendetegnenes særpræg og indarbejdelse/geografiske udstrækning.*”²⁹¹ For forretningskendetegn gælder det videre om forveksling, at det navnlig foreligger i situationer, hvor der skabes en antagelse om, at der er en forbindelse mellem de to kendetegn, for eksempel hvor der etableres en forestilling om, at der er fælles oprindelse, eller i hvert fald en forbindelse mellem udbyderne.²⁹² Som nævnt i 5.3.3. beskytter OHL § 73 ikke de særprægede elementer ved et værk som indikator på værkets kommercielle oprindelse. I de svenske forarbejder nævnes det, at beskyttelsen retter sig mod, at offentligheden ikke skal risikere at forveksle værker af forskellige ophavsmænd.²⁹³ Forvekslingsbedømmelsen skal derfor antageligvis vurderes efter, om det nyere værks titel, skaber en risiko for forveksling med det tidligere værks kunstneriske oprindelse. Det forekommer under hensyn til de ovenfor nævnte principper om forveksling fra markedsføringsretten velbegrundet, at forveksling efter OHL § 73 navnlig vil foreligge situationer hvor der skabes en antagelse om, at der er en forbindelse mellem den senere titel og det tidligere værk. Dette kan være hvor der skabes en forestilling om, at der er fælles kunstnerisk oprindelse eller en forbindelse mellem ophavsmændene.

5.4.2 Værkslighed og emnelighed

For forretningskendetegn indgår det i forvekslingsbedømmelsen, om kendetegnene anvendes for lignende varer eller tjenesteydelser, branche og kundekreds.²⁹⁴ Denne omstændighed gør det nærliggende at overveje om der i forvekslingsbedømmelsen efter OHL § 73, skal tages stilling til ligheden

²⁹¹ Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 501.

²⁹² Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 501.

²⁹³ Kungl. Maj:ts proposition nr .17 år 1960 [17] s. 272ff.

²⁹⁴ Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013) s. 501.

mellem værkstyper og emneindhold. Hardy Andreasen fremførte, at bestemmelsen nødvendigvis måtte fortolkes således, at der alene kunne forelægge forveksling, såfremt det nyere værk er af samme art som det tidligere værk.²⁹⁵ Dette må forstås således, at alene titlen på eksempelvis et litterært værk kan skabe risiko for forveksling med et tidligere offentliggjort litterært værk. Denne tese er dog bestridt af Koktvedgaard, som har fremført, at anvendelsen af en romantitel på et filmværk vil kunne skabe risiko for forveksling.²⁹⁶ En sådan tolkning er i overensstemmelse med de svenske og norske forarbejder til de tilsvarende bestemmelser, hvori et lignende eksempel anføres.²⁹⁷ Sammenfattende kan der med støtte i de nordiske forarbejder ikke stilles krav om identiske værkstyper som betingelse for beskyttelse. Dog kan værkstypernes lighed have betydning for forvekslingsbedømmelsen, da det tidligere værks substans skal kunne afspejles i det senere værk.

Wallberg har i nyere retslitteratur anført at i de tilfælde, hvor værkerne er af forskellig art, må indfortolkes en betingelse om, at værkerne omhandler samme emne eller tema, således, at eksempelvis en film kan anses som en filmatisering af en roman, og et computerspil som baseret på en film, da et modsat resultat vil være urimeligt og ikke kan antages at være formålet med OHL § 73.²⁹⁸ En tolkning hvor værkerne skal have samme emne, er dog vanskelig at forene med ordlyden i OHL § 73. Bestemmelsen indebærer et forbud mod at anvende en titel, der er forvekslelig med et tidligere værk eller dens ophavsmand. Bestemmelsens ordlyd retter sig således mod titlen som identifikationsmiddel for det nyere værk, og ikke mod værkernes substantielle ligheder. Reglen varetager offentlighedens interesse i, ikke at forveksle værker fra forskellige ophavsmænd. Det kan ikke ud fra et nyere værks titel nødvendigvis identificeres, om dette værk besidder emnelighed med det tidligere offentliggjorte værk. Offentligheden kan derfor fortsat forveksle det nyere værk med det tidligere ud fra dets titel, da titlen anvendes som værkets identifikationsmiddel. Offentligheden der identificerer et nyere værk ved dets titel, vil da også først bringes ud af forvekslingssituationen, når denne bliver bekendt med, at det nyere værk ikke har forbindelse til det tidligere værk eller dets ophavsmand. Dette vil antageligvis ske, når det nyere værk opleves. Som illustration kan man noget banalt antage, at offentligheden

²⁹⁵ Hardy Andreasen, 'U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.' [1960] Ugeskrift for Retsvæsen s. 193.

²⁹⁶ Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965) s. 267 f.

²⁹⁷ Ot.prp.nr.26 (1959–1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. 1960 s. 104 | Auktoritetskommittén, Lagförslag till Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 399.

²⁹⁸ Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl. (red), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021) s. 754.

fortsat vil forveksle en film med titlen 'Hobitten' med J.R.R. Tolkiens roman af samme navn, selvom filmen måtte omhandle et væsentligt andet emne. Herefter må det dog også antages, at en titel på et nyere værk, som indikerer et helt andet emne end det tidligere værks substans, ikke vil skabe risiko for forveksling, selvom særprægede elementer fra det tidligere værk, anvendes i det senere værks titel. Eksempelvis må det antages, at der ikke foreligger risiko for forveksling i bestemmelsens forstand, hvor titlen på en juridisk artikel 'Dr. No in Trade mark Country' tydeligvis anvender titlen på James Bond-filmen 'Dr. No' som led i egen titel.

Sammenfattende kan antageligvis ikke stilles krav om, at det tidligere og det senere værk er af identisk værkstype, men der kan dog nok stilles krav til en vis værkslighed. Udstrækningen af denne lighed er ikke klar, men det må være en betingelse, at det tidligere værk kan tænkes bearbejdet til den værkstype, den senere titel anvendes for, eksempelvis ved en filmatisering af en roman. Der kan næppe opstilles et krav om emnelighed mellem det tidligere værk og det senere værk, da forvekslingsbedømmelsen ikke træffes med udgangspunkt i det senere værks substans, men blot dets titel. Det kan dog tale imod forvekslingsrisiko, såfremt titlen indikerer et helt andet emne end det tidligere værks emne.

5.4.3 Identiske værker

OHL § 73 omtaler et tidligere værk og titlen på et senere værk. Det er herefter et spørgsmål om dette indebærer et krav om, at der skal være tale om to forskellige værker førend der kan foreligge risiko for forveksling efter OHL § 73. I U.1963.49/2.H, Dansk Bogfortegnelse tog Højesteret stilling til om lovlig genudgivelse af et værk, efter ophavsrettens udløb, under samme titel som det originale værk kunne omfattes af OHL § 73. Højesteret udtalte, at en lovlig genudgivelse som angiver dets ophavsmand, ikke er forvekslelig med det tidligere værk., hvortil bemærkedes at disse var identiske.²⁹⁹ Af dommen følger, at OHL § 73 ikke finder anvendelse på lovlige genudgivelser af samme værk. Dette er også klart efter en ordlydsfortolkning af OHL § 73 hvorefter et værk ikke må være forveksleligt med et tidligere værk, hvilket indikerer, at værkerne skal være forskellige, og ikke have samme kunstneriske oprindelse. Hvis der derimod er tale om en uretmæssig genudgivelse af et værk vil dette udgøre et indgreb i enerettighederne til værket efter OHL § 2 og ikke angå OHL § 73.

