Kan man støtte ret på fremstillingsfiktionen?

















# Titelblad

* **Uddannelse**
	+ **Jura Aalborg Universitet**
* **Tema**
	+ **Kandidat speciale**
* **Retsområde**
	+ **EU-ret og Immaterialret**
* **Specialets titel**
	+ **Kan man støtte ret på ”Fremstilingsfiktionen”**
* **Engelsk titel**
	+ **Is the “Production fiction” part of the law**
* **Vejleder**
	+ **Charlotte Bagger Tranberg**
* **Dato for aflevering**
	+ **10. oktober 2012**
* **Udarbejdet af Jens Berthelsen**

# English summary

This project has arisen from the two subjects of EU-law and Intellectual Property Rights. The focus of this master degree projects is to investigate if Danish law recognize the use of a so called “production fiction” when solving an IPR offence.

This subject have arisen from discussions in the legal forum after a Danish court in the case of SH2011V 29/10 accepted the use of a “production fiction” to solve a legal matter concerning a costumer who bought a pirate copied Rolex watch through a web shop in China.

The buyer was a costumer and had no commercial intentions with the watch. This meant that the costumer had done anything illegal even through the watch was a clear pirate copy and therefore was a offence towards the owner of IPR rights concerning the watch.

The costumer had no done anything illegal according to any Danish or European law, so the prosecutor instead convinced the court to base its judgment on the “production fiction”. Therefore the court decided that even through the watch not was made in Denmark; it was an IPR offence to bring such a watch into the territory of Denmark. Therefore the buyer had to deliver his watch freely and without compensation to the authorities, so the watch could be destroyed.

As a consumer in Denmark, it is not illegal to buy or wear products which offend someone’s intellectual property right as long as the product is only used for private use. That is the reason why this judgment has made such a debate and the reason why I wish to investigate this further.

I will use this project to make a short introduction to the legal areas of IPR and the EU law on the subject. I will analyze the legal texts and look through the legal judgments relevant to the subject.

I will use this to analyze the legal practice, so I can find out what is the rule law on this area and is it correct to use the “production fiction” in such cases or not? Can I find any support for the “production fiction” or was it just a wrong judgment made by the Danish court? Since this is regulated not only by Danish law but also EU law. I will compare this SH2011V 29/10 case with Curia’s case law.

# Forord

Med baggrund i fagene EU – ret og Immaterialret vil dette juridiske kandidatspeciale tage sit udspring i problemstillingerne i relation til Sø – og Handelsrettens dom nummer V 29/ 10. Fokus for dette projekt vil derfor være, hvorvidt en krænket rettighedshaver kan støtte ret på ”Fremstillingsfiktionen”, i forbindelse med brugen af EU’s Toldforordning. Der vil kun blive fokuseret på den situation, hvor en vare kommer fra et tredjeland og ind i EU, hvorimod der ikke vil blive taget fat på problemstillingerne omkring køb af krænkende vare indenfor EU.

For at få et indblik i retstilstanden er det nødvendigt, at give en kort beskrivelse af retstilstande på området og undtagelserne til hovedreglerne. Derfor vil der være en kort gennemgang af Ophavsretten og Varemærkeretten. Disse to områder er valgt, fordi de kan bruges til at give en generel beskrivelse af den juridiske rettighedsstruktur indenfor Immaterialret og de er i praksis de mest relevante.

Den indledende gennemgang af retsområderne Ophavsret og Varemærke ret vil blive brugt til at danne grundlag for rettighedshaverens rettigheder og de legale undtagelser til denne, som forefindes i lovgivningen.

I Danmark kan en forbruger ikke blive straffet for brugen af produkter som krænker en Immateriel rettighed, så længe produktet kun bliver anvendt til privat brug. Dette er årsagen til at dommen V 29/ 10, er så banebrydende. Selvom der ikke er tale om en straf når man vederlagsfrit skal afstå sit piratkopierede ur til destruktion hos statskassen. Er der efter min mening tale om en indirekte straf, fordi der modsat andre retlige discipliner ikke er en ”ond tro” vurdering. Dermed kan man i god tro have givet mange penge for et ur, som senere viser sig at være falsk.

Traditionelt har afgrænsningen på dette område været baseret på et skøn omkring den erhvervsmæssige hensigt. Derfor vil de relevante domme på området omkring bedømmelsen af erhvervsmæssig interesse blive inddraget, for at redegøre nærmere for dette begreb. Det erhvervsmæssige begreb er af stor interesse, fordi at man som forbruger tidligere legalt kunne købe produkter til privat brug uden at skulle forholde sig til, hvorvidt et givent produkt krænkede en immateriel rettighed.

Derudover er formålet med gennemgange af retspraksis at se på om Sø- og Handelsrettens dom bygger på hidtidig retspraksis eller om der med domsafsigelsen er tale om en ny retstilstand.

Dernæst vil projektet analysere Toldforordningen og finde frem til om der i lovgivningen kan findes hjemmel til støtte for ”Fremstillingsfiktionen”.

Dernæst vil de forenede sager Nokia og Philips blive behandlet, fordi de i den juridiske teori bliver taget til indtægt for dødsstødet til ”Fremstillingsfiktionen”. Både Toldforordningen og de gældende regler på det Immaterielle område er reguleret af EU og derfor skal EU domstolens afgørelser tages til indtægt for gældende ret på området.

Til sidst vil juridiskteori og andre relevante domsafsigelser ved EU domstolen blive inddraget for at cementere et endeligt billede af gældende ret. Derfor er det vigtigt ikke bare at drage en konklusion ud fra en enkelt dom, men inddrage både teori og praksis, for at få det fulde billede af retstilstanden på dette område.



Indholdsfortegnelse

[Titelblad 2](#_Toc337617464)

[English summary 3](#_Toc337617465)

[Forord 4](#_Toc337617466)

[Begrebet Immaterialret 8](#_Toc337617467)

[Ophavsretten 8](#_Toc337617468)

[Ophavsretten er formløs 12](#_Toc337617469)

[Originalitetskravet 14](#_Toc337617470)

[Ophavsrettens rettigheder 17](#_Toc337617471)

[Varemærkeretten 21](#_Toc337617472)

[Indskrænkninger i Ophavsretten & Varemærkeretten 23](#_Toc337617473)

[Eksemplarfremstilling til privatbrug 24](#_Toc337617474)

[Konsumption 25](#_Toc337617475)

[Andre undtagelser 27](#_Toc337617476)

[Generelt om krænkelser 27](#_Toc337617477)

[Den typiske krænkelse 29](#_Toc337617478)

[Piratkopiering 29](#_Toc337617479)

[Varemærkeforfalskning 31](#_Toc337617480)

[Dansk retspraksis vedr. erhvervsmæssig hensigt 32](#_Toc337617481)

[SH2006. V 21-05 32](#_Toc337617482)

[SH2007. V 38-06 33](#_Toc337617483)

[SH2012. V11-11 35](#_Toc337617484)

[Toldforordningen 36](#_Toc337617485)

[Fremstillingsteorien 41](#_Toc337617486)

[SH2011V 29/10 42](#_Toc337617487)

[Resume 42](#_Toc337617488)

[Kommentarer 42](#_Toc337617489)

[Principiel afgørelse i de forenede sager ved EU-domstolen 45](#_Toc337617490)

[Resume af de forenede sager C-446/09 og C-495/09 45](#_Toc337617491)

[Philips sagen 46](#_Toc337617492)

[Nokia sagen 49](#_Toc337617493)

[En enlig svale 51](#_Toc337617494)

[Konklusion 53](#_Toc337617495)

[Litteraturliste 59](#_Toc337617496)

[Litteratur 59](#_Toc337617497)

[Internet kilder 59](#_Toc337617498)

[Domme 59](#_Toc337617499)

[Doms kommentar 59](#_Toc337617500)

# Begrebet Immaterialret

Projektets omdrejningspunkt er, hvorvidt Fremstillingsteorien kan inddrages i sager vedr. en krænkelse af en rettighedshavers rettighed og derfor er formålet med dette afsnit at definere begrebet immaterialret.

Det første spørgsmål der trænger sig på når man anvender samlebetegnelserne Immaterialret eller IPR, er spørgsmålet, hvilke juridiske delområder der kan henregnes under disse overordnede betegnelser.

Kort sagt kan man sige at Immaterialret er læren om ”(…)*enerettigheder til at udnytte visse ting økonomisk”[[1]](#footnote-1).* Dette retsområde er underinddelt i fem underområder, som hver især varetager reguleringen af en række rettigheder på et specifikt delområde af Immaterialretten.