²⁹⁹ U.1963.49/2.H, Dansk Bogfortegnelse s. 53.

5.4.4 Reel forvekslingsrisiko

To sager i svensk ret har taget stilling til om der reelt forelå en forvekslingsrisiko mellem det tidligere værk og titlen. Begge sager angik hvorvidt det tidligere værks titel var forveksleligt med det senere værk. Det skal indledningsvist bemærkes, at svensk retspraksis, på trods af, at der er tale om enhedsret, ikke er normerende for danske domstole. Det er således ikke klart om danske domstole vil nå til samme resultat som i de nedenstående domme. Henset til, at der ikke er meget praksis på området, antages det dog, at svensk praksis kan udgøre et fortolkningsbidrag.

I NJA 1974, s. 405, Skotten i Dallas havde Sveriges Radio i 1966 udsendt et Tv-program om drabet på John F. Kennedy, som kun blev sendt en gang. Et forlag udgav herefter en bog med samme emne og titel i 1970. Året efter udgav Sveriges Radio herefter en bog med titlen 'Skotten i Dallas' baseret på deres Tv-program af 1966. I sagen hævdede Sveriges Radio, at forlaget krænkede deres titel efter den svenske ophavsretslovs pendant til OHL § 73, mens forlaget hævdede det samme om Sveriges Radio.

I spørgsmålet om hvorvidt Forlagets brug af titlen for deres bog udgjorde en krænkelse af Tv-programmet fandt retten, at der ikke var forvekslingsrisiko, da 1) tv-programmet kun var sendt en gang, 2) den ene udsendelse var fire år tidligere end bogens udgivelse og 3) de to værker var af forskellig art eftersom der var tale om et Tv-program og en bog. Den svenske højesteret udtalte vedr. pkt. 1 og 2, at man ved forvekslingsbedømmelsen måtte tage i betragtning, i hvilket omfang den første titel faktisk er blevet og fortsat er kendt blandt almenheden.³⁰⁰ Retten gjorde det hermed klart, at selvom beskyttelsen principielt er evigtvarende, opstår der ikke risiko for forveksling, hvis offentligheden ikke har noget kendskab til det tidligere værk.

For så vidt angår spørgsmålet om hvorvidt Sveriges Radio krænkede forlagets rettigheder ved senere at udgive en bearbejdelse af Tv-programmet i bogform under titlen, bemærkede retten, at den omstændighed, at man besidder eneret til et værk, ikke medfører en ret til at tilgængeliggøre værket i en bearbejdet form under titlen på det oprindelige værk såfremt det er forveksleligt med titlen på et andet værk, da beskyttelse mod forveksling af titler alene reguleres af § 73.³⁰¹

³⁰⁰ NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas s. 410f. NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas s. 410f. NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas s. 410f.

³⁰¹ NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas s. 411.

Den svenske højesteret udtalte sig derimod ikke om selve forvekslingsbedømmelsen, men påpegede, at Sveriges Radio ved udgivelsen af deres bog havde været forpligtet til at hindre, at forvekslingsrisiko kunne foreligge. Retten fandt, at dette kunne have været opfyldt ved at tilføje noget til titlen, eller at informere om, at titlerne ikke måtte forveksles på bogens omslag, i reklame eller på anden måde. Da Sveriges Radio ikke havde opfyldt denne forpligtelse, havde de overtrådt den svenske pendant til OHL § 73.³⁰²

I et obiter dictum bemærkede den svenske højesteret, at Sveriges Radio ikke nødvendigvis var forhindret i at genudsende programmet af 1966 under den oprindelige titel, på trods af, at Sveriges Radios bog var forvekslelig med forlagets.³⁰³ Højesteret gjorde dog klart, at det ville kræve en ny retssag at besvare dette spørgsmål, og opfattede dermed ikke retsstillingen herom som værende klar.

Ud fra rettens argumenter i sagen står det klart, at retten ikke anså beskyttelsen i den svenske pendant til OHL § 73 som en eneret, men kun en beskyttelse mod forvekslelige titler. Dette udledes af, at retten fandt det muligt, at en senere bruger af titlen kan forhindre den tidligere bruger af titlen i at bruge den, når ingen kender til den tidligere brug. Skulle danske domstole følge den svenske Højesterets argumenter, skal bedømmelsen efter OHL § 73 derfor tage udgangspunkt i offentlighedens reelle forvekslingsrisiko. Dette understreges endvidere af, at retten fandt, at brug af en identisk titel på et andet værk kunne være i overensstemmelse med OHL § 73, såfremt ophavsmanden til det senere værk blot sikrede sig at eliminere forvekslingsrisikoen ved eksempelvis at påføre noget til titlen eller informere om, at man ikke skal forveksle titlerne. Som konsekvens heraf, er beskyttelsen heller ikke nødvendigvis evigtvarende, da beskyttelse mod forveksling må forudsætte, at det tidligere værk fortsat er i offentlighedens hukommelse.

Det modsatte eksempel forelå i den svenske højesteretsdom NJA 1986, s 226, *Låt mig få tända et ljus* hvor retten fandt, at titlen på en ældre julesang på trods af sin alder stadig var beskyttet af den svenske pendant til OHL § 73. Sangen havde fået et sådant kendskab gennem værkets spredning, at det nye værks identiske titel måtte være let forveksleligt det tidligere offentliggjorte værk.³⁰⁴ Det bemærkelsesværdige er, at titlen 'Skotten i Dallas' var brugt i et senere værk allerede fire år senere uden at

³⁰² NJA 1974, s 403, *Skotten i Dallas* s. 411.

³⁰³ NJA 1974, s 403, *Skotten i Dallas* s. 411.

³⁰⁴ NJA 1986, s 226, *Låt mig få tända et ljus* s. 230.

være krænkede, mens 'Låt mig få tända et ljus' blev krænkede af brug der forelå 14 år senere. Resultatet af denne sag understreger således, at de svenske domstole tager udgangspunkt i den reelle forvekslingsrisiko for offentligheden.

5.5 DELKONKLUSION

Af det ovenstående kan følgende konkluderes: OHL § 73 blev indført som supplement til bestemmelsen i den nu ophævede UKV § 9, og blev ved sin indførelse beskrevet som værende af 'konkurrenceretlig karakter'. Bestemmelsen i UKV § 9 blev videreført i markedsføringsloven, og findes nu i revideret form i MFL § 22. På baggrund heraf, taler det under hensyn til formålet med indførelsen af OHL § 73 for at fortolke bestemmelsen på baggrund af principperne for kendetegnsbeskyttelse i markedsføringsloven.

Bestemmelsen beskytter værker mod, at andre anvender en titel på et senere værk, som kan forveksles med det tidligere værks substans, såvel som værkets titel. Det er indehaveren af ophavsretten til det tidligere værk, som er subjekt for beskyttelsen efter OHL § 73. Efter ophavsmandens død, kan krænkelse endvidere påtales af det offentlige.

Beskyttelsen er objektiv efter de første tre måneder efter værkets offentliggørelse, jf. OHL § 73, stk. 2.

Der er tre betingelser der skal opfyldes før et værk eller dets titel kan beskyttes efter OHL § 73.

For så vidt angår den første betingelse, kan en frembringelse kun beskyttes mod forvekslelig titel på en senere frembringelse, såfremt frembringelsen i sig selv opfylder beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1, jf. OHL § 85, stk. 5. På samme vis forudsætter forbud efter bestemmelsen, at den frembringelse som den forvekslingsbare titel er anvendt for, også opfylder beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1.

For så vidt angår den anden betingelse, skal det tidligere værk være offentliggjort i overensstemmelse med betingelserne i OHL § 8.

For så vidt angår den tredje betingelse, er det en forudsætning for, at der kan foreligge en risiko for forveksling, at det tidligere værk besidder et vist særpræg. Dette kan såvel være i det tidligere værks titel, eller andre elementer fra værkets substans, som kan gengives i et senere værks titel. Særprægskriteriet indebærer et krav om adskillelsesevne, samt at titlen ikke må være beskrivende. Kriteriet skal antageligvis tolkes i overensstemmelse med det markedsføringsretlige særprægsbegreb.

Særpræget kan således både være iboende eller indarbejdet. Særpræget efter OHL § 73 adskiller sig dog fra markedsføringsretten, idet der i OHL § 73 ikke er krav om indikation af kommerciel oprindelse, men derimod den kunstneriske oprindelse. OHL § 73 beskytter således navnlig offentlighedens behov for at kunne adskille værker af forskellige ophavsmænd og varetager ophavsmændenes ideelle interesser.

Efter OHL § 73 nyder en ophavsmand kun beskyttelse mod forvekslelig titel på et nyere værk. Beskyttelsen af værker mod forvekslelige titler indebærer implicit, at det første værks titel også kan være beskyttet mod forveksling, da titlen identificerer værket udadtil, men beskyttelsen er i henhold til såvel bestemmelsens ordlyd som forarbejderne til bestemmelsen, ikke reduceret til blot at beskytte det første værks titel mod forveksling. Forveksling vurderes ud fra en samlet bedømmelse. Denne bedømmelse skal tage udgangspunkt i om værkernes kunstneriske oprindelse risikerer at blive forvekslet af offentligheden. Det er en betingelse, at der er tale om forskellige værker. I bedømmelsen kan det tale mod forvekslelighed, at der er tale om forskellige værkstyper, navnlig hvis det senere værk er af en værkstype, som ikke åbenbart kan indeholde en bearbejdelse af det tidligere værk. Det kan også tale imod forveksling, at det senere værks titel indikerer et helt andet emne på trods af en vis lighed med den tidligere titel. Det centrale for bedømmelsen synes imidlertid at være, om der foreligger en reel forvekslingsrisiko. Det er således antageligvis underordnet at to titler er identiske, hvis offentligheden ikke kender til den tidligere titel og derfor ikke risikerer at forveksle værkerne. Omvendt taler det ikke imod forvekslelighed, at et værk er ældre såfremt offentligheden fortsat er bekendt med det og derfor risikerer at forveksle titlerne. Da det antageligvis kun er den reelle forvekslingsrisiko der foretages en vurdering af, kan den senere ophavsmand således også foretage tiltag der skal sikre, at det senere værks titel ikke er forveksleligt.

Efter ophavsmandens død kan offentligheden påtale krænkelse, jf. OHL § 81, stk. 3. Beskyttelse efter OHL § 73 er principielt evigtvarende, men hvis offentligheden ikke længere kender til værket, ophører beskyttelsen antageligvis, da der i så fald ikke foreligger forvekslingsrisiko.

6 KOMPARATIVE BETRAGTNINGER OM BESKYTTELSE AF TITLER SOM BETEGNELSE VÆRKER EFTER DE FORSKELLIGE RETTIGHEDER

I dette speciale er retsstillingen for immaterialretlig beskyttelse af titler på ophavsretligt beskyttede værker i Danmark søgt belyst i henhold til ophavsretsloven og varemærkeretten. Undersøgelserne af gældende ret har dog givet anledning til en række komparative refleksioner i nærværende kapitel. I dette kapitel reflekteres der over fordele og ulemper ved de forskellige rettigheder.

6.1 BESKYTTELSESBETINGELSER

I det følgende vil der blive foretaget en sammenlignende analyse af beskyttelsesbetingelserne under de forskellige rettigheder med henblik på at fastslå eventuelle forskelle i kravene til at opnå beskyttelse for titler.

Efter OHL § 1 skal en titel opfylde originalitetskravet, før den kan opnå ophavsretlig beskyttelse efter OHL § 2. Som behandlet i afsnit 2.1. er det vanskeligt for titler at opfylde originalitetskravet. Dette er begrundet i titlers korte karakter hvilket vanskeliggør ophavsmandens mulighed for at udtrykke sine frie, kreative og personlige valg gennem ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”³⁰⁵ af de ord som indgår i værkets titel.

Efter VML § 13, stk. 1, nr. 2 og VMF art. 7, stk. 1, litra b er det en betingelse for varemærkeretlig beskyttelse, at mærket besidder særpræg. På samme måde er det forudsat i forarbejderne til OHL § 73, at der skal være et vist særpræg. I varemærkeretten indebærer særpræg et krav om distinktivitet. Efter dette krav skal varemærket være egnet til at identificere en virksomheds varer, ligesom varemærket skal egne sig til at adskille virksomhedens varer fra andre virksomheders. Dette indebærer, at varemærket skal varetage en kommerciel oprindelsesfunktion hvorefter varemærket skal kommunikere den kommercielle oprindelse til gennemsnitsforbrugeren. Formålet med OHL § 73 er at gøre det muligt for offentligheden at skelne mellem værker af forskellige ophavsmænd. Ud fra analysen i afsnit 5.3.2. er det fundet mest nærliggende, at særprægskriteriet i OHL § 73 knytter sig til den

³⁰⁵ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

kunstneriske oprindelse, hvorefter der sigtes til, at titlen skal være egnet til at adskille en ophavsmands værk fra andre ophavsmænds værker. Der er således tale om forskellige distinktivitetskrav i henholdsvis varemærkeretten og efter OHL § 73.