Reglerne for dette område står primært i Ophavsretsloven, Patentloven, Brugsmodelloven, Designloven, Halvlederloven, Varemærkeloven. Disse love udspringer og suppleres af EU; Forordninger, der er vedtaget igennem EU systemet og gælder på samme måde som danske love vedtaget af Folketinget. Derudover er der en række EU direktiver som ikke har direkte virkning i de enkelte medlemslande men, som er blevet inkorporerede i de nationale regler. Disse direktiver tilsigter ligeledes en harmonisering af EU medlemslandenes nationale IPR regler. Dernæst har Danmark tilsluttet sig en række internationale konventioner og traktater der har til formål globalt at skabe en ensartet IPR struktur.[[2]](#footnote-2)

## Ophavsretten

Ophavsretten omhandler eneretten til litterære og kunstneriske værker, hvilket betegnes som den ophavsretlige beskyttelse. Dernæst er der nogle beskyttelsesværdige ting, som ikke opfylder kravet om at være litterære eller kunstneriske og derfor beskyttes efter reglerne om naboretlig beskyttelse i Ophavsretslovens kapitel 5.[[3]](#footnote-3)

Som det kan udledes af Ophavsretslovens § 1, stk. 1-3. Kan litterære værker inddeles i tre kategorier;

**Sprogværker** er værker som bliver udtrykt igennem sproget og derfor kan alt lige fra et par ord, til en lang skrivelse, som udgangspunkt beskyttes. Enkelte ord beskyttes ikke som sprogværker, men til gengæld kan slogans og en titel på et værk godt beskyttes, hvilket fremgår af dommen U 1966.676Ø hvor ”hvem ringer klokkerne for” var et beskyttelsesværdigt værk, på trods af den nærtliggende oversættelse af den originale engelske titel som var ”For whome the bells talls”. De typiske eksempler på sprogværker er digte, romaner, faglitteratur, skønlitteratur, artikler og i nogle tilfælde endda et interview. Der er i den juridiske litteratur delte meninger om, hvorvidt kontraktsformularer, skemaer og blanketter kan opnå beskyttelse efter ophavsretsloven. Det fremgår til gengæld tydeligt af ophavsretslovens § 9 at forvaltningsafgørelser, domme, love, cirkulærer og bekendtgørelser ikke kan opnå beskyttelse.[[4]](#footnote-4)

**Beskrivende værker** er ligesom det fremgår af betegnelsen et værk som beskriver noget. Eksempler på denne type af værker er landkort, globusser, tekniske tegninger, anatomiske dukker til undervisningsbrug og i nogle tilfælde, er illustrationer i reklamer ligeledes omfattet af begrebet.[[5]](#footnote-5)

**Edb-programmer** er Jf. ophavsretslovens § 1, stk. 3. at betegne som værende et litterært såfremt det der beskyttes er Kildekode, objektkode eller forberedende designmateriale. Dermed ydes der beskyttelse til de Edb-programmeringer som ligger til grund for selve programmet og ikke de ting som der kan ses på skærmen, fordi de beskyttes som selvstændige værker, så som tekst, billede, design, lyd mv.[[6]](#footnote-6)

På samme måde kan kunstneriske værker inddeles i to underordnede kategorier.

**Kunstværker[[7]](#footnote-7)**; er billedkunst, brugskunst, bygningskunst, fotografier.

**Kunstneriske værker** som ikke kan betegnes som egentlig kunst, men som alligevel er så kunstneriske udført at de kan opnå beskyttelse, er værker så som; film, musikværker, sceneværker.[[8]](#footnote-8) Begrebet omfatter i denne sammenhæng alt fra optagelser af naturen til en række sammensatte akkorder, der tilsammen skaber en melodi. Enkelte akkorder eller rytmer beskyttes ikke, men til gengæld kan en bearbejdelse af F.eks. en gammel Elvis sang godt opnå beskyttelse, hvis bearbejdelsen har nok værkshøjde. Sceneværker omfatter teater, opera, dukke teater mv. som kan opnå beskyttes, hvor imod variete – og cirkusartister ikke kan opnå beskyttelse[[9]](#footnote-9)**.** Filmværker er alt fra en stor spillefilm til en dokumentar eller hjemmevideo. Der er i teorien uenighed om, hvorvidt filmformater til eksempelvis konceptet for ”hvem vil være millionær”, kan opnå beskyttelse. For dette område må der gælde det samme som for brugskunst, nemlig at der kun kan opnås beskyttelse imod en nærgående efterligning, fordi der er en del fællestræk ved quizs, som man ikke kan opnå eneret til.

Sidst men ikke mindst er der værker der kan være begge dele. Somme tider optræder de som litterære værker og andre gange som kunstneriske værker. Disse situationer opstår i de tilfælde, hvor et originalt værk bliver brugt i komplikationer, bearbejdelser eller der er tale om et varemærke. En komplikation kan enten beskyttes som et samleværk, hvis man for eksempelvis vælger at samle en masse originalværker i et leksikon jf. ophavsretsloven § 5. Omvendt kan man samle en række data som i sige selv ikke kan opnå en individuel beskyttelse, men via den unikke indsamlingsmetode opnår en samlet beskyttelse efter ophavsretslovens § 1. Dette er eksempelvis tilfældet, hvis man ligesom ”Madame Mangor[[10]](#footnote-10)” samler en række hverdagsmadopskrifter i en temakogebog der opfylder gyldighedsbetingelserne i ophavsretsloven.

Bearbejdelser af et ophavsretligt værk kan ligeledes opnå beskyttelse, hvis man enten har tilladelse fra ophavsmanden og eller via den kunstneriske ytringsfrihed har bearbejdet et værk på en måde, så bearbejdelsen selvstændigt kan opnå ophavsretlig beskyttelse. Det bør i den sammenhæng tilføjes, at såfremt man for eksempelvis gerne vil bruge et bearbejdet værk fra en talentkonkurrence, så skal man både have tilladelse af dem der har rettigheden til det originale værk og dem der har rettigheden til bearbejdelsen af originalværket.

Et varemærke kan både være et litterært og et kunstnerisk værk. Dette er tilfældet ved nogle firma varemærker der både har et navn og logo. Eksempelvis har detailkæden Netto med sloganet altid billigst et litterært værk og deres ”Nettohund” er et kunstnerisk værk.

En række domme og de to juridiske forfattere Koktvedgaard og Schovsbo mener at ophavsretten går tabt i spørgsmålet om krænkelsessager af et varemærke. Derfor skal man i disse sager i stedet benytte Varemærkeloven til at afgøre søgsmålet og nøjes med at anvende ophavsretten i andre sager, som ikke vedrører et krænkelses spørgsmål, men derimod eksempelvis hvem der har ophavsretten til originalværket ”Nettohunden”. [[11]](#footnote-11)

### Ophavsretten er formløs

Dette betyder at ophavsmanden opnår beskyttelsen af sit værk, i det øjeblik værket manifesterer sig for første gang. Dermed behøver ophavsmanden ikke at spekulere på at få værket registreret, som det er tilfældet for eksempelvis patentrettigheder. Dog er det ikke nok at ophavsmanden har haft en genial ide til et værk inde i sit hoved og det skyldes at værket først opnår beskyttelse når det bliver manifesteret. I ophavsretten er der mange forskellige måder, hvorpå et værk kan bliver skabt eller manifestere sig på alt efter, hvilken type af værk der er tale om. En skulptur vil eksempelvis manifestere sig ved skabelsen af en fysisk statue, hvorimod en roman manifestere ved fysisk at skrive historien. Men der er intet krav om at værket skal manifestere sig i et fysisk værk, hvilket er grunden til at for eksempelvis en tale eller fremførelse ligeledes vil kunne opnå beskyttelse. [[12]](#footnote-12)

Jævnfør Ophavsretslovens § 63 varer den ophavsretlige beskyttelse af et værk indtil 70 år efter ophavsmandens dødstidspunkt. I denne periode har ophavsmanden eller dem som han har overdraget rettighederne til som udgangspunkt en eneret til de økonomiske og ideelle rettigheder som vedrører værket.

Ovenstående omkring opnåelsen af den ophavsretlige beskyttelse og længden af denne gælder ikke, hvis der er tale om et værk som udleder sin beskyttelse fra en af Naborettighederne. I de tilfælde, hvor man har med en Naborettighed at gøre, skal beskyttelsens indhold og beskyttelses tiden udledes af den konkrete paragraf som giver værket dets Naboretlige beskyttelse.[[13]](#footnote-13) Et godt eksempel på dette er Ophavsretslovens § 64 omkring den såkaldte Editio Princeps. Dette går ud på, at hvis man for eksempelvis finder en ukendt fjerde bog til trilogien omkring Ringenes Herre, som endnu ikke har været udgivet, så indebærer dette princip at man kan opnå en 25 årig beskyttelse ved at udgive værket.[[14]](#footnote-14)

Når et værk opfylder betingelserne for at få en ophavsretlig beskyttelse, er det vigtigt at være opmærksom på, at der ikke altid kun er en ophavsmand, men at der i mange tilfælde kan være flere personer, som har været inde over i forbindelse med skabelsen af et værk. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt der er en eller flere ophavsmænd som har rettigheder i tilknytning til værket.

Hvis der eksempelvis er to mænd, der begge bidrager til skabelsen af teksten til en sang, så vil der typisk være tale om et fælles værk, fordi de enkelte bidrag, som ophavsmændene hver i sær har ydet, ikke i sig selv er værker som kan adskilles fra det samlede værk og leve sit eget liv. Dette betyder at begge mænd bliver ligeværdige rettighedshavere til værket/sangen og derfor skal begge give tilladelse til at sangen kan blive brugt i en given sammenhæng. Til gengæld har begge ophavsmænd ret til jf. ophavsretslovens § 6, separat at gribe ind overfor krænkelser af fællesværket.