For både det varemærkeretlige særprægskrav og særprægskravet efter OHL § 73 gælder det endvidere, at titlen ikke må være beskrivende. Efter praksis fra BoA, Retten og AN kan en titel anses for beskrivende som varemærke når det underliggende værk er så kendt, at gennemsnitsforbrugeren vil forbinde titlen med værkets underliggende substans, og dermed anse mærket som beskrivende for varer og tjenesteydelser, der kan indeholde elementer fra værket. Det er ligeledes beskrivende hvis en titel har indarbejdet sig i sproget, og dermed er tilført en sekundær betydning, som kan være beskrivende for de pågældende vareklasser. For så vidt angår beskrivende titler efter OHL § 73 er det anført, at en titel formentlig først er beskrivende, når den er helt banal og beskriver indholdet af værket objektivt, se afsnit 4.3.2. Der er ikke fundet holdepunkter for, at der allerede foreligger deskriptivitet såfremt offentligheden skulle associere titlen med værket, hvilket heller ikke findes formålstjenstligt, da OHL § 73 netop har til formål at beskytte værkstitler og værker fra at blive forvekslet.

Det her anførte medfører, at retstillingen for så vidt angår sondringen mellem særprægskriteriet efter henholdsvis varemærkeretten og OHL § 73 klar. Begreberne skal fortolkes forskelligt, da de varetager væsensforskellige formål. I henhold til de danske varemærkemyndigheders opfattelse, synes der heller ikke at være lighed mellem det varemærkeretlige særprægs-kriterium, og særprægs-kriteriet efter OHL § 73. Som anført i afsnit 4.2.2. har AN fundet bl.a. titlen 'Den Grimme Ælling' beskrivende for vareklasser hvori historien, temaet eller karakterer fra eventyret kan gengives.³⁰⁶ Omvendt fremgår det af PVS' retningslinjer for ansøgning af varemærker, at 'Den Grimme Ælling' ikke kan registreres som varemærke i klasse 16 for bøger, da denne efter styrelsens holdning er beskyttet efter OHL § 73, hvilket vil gøre registreringen i strid med lov, jf. VML § 14, stk. 1, nr. 2.³⁰⁷

Det er i henhold til en formålsfortolkning af OHL § 73 nærliggende, at bestemmelsen skal fortolkes med baggrund i markedsføringsretlige principper, se afsnit 5.3.3. Da det markedsføringsretlige særprægs-kriterium imidlertid også forudsætter, at kendetegnet anvendes til at kommunikere varer eller tjenesteydelsers kommercielle oprindelse, kan der imidlertid heller ikke konstateres identitet mellem

³⁰⁶ Sag AN 2021 00022, *Den grimme ælling* s. 4.

³⁰⁷ Patent- og Varemærkestyrelsen, 'Guidelines for Varemærker' Varemærker som strider mod lov, LINK: <https://vmguidelines.dkpto.dk/aa/aaa/ah/varemaerker-som-strider-mod-lov.aspx> tilgået d. 11. april 2022.

dette og særprægskriteriet efter OHL § 73. Særprægskriteriet efter bestemmelsen må herefter anses som særegent, men det er nærliggende, at det skal fortolkes i overensstemmelse med de relativt lave krav til særpræg efter markedsføringsloven.

6.2 BESKYTTELSESOBJEKT OG OMFANG

Da der efter OHL § 1, varemærkeretten og OHL § 73 er tale om tre forskellige rettigheder, med forskellige beskyttelsesbetingelser belyst ovenfor, er det relevant at klarlægge om det samme beskyttes efter bestemmelserne.

Efter OHL § 1 er det de originale elementer ved et værk der nyder beskyttelse, jf. afsnit 2.3. For titler består det originale og dermed det beskyttede indhold af ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”³⁰⁸ af ordene i titlen. Såfremt titlen opnår beskyttelse, vil der herefter være eneret til eksemplar-fremstilling, tilgængeliggørelse og bearbejdning af titlen, jf. OHL § 2, stk. 1.

Varemærkeretten medfører som nævnt i afsnit 4.3. en eneret til at anvende varemærket erhvervsmæssigt i forbindelse med varer og tjenesteydelser, jf. VML § 4, stk. 1-2 og VMF art. 9, stk. 1-2. Kravet om erhvervsmæssig brug indebærer i henhold til praksis fra EUD, at krænkelse forudsætter indgreb i varemærkets funktioner, jf. afsnit 4.3.1. Varemærkets beskyttelsesobjekt skal herefter forstås som varemærkets funktioner, navnlig varemærkets oprindelsesfunktion.³⁰⁹ Der foreligger således alene en krænkelse af varemærkeretten, såfremt tredjemand uberettiget anvender et identisk eller forveksleligt mærke erhvervsmæssigt, som led i sin kommercielle kommunikation på en måde som gør indgreb i en eller flere af varemærkets funktioner.

Efter OHL § 73 er værker beskyttet mod blandt andet forvekslelige titler. Dette indebærer, at der foreligger en beskyttelse mod titler på nyere værker, af en vis lignende art, som er forvekslelige med værkets særprægede elementer, herunder dets værkets titel. Efter OHL § 73 er det således værkets egnethed til at adskille den kunstneriske oprindelse, som giver sig udtryk i værkets særpræg, der er beskyttelsesobjekt, og som en afledt effekt heraf, også værkers særprægede titler.

³⁰⁸ *Sag C-5/08, Infopaq* præmis 45.

³⁰⁹ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, og Clement Salung Petersen, *Immaterielret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021) s. 479-481.

Beskyttelsesobjekterne efter de forskellige rettigheder er således væsensforskellige. Efter OHL § 1 beskyttes de elementer ved en frembringelse, som opfylder originalitetskravet. Efter varemærkeretten er beskyttes varemærkets funktioner, herunder navnlig varemærkets oprindelsesfunktion. Efter OHL § 73 knyttes beskyttelsen mod forveksling til det tidligere værk eller dets ophavsmand, hvilket skal forstås som værkets kunstneriske oprindelse.

6.3 BESKYTTELSE AF TITLER SOM BETEGNELSE FOR LITTERÆRE OG KUNSTNERISKE VÆRKER

En titel som opfylder originalitetskravet i OHL § 1 medfører en eneret til brug af denne titel, jf. OHL § 2. Det gælder dog, at titlen i medfør af eneretten kun er beskyttet mod efterligning af værkets originale dele, jf. afsnit 3.2. Dette indebærer for titler, at det kun er udvælgelsen, sammenstillingen og placeringen af titlens ord der opnår beskyttelse og ikke selve ordene, jf. afsnit 3.2. Henset til gennemsnitlige titlers korte længde vil ophavsretligt beskyttede titler således antageligvis kun opnå en beskyttelse mod nærgående efterligninger. Det synes dog åbenbart, at en ophavsretligt beskyttet titel, vil yde rettighedshaveren værn mod uberettiget anvendelse af titlen som betegnelse for et værk, da der i så fald vil være tale om eksemplar fremstilling, jf. OHL § 2, stk. 1.