Et andet eksempel kunne være, at der er en digter som skriver et smukt digt og på et senere tidspunkt er der en musiker der skriver en sang til dette digt. I dette eksempel er der tale om et samlet værk, som består af to værker som kan adskilles fra hinanden og være et originalt værk i sig selv. Digtet kan fortsat bruges som digt i en digtsamling og melodien kan spilles alene eller bruges til andre tekster. Når man minimum har to ophavsmænd, som hver især har bidraget til et samlet værk, der består af minimum to originale værker som kan stå alene, er der tale om et tveværk. Dette betyder for eksempelvis at digtet og sangen lever hvert sit liv. Hvis man vil bruge digtet skal, man kun have tilladelse fra ophavsmanden til digtet og vil man omvendt kun anvende melodien, skal man kun have tilladelse fra ophavsmanden til melodien. Vil man derimod gerne gøre brug af både melodien og digtet som et samleværk, skal man have tilladelse fra begge ophavsmænd. Dermed råder hver ophavsmand over sit eget værk og er dermed den eneste som kan tillade eller nægte brugen af sit værk. [[15]](#footnote-15)

Som det vil blive nærmere beskrevet i næste afsnit er det naturligvis et krav, at man for at kunne opnå ophavsret til sit eget værk, et tveværk eller et fællesværk opfylder originalitetskravet, hvilket betyder at der skal et mere kunstnerisk bidrage til end bare et teknisk bidrag. Det betyder at lydteknikeren eller producenten i lydstudiet umiddelbart må klare sig uden beskyttelse fra ophavsretten, medmindre deres bidrag opfylder originalitetskravet eller de kan søge beskyttelse via naborettighederne.[[16]](#footnote-16)

### Originalitetskravet

Dette krav er en gyldighedsbetingelse for at en ophavsmand kan opnå beskyttelse af sit værk efter ophavsretsloven og hvis denne betingelse ikke er opfyldt, kan ophavsmanden højest håbe på at opnå beskyttelse efter en af bestemmelserne omkring naborettigheder. Nogle bruger i stedet betegnelsen at et værk skal have en vis værkshøjde og at kravet muligvis kan udledes af ordet ”værk” jf § 1 i ophavsretsloven.[[17]](#footnote-17)

Dette krav om værkshøjde indebærer, for det første at værket skal være skabt af ophavsmanden selv og være en unik nyskabelse der rækker udover de ting, som er en del af vores ”åndelige fællesskab”, hvilket vil sige at man ikke kan opnå beskyttelse af en 100 % nøjagtig kopi af et Anna Anker maleri. Ligeledes vil en stykke rav som man samler op på stranden og kalder for kunst heller ikke kunne opnå beskyttelse. [[18]](#footnote-18)

Ophavsretslovens område er primært kunstneriske og litterære værker, hvilket er baggrunden for at der ligeledes i originalitetskravet ligger en betingelse om, at ophavsmanden har været kreativ på skabelsestidspunktet af værket. Dette er en konkret vurdering, men generelt kan man sige at der er tale om et lempeligt krav, hvor rutine/erhvervsprægede handlinger såsom direkte oversættelser af forretningsbreve ikke kan opnå beskyttelse. Derimod kan en reklame eller en dansk oversættelse af en bog være nok til at opfylde kravet om originalitet.[[19]](#footnote-19)

Til bedømmelsen af, hvor strengt originalitetskravet er i forhold til et givent værk afhænger af, hvor stærkt kravet om værkshøjden skal være afhænger af omverdens anerkendelsesværdige interesser i at ingen får et juridisk monopol på et værk som ligger tæt på det åndelige fælleseje. Dette er formentlig grunden til, at der stilles høje krav til værkshøjden når det drejer sig om kontraktsformularer, sene instruktion, brugskunst mv. Dette er en fornuftig afvejning imellem modstridende interesser fordi der er grænser for, hvordan en stol kan være udformet eller det vil være uholdbart hvis nogle advokater kunne have monopol på almennyttige juridiske udtryk.[[20]](#footnote-20)

Et eksempel fra retspraksis på at der ikke skal så meget til at opnå en ophavsretlig beskyttelse, når der som oftest ikke er en stærk almennyttig årsag til at nægte en sådan beskyttelse fremgår af **U1951.725/3H**. Her ligger både byretten og højeste ret til grund at oversættelsen af titlen ”For Whome the Bell Tolls” til den danske version ” Hvem ringer klokkerne for?” var udtryk for et originalt og individuelt åndsarbejder, som kunne opnå en ophavsretlig beskyttelse. Der er dog ikke tale om en helt direkte oversættelse, idet klokken i den engelske version er blevet til sat i flertal i den danske version og dermed blevet til klokkerne. Bisætningsformen i den engelske version er ved den danske oversættelse blevet til et selvstændigt spørgsmål. Sidst men ikke mindst her man i den danske oversættelse valgt at fjerne ”for hvem ringer klokkerne og i stedet fået en mere dansk lydende titel ved at nøjes ”Hvem ringer klokkerne for?”.

Selvfølgelig er der ikke tale om en slavisk direkte oversættelse af den engelske original titel, men alligevel forekommer ændringerne ikke store, hvilket formentlig var grunden til at Østre Landsret ikke fandt frem til at oversættelsen havde værkshøjde nok til at opnå en ophavsretlig beskyttelse. På trods af dette skal højesterets doms respekteres og anerkendes som det rigtige resultat. Dermed står man tilbage med en dom som viser at der ikke er langt imellem en slavisk oversættelse og et originalt værk som kan opnå beskyttelse.

En tommelfinger metode til at teste, hvorvidt et værk opfylder kravet om originalitet er ved hjælp af ”dobbeltskabelseskriteriumet”. Som udgangspunkt kan man sige at et værk har tilstrækkeligt med værkshøjde, hvis det er usandsynligt at værket kunne være skabt af to ophavsmænd uafhængigt af hinanden. Dog er dette ikke et absolut kriterium fordi der findes eksempler på at to ophavsmænd uafhængigt af hinanden og uden kendskab til den andens værk har skabt to identiske værker.[[21]](#footnote-21)

Sidst men ikke mindst er det vigtigt at pointere, at der ikke findes noget kvalitetskrav til hvad kunst er. Derfor kan man kun bedømme værkshøjden ved at se på, om ophavsmanden har været kreativ i sin skabelse af værket og værket skal være en objektiv nyhed for ophavsmanden, som rækker ud over det åndelige fælleseje. Dette peger igen tilbage på dobbeltskabelseskriteriumet, fordi hvis man uafhængigt af en anden ophavsmand kommer til at lave en nøjagtigt kopi af et værk, som allerede eksistere og som man beviseligt ikke havde kendskab til dets eksistens. Taler det for at ingen af de to værker opfylder originalitetskravet, fordi det enten ikke er kreativt nok eller bevæger sig ud over det åndelige fælleseje. Men der findes i retspraksis undtagelser til dette udgangspunkt.[[22]](#footnote-22)

### Ophavsrettens rettigheder

Når man som ophavsmand eller ophavsmænd skaber et værk, som både opfylder kravene om at være et litterært eller kunstnerisk værk og samtidigt opfylder kravet om originalitet. Følger det af ophavsretslovens §§ 2 og 3 at man får en række enerettigheder til beskyttelsen af ens værk.

Ophavsretslovens § 2 opregner de økonomiske rettigheder man som ophavsmanden får et juridisk monopol på, at udnytte i forhold til værket. Det er ophavsmanden der har skabt værket og derfor er det ham som den lovgivende magt, der med visse indskrænkninger, har valgt at give ophavsmanden en eneret til at bestemme, hvordan værket skal udnyttes økonomisk.[[23]](#footnote-23)

Der er flere måder, hvorpå man økonomisk kan kapitalisere på et værk og den første oplagte mulighed vil være ved eksemplarfremstilling. Ved direkte eller indirekte at skabe en kopi af det oprindelige værk åbner man op for forskellige metoder, hvorpå en bredere kreds af mennesker kan opleve værket. Et direkte eksemplar er eksempelvis en genoptrykning af en bog, hvorimod et billede af Aalborg Tårnet er en indirekte eksemplarfremstilling.

**Eksemplar spredning** dækker over de måder, hvorpå et værk kan blive distribueret ud til en vid kreds af personer. Det kan gøres på mange måder, men de typiske vil være salg, udlejning, gave og leasing. Dette skal man som udgangspunkt have grønt lys fra ophavsmanden til, medmindre man kan gøre brug af nogle af de I lovgivningen opregnede undtagelserne. (konsumption som bliver omtalt nærmere i afsnittet omkring undtagelser til ophavsretten.)[[24]](#footnote-24)

Alternativt er en anden måde at gøre værket tilgængeligt for en større kreds af mennesker, ved anvendelse af forskellige former for **eksemplarvisning**. Det vil være eksemplarvisning at udstille et værk på et galleri, udstille et værk i et butiksvindue eller bruge et billede af et værk i forbindelse med ens PowerPoint fremvisning. Derimod vil det være en offentlig fremførelse, hvis man ligger et værk ud på internettet og det skyldes, at man på den måde når ud til en uhåndgribelig stor mængde af mennesker.

Når man taler om **offentlig fremførelse**, kan man underinddele dette begreb i tre kategorier. Der er først den klassiske form for offentlig fremførelse, når man eksempelvis spiller beskyttede værker til en musik koncert eller opfører et teaterstykke. Den mest moderne metode for offentlig fremførelse er ”tilrådighedsstillelse on demand”, hvilket betyder at man eksempelvis ligger en optagelse af et givent værk ud på Youtube.com. Dette er grunden til, at når man går inde i H&M og hører radioen igennem butikkens højtalere eller modtager sit TV signal via en lokal antenneforening, er det begge to former for en selvstændig offentlig fremførelse, som kræver tilladelse fra ophavsmanden. [[25]](#footnote-25)

Hvis man ikke kan gøre brug af en af undtagelserne i ophavsretsloven, kræver det kortsagt at man har tilladelse fra ophavsmanden, førend man kan begive sig ud i spredning og visning til almenheden eller fremførelse til offentligheden.[[26]](#footnote-26)

Generelt er der tale om en offentlig fremførelse, hvis den der er ansvarlig for værksudførelsen ikke har personlige bånd til den personkreds det sker overfor. Dette er grunden til at man lovligt uden at krænke nogens ophavsret eksempelvis kan afspille en dvd film når ens kammerater kommer på besøg. Til private arrangementer kan man ligeledes synge en Hansi Hinterseer sang, uden at krænke nogens enerettigheder, fordi man har personlige bånd til ens gæster. Det faktum at personalet på en kro, kommer til at høre ens skønsang og at man som regel ikke har et personligt bånd til dem hører under bagatelgrænsen. Hvis der til gengæld sker en værksudførelse i en erhvervsvirksomhed har man jf. ophavsretslovens § 2, stk. 4, nr. 2 bestemt at der altid er tale om en offentlig fremførelse når personkredsen er på 40 mennesker eller derover. Dette er ikke en deklatorisk regel og gælder uanset om de 40 ansatte på en given virksomhed alle er i familie med hinanden. Til gengæld findes der en kompliceret retspraksis der bedømmer, hvorvidt klubber, foreninger, mv. udøver offentlige fremførelse. Konklusionen på dette må være, at det afgørende princip er en vurdering af formålet med foreningen eller fitness centeret. Hvis der ligger en kommercielt og profitorienteret hensigt bag foretagendet er der tale om en offentlig fremførelse uanset hvad. Hvis man derimod forestiller sig en spejderklub, hvor formålet primært er et socialt samvær og derfor kommer de ikke ind under kategorien offentlig fremførelse. [[27]](#footnote-27)

Udover de økonomiske rettigheder, har ophavsmanden nogle **ideelle rettigheder** der ligesom de økonomiske rettigheder som udgangspunkt udløber 70 år efter ophavsmandens død jf § 63 i ophavsretsloven. Det følger af ophavsretslovens § 3 at ophavsmanden til et værk udover de økonomiske rettigheder får tildelt en faderskabsret og en respektret.[[28]](#footnote-28)

Faderskabsretten går ud på, at hvis ens værk bliver gjort tilgængeligt for omverden, har man altid krav på, at blive krediteret som værkets ophavsmand. Dette gælder dog ikke, hvis der sker værksudøvelsen på et område, hvor der er en god skik der begrunder en krænkelse af faderskabsretten. Dette er eksempelvis tilfældet, når man til sin fest arrangere, at der er en hyggepianist som spiller nogle af de gamle klassikere, undlader at råbe ophavsmændenes navne ud i lokalet imellem sangene.

**Respektretten** skyldes ganske enkelt, at man skal respektere de værker som opnår den ophavsretlige beskyttelse. Derfor må man ikke ændre værket eller vise det i en krænkende sammenhæng. Det vil eksempelvis være en krænkelse at genindspille Engle & Dæmoner med en sørgelig afslutning. Denne rettighed er dog begrænset af, at man godt må lave parodier på baggrund af værket og man må ligeledes godt købe eksempelvis en Dan Brown bog og bruge den som optænding i pejsen uden at det krænker respektretten.[[29]](#footnote-29)

Som sagt vil ophavsmanden fortsat beholde sine ideelle rettigheder, selvom ophavsmanden af økonomiske grunde har overdraget den økonomiske udnyttelse af værket til en anden. Men det er ikke altid sikkert at ophavsmanden kan med sine ideelle rettigheder kan komme efter den nye indehaver af en økonomisk rettighed til værket. Dette er **U 1997.975** – Sidney Pollack er et godt eksempel på. Faktum i sagen var at ophavsmanden til et filmværk havde overdraget den økonomiske ret til at konvertere originalfilmen fra biografformat til TV format. Der var flere metoder at gøre dette på men producenten som havde erhvervet rettigheden valgte den mest gængse og billigste metode. Ophavsmanden følte sig krænket over denne fremgangsmåde fordi denne metode betød at kanterne af filmen blev skåret væk, hvilket betød at skuespillerne nogle gange var halvt skåret ud af filmen. Imidlertid kom retten frem til at ophavsmanden med sin burde viden burde have indset at der var en stor risiko for at producenten som han overdraget rettighed til ville anvende denne metode. Derfor kunne ophavsmanden ikke gøre sine indsigelser gældende.

Dette følger af Perter Schønnings kommentarer til § 56 i ophavsretsloven som regulerer dette spørgsmål. Udgangspunktet er nemlig at selvom et værk bliver overdraget fra ophavsmanden til en ny rettighedshaver, så er udgangspunktet at den nye rettighedshaver ikke må ændre på værket. Dette udgangspunkt kan modificeres ved aftale eller en sædvanlig på området.[[30]](#footnote-30)

# Varemærkeretten

Disse kan defineres som værende de bogstaver eller figurer mv. som en erhvervsdrivende bruger som kendetegn eller symbol for deres varer og tjenesteydelser.[[31]](#footnote-31)

Der findes mange forskellige former for varemærker men fælles for dem alle er kravet om at et varemærke skal have et fornødent særpræg. Dette betyder at et varemærke både skal være distinktivt og det må ikke være deskriptivt. Distinktivt betyder at man som udgangspunkt ikke kan anvende et bogstav fra alfabetet som et varemærke, fordi disse ord tilhører almenvældet og selvom kravene er lempelige, så skal et varemærke have et vist særpræg førend det kan opnå beskyttelse.

Hvad et varemærke kan være fremgår af både Varemærkelovens § 2 og Varemærkeforordningens artikel 4; ord og ordforbindelser, bogstaver, tal, figurer, billeder og emballagen. Det er et krav at et varemærke har et særpræg er indarbejdet i folks bevidsthed på en måde der sikre, at det pågældende varemærke adskiller sig fra andre produkter på markedet.

Man kan sammenstille vurderingen på dette område med vurdering af ophavsrettens værkshøjde, idet at der på samme måde ikke stilles store krav, førend at et produkt navn kan opnå status som et beskyttelsesværdigt varemærke. Et godt eksempel fra virkeligheden er teleselskabet 3. Som udgangspunkt vil der ikke kunne opnås beskyttelse af tallet 3, som et varemærke. Teleselskabet har imidlertid via indarbejdelse og figurer, formået at give tallet tre deres egen særpræg. Derved har teleselskabet formået at få en varemærkebeskyttelse af tallet 3.

Varemærkelovens § 14 opregner de tilfælde, hvor der aldrig vil kunne opnås en varemærkebeskyttelse. Dette drejer sig i hovedsagen om varemærker der er usædelige, minder for meget om nationale emblemer, krænker andres rettigheder og er vildledende mv.

Man kan få et varemærke ved ibrugtagning, søge registrering ved den danske Patent- og Varemærkestyrelse, Søge registrering ved OHIM som er EU’s varemærkestyrelse og endelig kan man via Madrid-aftalen Igennem WIPO ansøge om et internationalt varemærke.

Når en rettighedshaver har opnået retten til registret varemærke gælder denne eneret for 10 år af gangen og bliver automatisk fornyet ved vedvarende ibrugtagning.

# Indskrænkninger i Ophavsretten & Varemærkeretten

I de ovenstående afsnit er den grundlæggende ophavsret blevet gennemgået og formålet med dette afsnit, er at belyse de undtagelser, der ligeledes findes i ophavsretslovens kapital to til de generelle ophavsretlige regler. Formålet med disse regler er, at skabe et afbalanceret forhold imellem den der har rettighederne, nemlig ophavsmanden eller rettighedshaverne og resten af samfundet. Den retsfilosofiske tankegang der ligger bag denne sondring er, et udtryk for at skabelsen af nye værker bygger på inspiration fra ældre værker. Ydermere er tankegangen at, man ved at bygge videre på sine forgængeres bedrifter og derved blive klogere. Skubber til udviklingen og skaber bedre værker til glæde for alle.[[32]](#footnote-32)

Overordnet findes der tre former for kategorier af undtagelser til ophavsrettens generelle bestemmelser. Der er tale om; **fribrugsregler, tvangslicenser og aftalelincenser.** Fribrugsregler er undtagelser der giver mulighed for, at man i et begrænset omfang kan bruge et værk på en bestemt måde, uden først at skulle spørge om lov hos ophavsmanden. Tvangslicenser handler om at man i visse situationer kan få ret til at anvende et værk, uden at spørge ophavsretsmande om lov, så længe man betaler for det. Kan man ikke blive enig om prisen kan man jf. § 47 gå til Licensankenævnet som vil træffe en endelig afgørelse. Aftalelicenser betyder, at man i stedet for at tale med en ophavsmand, kan gå til en ophavsmandsorganisation, hvor man kan aftale de nærmere betingelser og prisen for brugen af et givent værk.[[33]](#footnote-33) Uanset hvilken form for undtagelse man vælger at gøre brug af, følger det af § 11 jf. § 3 i ophavsretsloven at man stadig skal respektere ophavsmandens ide eller rettigheder og at man kun kan gøre brug af en undtagelse med henvisning til værker som er anskaffet på lovlig vis. Dette betyder at man naturligvis ikke kan gøre brug af undtagelserne i forhold til en ulovlig piratkopi.[[34]](#footnote-34)

### Eksemplarfremstilling til privatbrug

Jævn før § 11 i ophavsretsloven er det ikke en krænkelse, at eksempelvis ens computer tager midlertidige kopier af eksempelvis en cd, som man lovligt er kommet til. Teoretisk set, er det en krænkende eksemplarfremstilling, men da der kun er tale om en midlertidig kopiering og sker på baggrund af en teknologisk nødvendighed. Har man valgt at se igennem fingere med det og denne form for krænkelse hører til, hvad der bør opfanges af bagatelgrænsen.