Efter varemærkeretten er retstillingen noget mere usikker. Praksis fra Retten og BoA har fundet, at brug af en titel som betegnelse for et værk som udgangspunkt ikke udøver varemærkets oprindelsesfunktion. Det er dog understreget, at dette er muligt, men det er uklart hvordan titlen skal anvendes. Retsstillingen usikkerhed understøttes af, at den refererede praksis stammer fra BoA, samt Retten i 1. instans. Der foreligger således ingen praksis fra EUD, danske domstole eller -ankenævn, som kan bekræfte eller afkræfte retsstillingen. Der findes endvidere en stor mængde titler varemærkere registrerede i klasser, som kan indeholde eksemplarer af værkerne. Hvis retsstillingen bekræftes, er det således usikkert, om varemærkeindehaverne kan bruge deres rettigheder til at værne sig mod, at andre anvender titlen erhvervsmæssigt for litterære og kunstneriske værker. I det konkrete tilfælde, at brug af en titel som betegnelse for et litterært eller kunstnerisk værk findes at kunne udøve varemærkets oprindelsesfunktion, vil denne være beskyttet i medfør af de almindelige regler for krænkelse efter VML § 4, stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2. Såfremt BoA og Rettens praksis afkræftes i dansk ret, vil uberettiget brug af titlen som identifikationsmiddel for et værk, efter en konkret vurdering kunne gøre indgreb i varemærkets oprindelsesfunktion.

OHL § 73 er derimod en bestemmelse der er indsat blandt andet med formål at beskytte titler. Det følger af OHL § 73, at værker med særpræg, herunder disses titler, er beskyttet mod forvekslelige

titler. Beskyttelsen efter OHL § 73 er mod forveksling. Der skal således foretages en helhedsbedømmelse af den reelle forvekslingsrisiko der opstår hos offentligheden ved tredjemands senere brug af titlen. Beskyttelsesomfanget af OHL § 73 vil derfor være bredere end for ophavsretligt beskyttede titler. Omvendt vil forvekslingsvurderingen efter OHL § 73 antageligvis minde om den tilsvarende efter VML § 4, stk. 2 og VMF art. 9, stk. 2, med den forskel, at OHL § 73 omhandler forveksling af kunstnerisk oprindelse og varemærker omhandler forveksling af kommerciel oprindelse og indgreb i varemærkets funktion. Det bemærkes også om forskellen i forvekslingsvurderingen efter OHL § 73 og varemærkeretten, at der efter OHL § 73 kan foretages en vurdering af om titlen på det senere værk er forveksleligt med det tidligere værks substans, mens det efter varemærkeretten kun skal vurderes om de pågældende mærker er forvekslelige. Endvidere antages det indenfor varemærkeretten, at der er betydelig tvivl om, hvornår og hvorvidt en varemærkeregistreret titel kan være beskyttet mod anvendelse som betegnelse for værker. Omvendt har OHL § 73 beskyttelse mod forveksling af den kunstneriske oprindelse for øje, og angår kun anbringelse af titlen på et senere værk, hvormed det er klart, at denne bestemmelse også beskytter mod anvendelse af titlen som betegnelse for værker.

OHL § 73 antages at medføre den klareste retsstilling for beskyttelse af titler som betegnelse for værker. I modsætning til efter OHL § 1, er opnåelse af beskyttelse mere tilgængelig efter OHL § 73. Beskyttelsens efter OHL § 73 er ligeledes bredere end efter OHL § 2. I modsætning til efter VML § 4, stk. 1 og VMF art. 9, stk. 2 har OHL § 73 til formål at beskytte kommunikation af den kunstneriske oprindelse, hvormed OHL § 73 medfører en mere sikker beskyttelse mod forvekslelige titler som anvendes som betegnelse for et værk. Der skal dog tages forbehold for, at fortolkningen af bestemmelsen i OHL § 73 som er anlagt i dette speciale, er baseret på sparsom retspraksis.

7 KONKLUSION

Formålet med dette speciale har været at undersøge hvordan titler beskyttes som betegnelse for litterære og kunstneriske værker efter ophavsretsloven og varemærkeretten og hvordan disse yder rettighedshaveren værn mod tredjemands brug af titlen som betegnelse for værker.

I kapitel 3 er det belyst, hvordan titler kan beskyttes ophavsretligt som værksdele efter OHL § 1. For at opfylde beskyttelsesbetingelserne skal der være tale om en litterær eller kunstnerisk frembringelse, som opfylder det EU-harmoniserede originalitetskrav. Efter dette originalitetskrav er korte sætninger, herunder titlers, originalitet baseret på ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”³¹⁰ af de enkelte ubeskyttede ord, såfremt disse er i stand til at kommunikere det underlæggende hovedværks originalitet. Det følger af dansk og nordisk praksis, at det er vanskeligt for korte sætninger og titler at opfylde originalitetskravet, da de består af ganske få ord.³¹¹ Titler på enkelte ord synes næppe at kunne opnå beskyttelse, da enkelte ord i henhold til C-8/05, Infopaq er ubeskyttede delelementer, samt at den som anvender ordet som titel for sit værk ikke er ophavsmand til ordet. Om dette også gælder fantasiord, er uklart. Såfremt en titel opfylder beskyttelsesbetingelserne, opnås en eneret efter OHL § 2. Denne eneret yder sandsynligvis kun værn mod nærgående efterligninger. Dette er begrundet i det faktum, at det kun er de originale elementer ved værket, som er genstand for beskyttelse, hvilket for titler er ” [...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]”³¹² af ordene, såfremt titlen er i stand til at kommunikere det underlæggende hovedværks originalitet.

I kapitel 4 er det belyst, hvordan titler kan beskyttes som varemærker. En titel skal for at kunne beskyttes som et varemærke opfylde det grundlæggende krav om særpræg for de varer og tjenesteydelser, som det søges beskyttet for, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 2 og VMF art. 9, stk. 1, litra b. En titel kan være deskriptiv når den på objektiv vis beskriver den vareklasse den er registreret i. Foruden dette,

³¹⁰ Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

³¹¹ Ophavsretlig beskyttelse til korte sætninger anerkendt i: U.1951.725/3.H, Hvem ringer klokkerne for?, U.1966.676.Ø, Nabo til Nordpolen, Dom 4/7 1984 Oslo Byrett, Kon-Tiki, NIR 2/1997, s 277, ‘man känner sig som en ödla’| Ophavsretlig beskyttelse til korte sætninger ikke anerkendt i: U.1925.487.Ø, Avertering i Politiken virker bedst, U.1932.211.Ø, At købe sengeudstyr er en tillidssag, U.1983.630.Ø, Ud i det blå, Juristens Domssamling 1956, s 273, Hvorfor betale mere, U.1986.272.S, Lige på en studs, U.1998.1385/2. S, I von Scholtens fodspor, Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Ophavsrett, Gå til fængsel* (Magnus Stray Vyrje ed, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986) s. 209.