Ifølge § 12 i ophavsretsloven må man gerne lave et ikke erhvervsmæssigt eksemplar til sit eget private brug. At det skal være til privatbrug, betyder som tidligere nævnt, at det kun er personer som man har et personligbånd til som må få adgang til kopien. Ligesom i § 11 må man naturligvis kun tage kopier af værker, som man selv eller en man har knyttet personlige bånd til, har tilegnet sig værket på lovlig vis. Det følger af § 12, stk. 2 at man ikke må anvende kopieringsudstyr som er opsat med et erhvervsmæssigt øjemed til at lave sine kopier[[35]](#footnote-35). Det betyder, at selvom man eksempelvis, som omtalt tidligere gerne må anvende sin private computer til at lave en lovlig kopi af ens ynglings cd, så må man alligevel ikke gøre det, hvis man i stedet går ned til en professional kopierings shop. Det er ligeledes en betingelse, at de værker man kopiere er nogen man har købt. Derfor vil det være en ulovlig omgåelse af reglerne, hvis man låner en cd på biblioteket og derefter går hjem og kopierer den. Hvis der er tale om en digital kopiering af et værk, må man kun dele kopier af værket med medlemmer af ens husstand. Endelig er der værker, så som databaser og computerprogrammer som ikke må kopieres digitalt. Den sidste begrænsning er, at selvom man godt må lave en figur i haven som privat person, må man ikke lave et kunstværk eller bygningskunst som vil kunne forveksles med originalen. Dermed vil det være en krænkelse at lave en figur af den Lille Havfrue, hvis kopien er så god at nogen kunne tro at hun var flyttet til Aalborg. [[36]](#footnote-36)

### Konsumption

Som udgangspunkt har ophavsmanden en egenhændigt ret til at bestemmer over spredningen og visningen af hans værk. Men disse enerettigheder bliver indskrænket af blandt andet § 19 omkring konsumption af spredningsretten og § 20 der omhandler konsumering af visningsretten. At noget bliver konsumeret, er en fin måde at sige på, at en given beføjelse bliver opbrugt eller udtømt.

Hvis man nu forestiller sig at H.C. Andersen levede den dag i dag og han udgav et nyt eventyr på dansk. I det øjeblik at de originale bøger kommer ud på markedet i Danmark og bliver solgt, sker der et indhug i hans eneret til at bestemme over spredningen af hans værk. § 19 siger at når en ophavsmand en gang har givet samtykke til spredning af et værk, så er ophavsmandens på dette punkt konsumeret, hvilket betyder at man legalt kan videre sælge eventyret og dermed sprede værket uden et nyt samtykke fra ophavsmanden. [[37]](#footnote-37) Dette udgangspunkt bliver modificeret af EU’s infosoc-direktiv artikel 4, stk. 2. der siger, at når noget er bragt på markedet indenfor det indre marked i EU, så er der sket en regional konsumption. Konsekvensen heraf er, at man kan sælge sit eksemplar af H.C. Andersen eventyret til en person i Spanien uden at spørge om lov fra H.C. Andersen. Til gengæld er det kun indenfor det indre marked i EU som der er sket konsumption og derfor skal man stadig have et samtykke fra H.C. Andersen om at måtte sende et parti bøger med hans eventyr til Kina eller et andet sted udenfor fællesmarkedet.

Det er en betingelse for at der kan ske konsumption, at spredningen eller visningen er sket lovligt og med ophavsmandens samtykke. Det er ligeledes kun de specifikke eksemplarer der lovligt og med ophavsmandens samtykke er kommet på markedet, som giver køberen af værket en selvstændig sprednings eller visnings ret. Det betyder at hvis jeg eksempelvis henholdsvis har købt 1. udgave af et H.C. Andersens eventyr ”Den lille Havfrue” og samtidig køber en ulovlig 10. udgave af eventyret om ”Den Grimme Ælling”. Er det kun i forbindelse med købet af eventyret ”Den Lille Havfrue” at H.C. Andersens sprednings ret er blevet konsumeret, hvorimod at den ulovlige 10. udgave af eventyret om ”Den Grimme Ælling” ikke kan blive konsumeret når ophavsmanden ikke har samtykket til udgivelsen af en 10. udgave af eventyret. Dermed er det kun de faktiske eksemplarer, som ophavsmanden rent faktisk giver sit samtykke til bliver spredt, hvor spredningsretten bliver konsumeret. Et andet udslag af at det kun er de fysiske eksemplarer som der blevet spredt til offentligheden med ophavsmandens samtykke er, at hvis bøgerne eksempelvis kun er udgivet på dansk, så er det kun den danske version, hvor spredningsretten er konsumeret, hvorimod at H.C. Andersen stadig har spredningsretten på eksempelvis den engelske version. [[38]](#footnote-38)

Samme problemstilling gør sig gældende med visningsretten, hvis eksempelvis en ophavsmand maler et maleri og fremviser det på et galleri. Nu er maleriet blevet offentliggjort med ophavsmandens tilladelse og derfor har efterfølgende købere ret til at udstille maleriet. Dette er grunden til, at museer kan benytte visningsretten til at kræve en entre for at vise et maleri uden at spørge om ophavsmandens tilladelse hertil. [[39]](#footnote-39)

I ophavsretslovens § 38 findes der en modifikation til ovenstående, idet en billedkunstner i visse tilfælde har et vederlagskrav, når værket bliver solgt på auktion, men det er ikke relevant i forhold til denne fremstilling.

En anden modifikation er ved udlejning, hvor der ikke ligesom ved salg sker en regional, men derimod global konsumption, hvilket følger af ophavsretslovens § 19, stk. 1 og 2. Dette har dog ikke den store betydning, idet konsumption kun omfatter fysiske eksemplarer. [[40]](#footnote-40)

### Andre undtagelser

Der findes andre undtagelser til ophavsmandens enerettigheder, men disse har kun relevans i forhold til dette speciale og vil derfor ikke blive gennemgået.

# Generelt om krænkelser

For at samfundet kan udvikle sig og da vi alle er produkter af vores samfund. Er det en naturlig forudsætning at alle værker mere eller mindre starter med en inspiration fra vores åndelige fællesskab som tidligere blev nævnt i forbindelse med gennemgangen af originalitetskravet. Derfor er det fuldt ud legalt jf. § 4, stk. 2 at frembringe et nyt værk gennem ”fri benyttelse” af andre værker i sin skabelsesproces.

Dermed er det tilladt at lade sig inspirer af andre værker, men kravene i ophavsretsloven omkring værkshøjde og hvert et litterært eller kunstnerisk værk gælder fortsat. Man kan sige det på den måde, der er en nedre gråzone for, hvor meget man kan lade sig inspirere af andre værker og det vil altid være en konkret afvejning, hvorvidt man har lånt så meget fra et andet værk, at der er tale om en krænkelse.[[41]](#footnote-41)

Man kan eksempelvis godt lave et maleri, der udtrykker hvad det vil sige at være dansk, hvor man blandt andet maler en nøjagtig kopi af Den Lille Havfrue, fordi at man i den kontekst udnytter ens kunstneriske ytringsfrihed. Modsat vil det være en krænkelse, hvis jeg havde filmatiseret Harry Potter uden at få tilladelse fra ophavsmanden først.

Til at afgøre, hvornår et værk krænker et andet værk anvender man ofte fire momenter som alle skal være opfyldt, førend der kan blive tale om, at et nyere værk krænker et ældre værk.

Det er sjældent at to værker er 100 % ens, men i de tilfælde det sker, vil der enten være tale om, at det nyeste værk er en kopi af det ældre værk eller at ingen værker jf. den ovenstående gennemgang af dobbeltskabelseskriteriet kan opnå beskyttelses grundet manglende værkshøjde.

Dernæst beder man en syns- & skønsmand se på, om der er en identitetsoplevelse, hvilket vil sige, at man ser på om værkerne er så ens at de er forvekslige. Hvis de to værker som ikke er 100 % ens, men alligevel ligner hinanden så meget, at man vil have svært ved at se forskel på værkerne. Vil resultatet pege i retning mod, at det nyeste værk krænker det ældre værk.

Næste punkt i testen er at afgøre om den eller de ting som det nyeste værk og det ældre værk har til fælles, skal i sig selv opfylde betingelserne for at være beskyttelsesværdigt. Det vil derfor ikke være en krænkelse at indlede et eventyr med ordene ”der var en gang” fordi disse ord generelt altid har været anvendt i eventyr og andre fortællinger. Dette er ligeledes baggrunden for, at man ved brugskunst, kun kan opnå beskyttelse imod meget nærgående efterligninger, fordi eksempelvis er der grænser for, hvordan en køkkenkniv kan se ud.[[42]](#footnote-42)

Det sidste punkt i testen er, at se på om de træk som det nyeste værk har overtaget fra det ældre værk, skal være konkretiserende ideer og ikke bare abstrakte ideer.[[43]](#footnote-43) Som eksempel på dette kan nævnes, at dengang den første ophavsmand skabte en stol, der opnåede ophavsretlige beskyttelse ikke medførte, at det ville være en krænkelse at skabe andre former for stole ud af plastik.

Hvis punkterne i denne test ikke er opfyldt, selvom et nyere værk er inspireret af et ældreværk. Er der tale om at ophavsmanden til det nye værk har benyttet sig af ”fri benyttelse” jf. § 4, stk. 2 i ophavsretsloven, hvilket er fuldt ud lovligt.

## Ofte forekommende krænkelser

Som det fremgår a foregående afsnit kan krænkelser af immaterielle rettigheder forekomme på mange forskelligartede måder. Det ville føre for vidt at skulle redegøre for alle de situationer, hvor der kan ske krænkelse af IPR rettigheder og derfor vil dette projekt afgrænse sig til beskrivelsen af de to vigtigste former for krænkelser. Nedenfor vil der være en kort gennemgang af begreberne piratkopiering og varemærkeforfalskning, som er de to former for krænkelse, som har mest relevans i forhold til specialets emneområde.

De to former for krænkelser, som vil blive defineret i de næste to afsnit, er ikke de eneste former for krænkelse, men det er de to former som er ofte forekommende i forbindelse med forbruger køb. Naturligvis er alle former for intellektuelle krænkelser uacceptable, men dette projekt har valgt at se på problemstillingerne, hvor en forbruge køber et produkt som krænker en IPR ret. Det interessante i den forbindelse er, at det ikke er ulovligt at købe sådanne produkter til privat brug, men pga. Sø- og Handelsrettens dom, kan det alligevel medføre negative konsekvenser for forbrugeren.

## Piratkopiering

TRIPS definition af piratkopiering fremgår af art. 51 note 14 b[[44]](#footnote-44):

"pirated copyright goods" shall mean **any goods** which are **copies** made **without the consent of the right holder** or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country of importation” (forfatterens fremhævning).

Ved at foretager en ordlydsfortolkning af denne bestemmelse kommer man frem til, at det vil være en rettighedskrænkelse og en piratkopiering, såfremt man uden rettighedshaverens samtykke laver en slavisk kopi eller inkorporer beskyttede delelementer ind i sin kopi. Derudover den krænkede rettighedshavers rettighed være beskyttet indenfor importlandets Ophavsret, Designeret, Patentret eller Brugsmodelret.

Til at illustrere dette kan Højesterets dom i sagen Sag 187/2008 (Gorm Lokdam mod Rosendahl A/S) inddrages; ***Højesteret konkludere at sagsøgte ved at importere royal-knivene fra Kina til Danmark og med det formål at vider sælge dem i sin isenkræmmerbutik herved har krænket den danske rettighedshavers af Global-knivene. Selvom der er tale om brugskunst, kommer retten frem til at der er tale om en så nærgående efterligning af global-knivene, som ikke er funktionsmæssigt begrundet, at der er en forveksling risiko imellem de to modeller af knive.***

I ovenstående sag er der tale om en piratkopi fordi sagsøgte har importeret nogle knive som er en nærgående efterligninger af de kendetegn som danner grundlag for den ophavsretlige beskyttelse af Global-knivene. Som det tidligere er blevet nævnt under punktet omkring brugskunst i afsnittet omkring Ophavsret, så er rammerne snæver for at opnå beskyttelse. Derfor bygger Global-knivenes beskyttelse på det unikke design med de helstøbte køkkenknive i børstede stål og med det sortprikkede skafte. Det er ikke navne på produkterne, men derimod selve produkterne som der eksistere en forveksling risiko imellem. Derfor er der tale om en piratkopi, fordi det er produkterne som er forvekslige.

## Varemærkeforfalskning

Definitionen af dette fremgår af samme konventions art 51 note 14 a[[45]](#footnote-45):

"counterfeit trademark goods shall mean **any goods,** including packaging, **bearing without authorization** a **trademark** which is identical to the trade-mark validly **registered** in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark, and which thereby **infringes the rights of the owner** of the trademark in question under the law of the country of importation” (forfatterens fremhævning).

Denne bestemmelse betyder at både krænkelsen af et varemærke beskyttede navn, emballage eller liggende kendetegn, er en varemærkeforfalskning. Der er tale om en krænkelse, såfremt et produktnavn er identisk med eller som ikke umiddelbart kan skelnes fra det oprindelige varemærke. Dette kan for eksempelvis ske ved at man fremstiller nogle solbriller og kalder dem for Rayban, som er et beskyttet varemærke.

Disse former for krænkelser er særdeles skadelig for enhver rettighedshaver. Dette skyldes at rettighedshaveren kan blive ramt dobbelt. Dette betyder at rettighedshaveren først mister salgsindtægter ved at konkurrenter fremstiller ulovlige kopier og dernæst kan dårlige kopier skade de originale vares omdømme.

# Dansk retspraksis vedr. erhvervsmæssig hensigt

Formålet med dette af snit er via retspraksis at finde frem til, hvor grænsen går imellem at noget er erhvervsmæssigt kontra til privatbrug. Ud fra disse domme der viser, hvor lidt der skal til førend en handling bliver betragtet som en erhvervsmæssig handling

## SH2006. V 21-05 2V Invest

*Denne dom omhandlede en sag, hvor sagsøgte igennem sin virksomhed 2V Invest Aps havde købt to Rolex ure igennem en internetbutik i Hong Kong. Begge ure var varemærke forfalskede og derfor skulle retten tage stilling til, hvorvidt urene var købt med privat eller erhvervsmæssigt sigte. Sagsøgte har forklaret at urene var gaver til henholdsvis hans kone og hans søster. Derudover har han forklaret at han samlede på ægte Rolex ure og at grunden til at urene blev købt igennem hans virksomhed skyldtes praktiske årsager. Domstolen kom frem til at Urene krænkede sagsøgers rettigheder og derfor skulle urene uden kompensation afstås til statskassen til destruktion. Samtidigt skulle sagsøgte betale sagsomkostninger og 75. 000,00 dkr. for at have krænket sagsøgers varemærkerettigheder*.

Denne sag er udtryk for, at når et selskab køber enten varemærkeforfalskede el. piratkopirede varer vil der altid være en forhåndsformodning for, at der er tale om et erhvervsmæssigt køb. Sagsøgte her i denne konkrete sag, har ikke været i stand til at modbevise denne forhåndsformodning og derfor blev sagsøgte dømt for at have krænket sagsøgers rettigheder ved at have købt to varemærkeforfalskede ure. Det forekommer sandsynligt, at sagsøgte har begået den klassiske fejl som nogen mindre erhvervsdrivende falder i, nemlig at de private forhold og virksomhedens forhold bliver blandet sammen. Det fremgår af faktum at det er 2V Invest Aps’s konto, momsregistreringskonto og adresse som er blevet brugt i forbindelse med købet af de to ure på ”ebay”. Modsat taler det lille antal af købte ure og vidneforklaringerne for et forbrugerkøb. I formueretten er tale om et forbrugerkøb, når man handler udenfor sit erhverv. I den konkrete sag har sagsøgte en internet auktionsside der forhandler brugsgenstande, men på den anden side understøtter vidneforklaringerne at urene er købt til privat brug. Dette ændre ikke ved, at rent formueretligt er det virksomheden 2V Invest Aps der er ejer af urene og derfor vejer bevismæssigt tungere end vidneforklaringerne i sagen. Dette skyldes at dokument beviser som udgangspunkt vejer tungere end vidneforklaringer fra personer som ikke er 100 % neutrale i forhold til sagens omstændigheder. Dette understøttes af det faktum i sagen at sagsøgte i sine første skrivelser med de andre involverede parter i sagen påstod at leverancen tilhøret 2V Invest Aps.

Disse Rolex ure som sagen drejer sig om nyder beskyttelse efter reglerne om registret figurmærke, EU-varemærke og ophavsretlige beskyttet efter ophavsretslovens § 1. Specielt med hensyn til den ophavsretlige beskyttelse i forhold til urene, er nærmere beskrevet i de teoretiske afsnit omkring henholdsvis brugskunst og respektretten.

## SH2007. V 38-06 Canada Goose

*Sagsøgte havde på internetsiden ”ebay” købt 12 styk Canada Goose jakker. Som tidligere tøj ekspedient havde han i god tro købt disse jakker til en spot pris af en sælger, der havde angivet sin adresse som værende i New Zealand. Sagsøgte ville selv beholde to af jakkerne og resten ville han uden fortjeneste afsætte til sin omgangskreds. Det viste sig imidlertid at jakkerne, der reelt blev afsendt fra Kina var varemærkeforfalskede og blev derfor stoppet i tolden af Skat København. Sagsøgeren krævede at jakkerne blev destrueret, hvilket sagsøgte indvilligede, fordi han via af Skat Københavns fotodokumentation kunne se at billederne af jakkerne varemærkeforfalskede. Retten kom frem til at sagsøgte havde udøvet en erhvervsmæssig krænkelse af sagsøgers rettigheder ved at have købt 12 varemærkeforfalskede jakker. Derfor blev sagsøgte dømt til at udbetale erstatning og et vederlag på 15 000 dkr. til sagsøger.*

I denne sag er der i modsætning til førnævnte dom tale om, at en fysiskperson bliver dømt for både at have indført varemærkeforfalskede jakker og have handlet erhvervsmæssigt. Idet sagsøgte er en forbruger, kan der ikke være en forhåndsformodning om, at denne handler med et erhvervsmæssigt sigte. Dette til trods, er der i faktum ført bevis for en række omstændigheder, som kun kan pege på at sagsøgte har krænket sagsøgers rettigheder. Det er uomtvistet at jakkerne var varemærkeforfalskede og derfor jf. hjemlen i toldforordningen ville kunne kræves afstået til staten til destruktion uden kompensation.

Derfor er det interessante i denne sag, at en person som formodningsvist agere som forbruger bliver dømt for at have udført en erhvervsmæssig krænkelse og derfor skal betale sagsøger en erstatning. Det mest tungtvejende moment for dette resultat er mængden af købte jakker. Hvis sagsøgte i sagen havde nøjes med at købe 1- 3 jakker ville han have sluppet for at skulle betale kompensation til sagsøger. Derimod skaber købet af 12 jakker en formodning for, at man handler som erhvervsdrivende, fordi det adskiller sig væsentlig fra en gennemsnitlig forbrugers ageren. Dette støttes af, at sagsøgte har købt varemærke jakker til omkring 1/10 af den vejledende udsalgspris, sagsøgte har insider kendskab til tøjbranchen og man kan stille spørgsmålstegn til, hvem de 12 jakker skulle afsættes til, fordi det virker meget tillidsfuldt at lægge ud for 12 jakker uden på forhånd at være sikker på at få pengene ind igen. På den anden side er den omstændighed, at man køber 12 jakker fra Kina ikke nok til at statuere en erhvervsmæssig hensigt. Dermed er det, det samlede momenter i faktum der har dannet grundlag for rettens afgørelse.

Når eksempelvis en privatperson importere var fra udlandet til Danmark, så reguleres denne situation af to sæt retsregler. Det immaterielle retsområde reguleres i denne situation af henholdsvis de immaterielle love der angiver omfanget af rettighedshaverens eneret og toldreglerne der regulerer dele af håndhævelsen heraf.