³¹² Sag C-5/08, Infopaq præmis 45.

har Retten, BoA og AN har fundet, at titler på værker i to øvrige situationer kan findes deskriptive. For det første, er der identificeret praksis, som har fundet titler deskriptive da gennemsnitsforbrugeren vil forbinde mærket med værkets substans. Mærket vil herved kommunikere varens indhold eller emnefelt, hvilket anses for at være en egenskab ved varen, hvormed mærket vil være beskrivende, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 9, stk. 1, litra c.³¹³ For det andet, er titler i praksis fundet deskriptive, når titlen er blevet indarbejdet i sproget, og herved har fået en sekundær betydning der kan være beskrivende for de ansøgte vareklasser, jf. VML § 13, stk. 1, nr. 3 og VMF art. 9, stk. 1, litra c.³¹⁴ Det er uklart hvilken deskriptivitetssvurdering der er udtryk for gældende ret, og BoA har henvist spørgsmålet til GBoA. GBoA's afgørelse er ikke fremkommet endnu. Varemærkets beskyttelsesobjekt er dets funktioner, herunder navnlig varemærkets oprindelsesfunktion, hvorefter en krænkelse af enerettighederne i VML § 4 og VMF art. 7 forudsætter indgreb heri.³¹⁵ I henhold til praksis fra Retten og BoA, vil anvendelse af en titel som betegnelse for litterære og kunstneriske værker, ikke udøve varemærkets grundlæggende oprindelsesfunktion, da en sådan brug ikke kommunikerer varen eller tjenesteydelsens kommercielle ophav, men snarere værkets kunstneriske ophav.³¹⁶ Såfremt en titel opnår varemærkeretlig beskyttelse, er det som konsekvens heraf uklart, om dette vil medføre, at indehaveren værnes mod, at tredjemand gør erhvervsmæssig brug af titlen som betegnelse for litterære eller kunstneriske værker, da tredjemands krænkende brug forudsætter indgreb i navnlig varemærkets oprindelsesfunktion. Der findes ingen praksis om spørgsmålet fra danske domstole eller EUD, og retstilstanden må derfor anses for uklar.

I kapitel 5 er det belyst, hvordan et værk beskyttes mod forvekslelige titler på andre værker efter OHL § 73. For at opnå beskyttelse efter OHL § 73, skal tre betingelser være opfyldt. For det første, skal en frembringelse for at opnå beskyttelse, i sig selv opfylde beskyttelsesbetingelserne i OHL § 1, jf. OHL § 85, stk. 5. For det andet, skal værket være offentliggjort i henhold til OHL § 8. For det tredje skal værket have et vist særpræg. Kravet om et vist særpræg må forstås således, at titlen skal gøre det muligt at adskille værkets kunstneriske oprindelse fra andre værker, og at titlen ikke må være

³¹³ R 118/2014-1, *The Jungle Book*, R 1856/2013-2, *Pinocchio*, Sag AN 2021 00022, *Den grimme ælling*, Sag AN 2021 00023, *Kejserens nye klæder*, Sag AN 2021 00024, *Den lille havfrue* og Sag AN 2021 00025, *Prinsessen på ærten*

³¹⁴ R 1297/2016-2, *Winnetou* og R 2252/2014-4, *Dirty Dancing*

³¹⁵ C-206/01 *Arsenal* og C-236/08, *Google/Louis Vuitton*

³¹⁶ T-435/05, *Dr. No*, R 526/2008-4, *Octopussy2*, R 1856/2013-2, *Pinocchio* og R 218/2018-, *Sherlock Holmes*

beskrivende, hvorved helt banale titler eller titler der beskriver værkets indhold ikke kan opnå beskyttelse. Der findes imidlertid ikke tilstrækkelig praksis til at konkludere yderligere om hvornår særprægskriteriet er opfyldt. Bestemmelsens beskyttelsesobjekt må antages at være værkets særprægede elementers egnethed til at kommunikere værkets kunstneriske oprindelse. Bestemmelsen finder ikke alene anvendelse på titler, men også værkers substans, da den beskytter værker mod forvekslelige titler på senere værker. Der er efter OHL § 73 ikke tale om en eneret til at anvende en titel, men bestemmelsen værner ophavsmænd mod, at andre værker af tredjemand gøres tilgængelige for almenheden under en forvekslelig titel. Forvekslingsbegrebet bør under hensyn til bestemmelsen ophav, fortolkes med baggrund i MFL § 22. Dette indebærer, at forvekslingsbedømmelsen skal træffes ud fra en helhedsvurdering. Der er imidlertid den forskel, at offentligheden skal risikere at forveksle værkernes kunstneriske ophav og ikke den kommercielle oprindelse. Der kan ikke stilles krav om, at det tidligere og det senere værk er af identisk værkstype, men der kan dog nok stilles krav til en vis værkslighed i den forstand, at det beskyttede værks substans skal kunne indeholdes i det senere værk.³¹⁷ Der kan antageligvis ikke opstilles et krav om emnelighed mellem det tidligere værk og det senere værk, da forvekslingsbedømmelsen ikke træffes med udgangspunkt i det senere værks substans, men blot dets titel. Det følger af højesteretspraksis, at der ikke foreligger forvekslingsrisiko ved lovlig genudgivelse af et identisk værk.³¹⁸ I henhold til svensk højesteretspraksis skal der foreligge en reel forvekslingsrisiko.³¹⁹ Dette indebærer blandt andet, at det indgår i vurderingen hvorvidt offentligheden er bekendt med værket, da offentligheden ikke vil forveksle et nyere værks titel med et ældre værk ingen kender til. På samme måde er det forudsat i svensk praksis, at ophavsmanden til et senere værk kan hindre forvekslingsrisiko gennem sin kommunikation til offentligheden eller ved tilføjelser til titlen om, at det senere værk ikke må forveksles med det tidligere. Efter ophavsmandens død kan offentligheden påtale krænkelse, jf. OHL § 81, stk. 3. Beskyttelse efter OHL § 73 er evigtvarende, men hvis offentligheden ikke længere kender til værket, ophører beskyttelsen antageligvis, da der i så fald ikke foreligger forvekslingsrisiko.³²⁰ Da der ikke findes dansk praksis om

³¹⁷ U.1948.530/2.Ø, Barken Margrethe af Danmark

³¹⁸ U.1963.49/2.H, Dansk Bogfortegnelse

³¹⁹ NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas og NJA 1986, s. 226, Låt mig få tända et ljus

³²⁰ NJA 1974, s. 403, Skotten i Dallas

bestemmelsen, foruden U.1963.49/2.H, Dansk Bogfortegnelse, er øvrig nordisk praksis antaget at udgøre et fortolkningsbidrag, men dette er selvsagt ikke bindende for danske domstole.

At titler kan beskyttes immaterialretligt efter forskellige retlige regimer medfører, at der kan udledes en række komparative betragtninger om hvordan titler beskyttes, og hvordan rettighederne værner mod tredjemands brug af titlen som betegnelse for værker.

For så vidt angår beskyttelsesbetingelserne, er disse væsensforskellige efter de forskellige rettigheder. Det ophavsretlige originalitetskrav har ingen ligheder med særprægskravene efter OHL § 73 og varemærkeretten. En titel skal være særpræget for at opnå beskyttelse efter såvel OHL § 73 og varemærkeretten. Særprægskriteriet efter de forskellige bestemmelser må antages at være væsensforskellige. Efter varemærkeretten skal et varemærke være egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders varer eller tjenesteydelser. Efter OHL § 73 nyder titlen beskyttelse, såfremt den kommunikerer værkets kunstneriske oprindelse og dermed er egnet til at adskille værker fra forskellige ophavsmænd. Om deskriptivitet er der et sammenfald i den forstand, at helt banale og beskrivende titler ikke kan anses for særpræget, medmindre de opnår et sådant særpræg gennem indarbejdelse. Det er følger dog i henhold til praksis fra BoA, Retten og AN, at særligt kendte titler og titler der har opnået en sekundær betydning i sproget kan anses for deskriptive som varemærke for de ansøgte varer eller tjenesteydelsers indhold eller emne. Dette kan i henhold til formålet med OHL § 73 ikke være meningen med denne bestemmelse, da OHL § 73 har til formål at beskytte værkstitler og værker fra at blive forvekslet. Særprægskriteriet efter OHL § 73 er således særegent.