Det, som bliver diskuteret i den U.2012B.15 er, hvorvidt det er i overensstemmelse med toldforordningen at indfortolke en fremstillingsfiktion i vurderingen af, hvorvidt der er sket en krænkelse. Hvis der findes hjemmel til denne fortolkning, vil der være en uoverensstemmelse imellem de danske IPR regler og toldforordningen. Dette skyldes, at en rettighedshaver har monopol på en række handlinger vedrørende sin rettighed. Hertil findes der en række undtagelser. Den vigtigste i denne sammenhæng er undtagelsen for privat personer, som kan gøre en række indskrænkelser i rettighedshaverens eneret. Problemet er, at udover Toldforordningens undtagelse omkring privat bagage, så indeholder toldforordningen ingen undtagelser der tilgodeser forbrugerkøb.

I forbindelse med denne dom er der på grund af købet af det store antal jakker ingen tvivl om, at der er tale om en person som ikke handler i sin egenskab af privatperson, men derimod agerer med et erhvervsmæssigt sigte. Derfor er handlingen i strid med de danske IPR regler. Da varerne er importeret fra Kina træder toldforordningen i kraft.

Hvis der findes hjemmel for fremstillingsteorien, ville konklusionen have været den samme, fordi at det følger af denne teori at, hvis man importerer kopi- eller varemærkeforfalskede produkter uden for EU’s toldområde så krænker disse varer rettighedshavernes rettigheder på samme måde som, hvis de pågældende produkter ulovligt var blevet fremstillet i eksempelvis Danmark.

Dermed vil der i begge tilfælde være grundlag for at kræve destruktion af varerne.

## SH2012. V11-11 Rolex 2.

*I denne sag havde den sagsøgte i løbet af en periode på fem dage modtaget to forsendelser med i alt 4 piratkopi ure. Tre af disse ure var Rolex ure og på grund af det samlede antal ure anset som værende en erhvervsmæssig krænkelses af Rolex’s rettigheder. Sagsøgte anerkendte at der var tale om kopi ure, men benægtede ethvert kendskab til forsendelserne. Retten kom frem til at finde sagsøgte skyldig, fordi det havde formodningen imod sig at nogen i Kina med 5 dages mellemrum uden videre ville sende fire ure til en ukendt i Danmark. Ydermere var begge forsendelser identisk og adressen var i begge tilfælde skrevet med et stort” L” i gadenavnet Holtevej, hvilket er særdeles karakteristisk. Sagsøgte blev af retten dømt til at betale vederlag og erstatning på i alt 16.500. dkr.*

Denne dom er et eksempel på, at det ikke kun er antallet som er afgørende, men at man ligeledes inddrager produktets værdi når man vurderer, hvorvidt der er sket en erhvervsmæssig krænkelse. Hvilket er meget logisk, fordi når det drejer sin om salg af jakker, skal man minimum have en snes stykker førend man kan lave en god forretning, hvorimod en god handel med et dyrt Rolex ur i sig selv kan være en god forretning.

# Toldforordningen

For det første er det vigtigt at slå fast, at der er tale om en toldforordning og ikke et tolddirektiv. Forskellen på forordninger og direktiver er, at følger af traktatens artikel 249, stk. 2 at en forordning er almengyldigt i alle enkeltheder og gælder umiddelbart efter dens vedtagelse i alle EU-medlemsstaterne.[[46]](#footnote-46) Dette betyder dermed at retsstillingen i alle medlemslandende i forhold til tolddirektivet skal være ens, uanset de sproglige forskelle.

Derimod er direktiver mere fleksible, fordi det ikke er indholdet, men målene som er bindende for de enkelte medlemsstater. Indenfor rammerne af direktivet er det op til det enkelte medlemsland at bestemme form og midler til at opnå direktivet målsætninger. Et direktiv er ikke umiddelbart gældende og skal først igennem en implementering eller inkorporering i den enkelte EU-medlemsstat førend det er gældende. Dette betyder at der kun er en tidsfrist for, hvornår direktivet senest skal træde i kraft og derfor kan der være forskel på, hvornår de enkelte direktiver bliver implementeret eller inkorporeret i de enkelte medlemsstater.[[47]](#footnote-47)

Når man skal udlede betydningen for retstilstande på et givent område, kan man benytte sig af en række fortolkningsmetoder og inddrage en række retskilder. Først og fremmest vil man inddrage den relevante lovgivning på området og lave en sproglig analyse af lovgivningens bestemmelser. Dernæst vil man kigge på forarbejderne til loven og retspraksis mv. I Danmark består lov forarbejderne af de høringssvar, debatter i folketingssalen og beslutningsforslagene. I EU har de gjort denne proces lettere ved, at man indledningen til eksempelvis toldforordningen har skrevet en præambel/ en række betragtninger som kan bruges til at fortolke formålet med forordningen.

Betragtningerne til Rådets Forordning nr. 1383/2003;

 Af betragtning nummer to fremgår det, at handlen med varemærkeforfalskede vare, piratkopirede vare og andre varer som krænker en intellektuel ejendomsrettighed. Derfor skal der ”(…) træffes foranstaltninger, der gør det muligt effektivt at imødegå denne ulovlige virksomhed, uden at den lovlige frie handel hæmmes. (…).”[[48]](#footnote-48) Denne betragtning er udtryk for det store problem som handlen med varer der udgør en krænkelse af intellektuelle rettigheder og der skal laves en sikker told procedure som kan dæmme op for dette problem. Samtidigt med at EU over holder deres eget proportionalitets princip og sikre varernes fri bevægelighed ikke hæmmes.

 (3) *Når* ***de varemærkeforfalskede varer, de piratkopierede*** *varer og generelt de varer, som krænker en intellektuel ejendomsret, har deres* ***oprindelse i eller hidrører fra tredjelande****, er det* ***vigtigt at forbyde indførslen til Fællesskabets toldområde****, inkl. omladning, overgang til fri omsætning i Fællesskabet, henførsel under en suspensionsprocedure eller anbringelse i en frizone eller på et frilager, og at indføre en* ***egnet procedure, der sætter toldmyndighederne i stand til at gribe ind for at sikre overholdelsen af et sådant forbud under de bedst mulige betingelser.***

(4) ***Toldmyndighedernes beføjelser*** *til at gribe ind bør også omfatte varemærkeforfalskede varer, piratkopierede varer og varer, der krænker visse intellektuelle ejendomsrettigheder, når disse er ved at blive udført, genudført eller afgå fra Fællesskabets toldområde.*

(5) ***Toldmyndighedernes indgriben*** *bør enten bestå i* ***at suspendere frigivelsen til fri omsætning, udførslen eller genudførslen af varer, som mistænkes for at være varemærkeforfalskede varer, piratkopierede varer eller varer, der krænker visse intellektuelle ejendomsrettigheder****, eller i at tage sådanne varer i bevaring, når de er omfattet af en suspensionsprocedure, anbragt i en frizone eller på et frilager, er ved at blive genudført efter meddelelse, indført til toldområdet eller afgå fra samme område****, i det tidsrum, der er nødvendigt for at afgøre, hvorvidt det rent faktisk drejer sig om disse varer***.(forfatterens fremhævning)

De tre ovenstående betragtninger nr. 3, 4 og 5 viser tydeligt at formålet med toldforordningen, er at give kompetente told myndigheder i de enkelte lande. De kompetencer der skal til for at kunne stoppe varemærkeforfalskede vare, piratkopirede vare og andre vare fra tredjelande som krænker en intellektuel ejendomsret, når de er på vej ind eller ud af det indre marked i EU. Hvilket ligeledes fremgår af forordningens artikel 1, litra a og b.

Forordningens artikel 2, stk. 1 definere hvad der er omfattet af denne forordning og dette er allerede blevet gennemgået i de foregående afsnit. Alt af relevans for dette punkt er allerede blevet gennemgået i afsnittet omkring krænkelser.

**2**. *Hvis varer uden erhvervsmæssig karakter, som ligger inden for de grænser, der er fastsat for indrømmelse af en toldfritagelse, er indeholdt i rejsendes personlige bagage, og hvis der ikke er nogen materielle omstændigheder, der lader formode, at varerne er genstand for erhvervsmæssig handel, anser medlemsstaterne disse varer for at ligge uden for anvendelsesområdet for denne forordning.*

Ovenstående bestemmelse i toldforordningens artikel 2,nummer 2 er i overensstemmelse med dansk ret, fordi den kan sidestilles med en privat fribrugesregeler. Toldforordningens formål er hovedsageligt at give rettighedshaveren mulighed for via de kompetente myndigheder at gribe ind overfor en krænkelse førend den reelt bliver fuldbyrdet.

Det er bestemmelsen i forordningens artikel 10 samt kommentarer i præamblen der har skab tvivl hos de kompetente domstole omkring retstilling på området.

**Artikel 10, stk. 1;** *De gældende bestemmelser i den medlemsstat, på hvis område varerne befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede situationer, finder anvendelse med henblik på at fastslå, om der har været tale om en krænkelse af en intellektuel ejendomsret i henhold til nationale bestemmelser.*

Denne bestemmelse indebærer, at det er national ret, som skal afgøre om der er belæg for at acceptere en anmodning fra rettighedshaveren omkring påbegyndelsen af en suspensionsprocedure og senere tage endelig stilling til sagens realitet.