Beskyttelsesobjekterne under samtlige tre regler er ligeledes forskellige. Efter OHL § 1 er de originale elementer ved titlen beskyttet. For titler gælder dette "[...] *valget, placeringen og kombinationen* [...]"³²¹ af ordene i titlen. Efter varemærkeretten er varemærkets funktioner beskyttelsesobjekt. Efter OHL § 73 er værkets særprægede elementers egnethed til at kommunikere værkets kunstneriske oprindelse beskyttelsesobjekt.

Ophavsretligt beskyttede titler findes kun at være beskyttede mod identiske titler eller titler som udgør en nærgående efterligning. Efter varemærkeretten er det usikkert i hvilket omfang en varemærkereregistreret titel er beskyttet mod brug af titlen som betegnelse for værker, men det antages, at beskyttelsen er snæver. Derimod har OHL § 73 til formål at beskytte værker mod forvekslelige titler. Det

³²¹ *Sag C-5/08, Infopaq* præmis 45.

antages derfor, at OHL § 73 værner mod tredjemands brug af forvekslelig titel i de situationer hvor der blot er en reel forvekslingsrisiko med det tidligere værk, herunder dets titel. Værnet mod tredjemands anvendelse af titel som betegnelse for værker efter OHL § 73 synes således bredere end efter såvel OHL § 2 som efter varemærkeretten.

8 BIBLIOGRAFI

8.1 LITTERATUR

8.1.1 Bøger

Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavseretten - Lov Om Opphavsrett Til Åndsverk m.v. Kommentert Og Supplert* (Universitetsforlaget 1989)

Annette Kur, Thomas Dreier, and Stefan Luginbuehl, *European Intellectual Property Law* (2. udgave, Edward Elgar Publishing 2019)

Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag 2020)

Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udgave, Djøf Forlag 2018)

Carsten Munk-Hansen, *Den juridiske løsning* (2. udgave, DJØF Forlag 2021)

Christina Tvarnø and Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier* (6. udgave, DJØF Forlag)

Erling Borchert and Frank Bøggild, *Markedsføringsloven* (3. udgave, 2013)

Frank Bøggild and Kolja Staunstrup, *EU-varemærkeret* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2015)

Jens Evald, *At tænke juridisk* (5. udgave, DJØF Forlag 2019)

Jens Evald, *Juridisk Teori, Metode Og Videnskab* (2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag)

Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, and Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015)

Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier, and Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, DJØF Forlag 2021)

Knud Wallberg and Mikael Francke Ravn, *Varemærkeloven Med Kommentarer* (1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2021)

Lund T, *Ophavsret kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder* (1. udgave, G E C Gads Forlag 1961)

Mads Bryde Andersen, *Ret Og Metode* (Gjellerup 2002)

Magnus Stray Vyrje, *Ophavsrettens ABC* (1. udgave, TANO 1987)

Marie-Louise Holmstedt, *Dommer i Ophavsrett*, (Magnus Stray Vyrje red, 1. udgave, Universitetsforlaget 1986)

Martin Dahl Pedersen, *Bogen Om Ophavsret* (1. udgave, Editio 1998)

Mogens Kocktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* (Juristforbundets Forlag 1965)

Mogens Kocktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002)

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

Morten Rosenmeier, *Ophavsret for Begyndere* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018)

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo og Henrik Udsen, *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Ex Tuto Publishing 2021)

Palle Bo Madsen, *Markedsret 3 - Immaterialret* (7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020)

Peter Blume, *Retssystemet Og Juridisk Metode* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020)

Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (7. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2021)

Torsten Bjørn Larsen and Kristian Helge Straton-Andersen, *Markedsretten* (1. udgave, Karnov Group Denmark A/S 2019)

8.1.2 Bidrag til bøger

Annette Kronborg and Bent Ole Gram Madsen, 'Forskellige Typer Af Lovbestemmelser' i Carina Risvig Hamer and Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag 2020)

Bugge Thorbjørn Daniel og Carina Risvig Hamer, 'Juridisk metode når EU-retten er i spil' i Sten Schaumburg-Müller and Carina Risvig Hamer, *Juraens verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag 2020)

Sten Schaumburg-Müller, 'Juridisk metode' i Sten Schaumburg-Müller og Carina Risvig Hamer, *Juraens Verden - Metoder, retskilder og discipliner* (1. udgave, DJØF Forlag 2020)

Morten Rosenmeier, 'Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?' i Morten Rosenmeier m.fl.) (redaktører), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021)

Knud Wallberg, 'Titelbeskyttelse i dansk ret' i Morten Rosenmeier m.fl.) (redaktører), *Festskrift til Jørgen Blomqvist* (Første udgave, Ex Tuto Publishing A/S 2021)

8.1.3 Artikler

Hardy Andreasen, 'U 1960B..181: Titelbeskyttelsen for Litterære Og Kunstneriske Værker Og Andre Frembringelser. Nogle Bemærkninger Til Regeringslovforslaget Om Ophavsret.' [1960] Ugeskrift for Retsvæsen

Mikael Person Westerlind, 'NIR 3/1972 s. 261, Titelskydd' [1972] Nordiskt Immateriellt Rättsskydd

Mogens Koktvedgaard, TfR 1987 s. 317, I begyndelsen var ordet... (1987) Bind 1, 1987 Tidsskrift for Rettsvitenskap 317

Paul Reeskamp, 'Dr No in Trade Mark Country: A Dutch Point of View' (2010) Vol. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice

8.1.4 Digitale lovkommentarer

Eva Nødskov Aaen, 'Kommentar Til Markedsføringsloven', *Karnovs Lovsamling* (Karnov Group Denmark A/S) (2022) (tilgået d. 11. Maj 2022)

- LINK: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000888421?tab=karnov#L2017426>

Mette Lindskou, 'Kommentar Til Ophavsretsloven', *Karnovs lovsamling* (Karnov Group Denmark A/S) (2022) (tilgået d. 10. marts 2022)

- LINK: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000888443?tab=karnov#LBKG20141144>

8.2 LOVGIVNING

8.2.1 Dansk Lovgivning

Lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, jfr. lovbekendtgørelse nr. 80 af 31. marts 1937, og lov nr. 108 af 23. marts 1948 om tillæg til lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse

Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

Lov nr. 297 af 14. juni 1974 om markedsføring

Lov nr. 341 af 6. juni 1991, Varemærkelov, jf. Lovbekendtgørelse nr. 88 af 29. januar 2019 Varemærkeloven

Lov nr. 395 af 15. juni 1995 om ophavsret, jf. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret, som senest ændret ved Lov nr. 2607 af 28. december 2021 om ændring af lov om ophavsret

Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring, som senest ændret ved Lov nr. 2192 af 30. november 2021 om ændring af lov om markedsføring

8.2.2 Danske bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 1685 af 18. december 2018 om ansøgning og registrering m.v. af varemærker

8.2.3 EU-retsforskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EØS-relevant tekst)

Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker

8.3 FORARBEJDER

8.3.1 Danske forarbejder

Betænkning over I. forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og II. forslag til lov om retten til fotografiske billeder (afgivet af udvalget d. 27. april 1961) (FT 1960-61 (2. samling) Tillæg B.) sp. 625

Betænkning Nr. 416/1966

Forslag til Lov om markedsføring (FT 1973-74 (2. samling) Tillæg A sp. 2241-2270)

Forslag til Lov om ophavsret, Lovforslag nr. 119 af 18. januar 1995 (FT 1994-95, Tillæg A, sp. 1311-1460)

Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1959-60, Tillæg A sp. 2658-2788)

Forslag til lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (FT 1960-61 (2. samling), Tillæg A, sp. 17-38)

Udkast til Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker med tilhørende anmærkninger og Bernerkonventionen af 1948 udarbejdet af den af Undervisningsministeriet i 1939 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske kommissioner 1951

8.3.2 Norske forarbejder

Innst.O.nr.XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk

Kungl. Maj's proposition nr .17 år 1960 [17]

Ot.prp.nr.26 (1959–1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. 1960

8.3.3 Svenske forarbejder

Auktorrättskommittén, Lagförslag til Lag om Upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

8.4 ADMINISTRATIVE VEJLEDNINGER

EUIPO Trademark Guidelines 2022 v. 1.0 af 31. marts 2022, part B, kap. 3

Patent- og Varemærkestyrelsen, 'Guidelines for Varemærker' <<https://vmguide-lines.dkpto.dk/aa/aaa/ah/varemaerker-som-strider-mod-lov.aspx>> tilgået d. 11. april 2022

8.5 DOMSTOLSAFGØRELSE

8.5.1 Højesteret

U.1951.725/3.H, Hvem ringer klokkerne for?

U.1963.49/2.H, Dansk Bogfortegnelse

U.1978.42.H

U.2013.1782.H, Infopaq

U.2020.2817.H

8.5.2 Landsretterne

U.1925.487.Ø, Avertering i Politiken virker bedst

U.1932.211.Ø, At købe sengeudstyr er en tillidssag

U.1948.530/2.Ø, Barken Margrethe af Danmark

U.1966.676.Ø, Nabo til Nordpolen

U.1983.630.Ø, Ud i det blå

U.2004.1673.Ø

VLT 1939.109

Juristens Domssamling 1956, s 273, Hvorfor betale mere

8.5.3 Sø- og Handelsretten

U.1986.272.S, Lige på en studs

U.1998.1385/2. S, I von Scholtens fodspor

8.5.4 EU-Domstolen

Sag C-5/08, Infopaq

Sag C-145/10, Painer

Sag C-218/01, Henkel

Sag C-299/99, Phillips

Sag C-342/97, Lloyd

Sag C-363/99, Postkantoor

Sag C-683/17, Cofemel

Sag C-173/04, SiSi-Werke

Sag C-5/08, Infopaq

Sag C-6/64, Costa-ENEL

Sag C-37/03, BioID

Sag C-40/01, Minimax

Sag C-191/01 P, DOUBLEMINT

Sag C-206/01 Arsenal

Sag C-236/08, Google/Louis Vuitton

Sag C-265/09 P, alpha

Sag C-383/99 P, Baby-Dry

Sag C-406/10, SAS Institute

Sag C-441/14, Ajos

De forenede sager C-53/01 og C-55/01, Linde m.fl.

8.5.5 Retten i 1. instans

T- 194/01, Unilever

T-24/08, Welderbräu

T-277/04, Vitacoat

T-435/05, Dr No

T-633/13, INFOSECURITY

8.5.6 Norsk retspraksis

Dom 4/7 1984 Oslo Byrett, Kontiki

HR-2017-2165-A, Il Tempo Gigante

8.5.7 Svensk retspraksis

NIR 2/1997, s 277, 'man känner sig som en ödla'

NJA 1974, s 403, Skotten i Dallas

NJA 1986, s 226, Låt mig få tända et ljus

Regeringsrätten (utslag 15 juni 1965) refereret i NIR 1965, bind 4 s 358, Svarte Rudolf

8.5.8 Amerikansk retspraksis

Mattel, Inc v MCA Records - 296 F3d 894 (9th Cir 2002)

8.6 ADMINISTRATIV PRAKSIS

8.6.1 Ankenævnet for patenter og varemærker

Sag AN 2021 00022, Den grimme ælling

Sag AN 2021 00023, Kejserens nye klæder

Sag AN 2021 00024, Den lille havfrue

Sag AN 2021 00025, Prinsessen på ærten

8.6.2 EUIPO Boards of Appeal

R 118/2014-1, The Jungle Book

R 218/2018-2, Sherlock Holmes

R 526/2008-4, Octopussy

R 1286/2010-4, Captain America

R 1297/2016-2, Winnetou

R 1856/2013-2, Pinocchio

R 2252/2014-4, Dirty Dancing

R 2401/2014-4, Le Journal d'Anne Frank

8.7 VAREMÆRKEREGISTRERINGER

8.7.1 Danske varemærkeregistreringer

‘VR 2013 02415, Magnus Og Myggen [Ordmærke]’

‘VR 2014 01442, HEARTLAND [Ordmærke]’

‘VR 2016 01172, ICE AGE: NO TIME FOR NUTS 4-D [Ordmærke]’

8.7.2 EU-varemærkeregistreringer

‘EUTM 000047167, THE PUNISHER [Ordmærke]’

‘EUTM 000414193, The Little Mermaid [Ordmærke]’

‘EUTM 000983122, Winnie the Pooh [Ordmærke]’

‘EUTM 003029378, THE LORD OF THE RINGS THE TWO TOWERS [Ordmærke]’

‘EUTM 005150263, Peter Pan [Ordmærke]’

‘EUTM 005238118, Cinderella [Ordmærke]’

‘EUTM 018039261, AVENGERS: ENDGAME [Ordmærke]’

‘EUTM 018110747, NO TIME TO DIE [Ordmærke]’

8.8 WEBKILDER

Cinzia Negro, ‘Webinar: Books, Movies, etc.: Can Titles and Characters Be Protected as Trade Marks?’ (EUIPO, 2016) (tilgået d. 22. April 2022)

LINK: <https://euiipo.europa.eu/knowledge/mod/scorm/player.php?a=1334¤torg=ORG EUIPO20161122789987459F114E25240434D&scoid=4178&sesskey=nJwc52E2GD&display=popup&mode=normal>

‘Fortegnelse af James Bond-Film’ (*007.com*) (tilgået d. 10. maj 2022)

LINK: <https://www.007.com/the-films/>