## Fremstillingsteorien

Dette er en teori som primært fra den Hollandske domstolspraksis. Teorien går ud på, at når den kompetente myndighed i et EU medlemsland i forbindelse med anvendelsen af de almindelige immaterielle regler skal kigger på, hvorvidt toldforordningens artikel 13 og artikel 10 kan finde anvendelse på nogle tilbageholdte vare, skal anvende en fremstillingsfiktion. Denne fiktion betyder, at selvom at de tilbageholdte varer kommer fra et land som ikke er medlem af EU, så skal retten til løsning af krænkelsesspørgsmålet ligge den fiktion til grund at varerne er blevet fremstillet i den stat, hvor varerne er blevet tilbageholdt. Hvis det ville have været en krænkelse af rettighedsindehaverens rettigheder at have produceret varerne i den medlemsstat, hvor varerne bliver tilbageholdt, så er der tale om en krænkelse og hvis varerne derimod lovligt ville kunne have været produceret ved rettens hjemting, så er der ikke sket nogen krænkelse af rettighedshaverens immaterielle rettigheder. [[49]](#footnote-49)

Denne teori bliver ikke udledt direkte af toldforordningens artikler, men derimod ud fra præamblens betragtning 8; ” *Når der indledes en procedure, der har til formål at fastslå, om der har været tale om en krænkelse af en intellektuel ejendomsret i henhold til de nationale retsbestemmelser, foregår det på grundlag af de kriterier, som anvendes for at fastslå, hvorvidt varer, der er fremstillet i den pågældende medlemsstat, krænker den intellektuelle ejendomsret. Forordningen berører ikke medlemsstaternes bestemmelser om deres retsinstansers kompetence og retspleje”.[[50]](#footnote-50)*

## SH2011V 29/10 Rolex 1.

### Resume

*Sagsøgte havde bevist købt et piratkopieret og varemærkeforfalsket Rolex ur igennem en kinesisk internetbutik. Sagsøgte har forklaret at uret var til privat brug og at han var i god tro omkring lovligheden i at købe et uoriginalt ur til privat brug. Sagsøger har i sin argumentation overfor retten lagt vægt på at uret er både varemærke forfalsket og en piratkopi af Rolex uret GMT Master 2. Selvom uret ubestridt er købt til privat brug krænker det sagsøgers rettigheder, fordi det afgørende efter toldforordningen ikke er baggrunden for købet, men derimod fremstillingen af uret. Dermed støtter sagsøger sine påstande på den såkaldte fremstillings teori eller fremstillings fiktion. Retten giver sagsøger medhold i at toldforordningen skal fortolkes på den måde, at det afgørende er om fremstillingen af uret krænker de nationale regler på området. Derfor dømmes sagsøgte til uden erstatning at skulle afstå uret til destruktion ved statskassen. Det det var en principiel sag skal hver part afholde sine egne udgifter til sagsomkostningerne.*

### Kommentarer

 Først er det værd at bemærke, at denne dom sammenlignet med dommene fra afsnittet omkring, hvor lidt der skal til før at et køb bliver betegnet som erhvervsmæssigt. Er udtryk for, at når man køber så dyr en mærkevare genstand som et Rolex ur, så vil der være en formodning for, at der er tale om et erhvervsmæssigt køb, hvis man på engang køber flere dyre mærkevares ure.

Det er i denne sag ubestridt at der er tale om et forbrugerkøb til privat brug. Naturligvis er det sådan i Dansk retspraksis jf. retsplejelovens § 338 at der i civile retssager gælder en forhandlingsmaksime. Denne maksime indebærer at den kompetente domstol der behandler sagen ikke kan tilkende en part mere end han har påstået og retten kan i sin afgørelse af sagen kun tage hensyn til de anbringender som parterne har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes. Idet sagsøger ikke har haft en påstand om at sagsøgte havde handlet erhvervsmæssigt, har retten som følge af forhandlingsmaksimen ikke taget stilling til dette. Men på trods af dette, kan man alligevel konkludere, at når det drejer sig om køb af dyre ure, der viser sig at være enten mærkevareforfalskede eller en piratkopi, så vil der ved køb af mere end et dyrt ur være en formodning for, at der er tale om et køb med et erhvervsmæssigt sigte og på grund af toldforordningen kan man ikke sejle sikkert i havn med varerne med henvisning til undtagelsen omkring privatbrug.

Det bliver i denne sag lagt til grund at sagsøgte har købt uret til privatbrug og derfor bliver han ikke idømt nogen straf eller krav om kompensation. Rent teoretisk er det vederlagsfrit at afstå en vare til destruktion ved staten og derfor ikke en straf, selvom det kan føles sådan.

Det er alligevel interessant at denne sag, modsat de andre kun bliver procederet på ”Fremstillingsfiktionen” og hvorimod man kunne argumentere for at denne sag ligeledes brude procederes på at køber, havde foretaget et køb med et erhvervsmæssigt sigte. Købelovens siger jf. §KBL § 4a, stk. 1, at et forbrugerkøb er et køb, som køber, forbruger, foretager hos en erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, mens køberen hovedsageligt handler udenfor sit erhverv. Selvom at der er tale om en køber der handler udenfor sit erhverv, er dette ikke ensbetydende med, at køberen ikke har en økonomisk interesse i forbindelse med et videresalg. jeg synes at det er underbyggende for dommens præjudikat værdi, at sagen ikke ligeledes bliver ført med en påstand omkring at køber har foretaget købet med et erhvervsmæssigt sigte.

I de foregående afsnit omkring den danske ophavsretslov, så er der ingen bestemmelser der gør det ulovligt for en forbruger at købe et produkt som krænker en immateriel rettighed, hvis købet kun er eget privat brug. Selvom disse afsnit har valgt at tage udgangspunkt i ophavsretsloven, så er fremstillingen sammenlignelig med retsstillingen for varemærker, design, patenter og brugsmodeller.[[51]](#footnote-51)

Ligesom Sø- og Handelsretten ligeledes har udtalt, er denne sag af principiel karakter, fordi at sagsøgte ifølge de danske immaterielle regler ikke har handlet ulovligt og ikke har begået en krænkelse af nogens immaterielle rettigheder. Alligevel bliver sagsøgte dømt af retten til vederlagsfrit at afstå uret til statskassen til destruktion. Dette er særdeles skelsættende både for det enkelte individ, som vederlagsfrit må afstå sin ejendomsret til et givent produkt uden at man har handlet i strid med de danske regler på området og til retstilstanden. Hvis den pågældende afgørelse er korrekt vil det være særdeles kontroversielt fordi denne fremstillingsfiktion ikke er i overensstemmelse med mange af EU’s medlemslande[[52]](#footnote-52) og vil sandsynligvis være i strid med EU-medlemslandenes forpligtigelser i forhold til TRIPS aftalens artikel 55 omkring toldmyndighedernes foreløbige indgreb.[[53]](#footnote-53)

Denne retstilstand er uholdbar både for retssikkerheden og fordi at der er tale om en forordning, hvis formål der er at sikre en identisk procedure i forhold til de af forordningen omfattede immaterielle problemstillinger. Derfor har både den Engelske domstol og Belgiske domstol valgt at få afklaring på retsstillingen ved at stille præjudicielle forespørgsler til EU domstolen jf. artikel 234 i traktaten.[[54]](#footnote-54)

På denne måde bliver sagsøgte pålagt en sanktion som er urimelig. Uret ulovligt produceret og formentligt ulovligt markedsført til en dansk forbruger, men krænkelsen bør følge manden og ikke uret. Det er den kinesiske butik og ikke den danske forbruger, som har gjort noget ulovligt.

## Principiel afgørelse i de forenede sager ved EU-domstolen

### Resume af de forenede sager C-446/09 og C-495/09

**C-446/09** *Domstolen ”Rechtbank van eerste aanleg” i Antwerben, Beligen har anmodet om en præjudiciel afgørelse I sagen; Koninjlijke Philips Electronics NV mod Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, Far East Sourcing Ltd, Rohlig Hong Kong Ltd og Rohlig Belgium NV(herefter Philips sagen). De Belgiske toldmyndigheder inspicerede en forsendelse af elektriske barbermaskiner fra Kina som lignede maskiner der var udviklet af Philips. Toldmyndighederne underrettede Philips omkring deres mistanke om at de pågældende vare var piratkopier. Philips sendte herefter en anmodning om indgriben som efterfølgende blev imødekommet af toldmyndighederne.*

*Philips anbringende er, at barbermaskinerne krænker Philips enerettigheder, fordi varerne efter fremstillingsfiktionenen er ulovligt produceret i Belgien. Sagsøgtes anbringende e,r at så længe at der ikke forelægger nogen beviser for at barbermaskinerne vil blive bragt på markedet indenfor EU.*

**Præjudicielle spørgsmål;***” udgør artikel 6, stk. 2, litra b i forordningen 3295/94 en ensarted fællesskabsregel, der skal anvendes af en ret i en medlemsstat, der får en sag forelagt af en rettighedshaver (…), og indebære denne regel, at retten ved sagens pådømmelse ikke skaltage hensyn til reglerne om midlertidig toldoplag eller reglerne om transit, men skal anvende den fiktion, at varene er blevet fremstillet i den samme medlemsstat, og at den således skal anvende denne medlemsstats retsregler ved sin afgørelse af, om sådanne varer har krænket de omhandlende (intellektuelle rettigheder)”.[[55]](#footnote-55)*

**C-495/09** *Court of Apeal of England and Wales har anmodet om en præjudiciel afgørelse i sagen; Nokia Corporation mod Her Majesty’s Commissioners of Revenue and Costoms (herefter Nokia sagen). De engelske toldmyndigheder opfanger en forsendelse med varemærkeforfalskede Nokia mobiltelefoner som er sendt fra Kina og efter transit i England skal sendes til Colombia.*

*Sagsøger anmoder toldmyndighederne om at tilbageholde forsendelsen. Sagsøgte afslår denne anmodning fordi forsendelsen ikke er omfattet af toldforordningen når der tale om vare der kommer fra et 3. land og de efter transit skal sendes videre til et andet 3. land. Sagsøger mener der er en risiko for at varerne bliver bragt på markedet i EU fordi det ikke har været muligt at identificere hverken afsender eller modtageren af varerne. Sagsøgte er af den opfattelse denne mistanke ikke er tilstrækkelig til at imødekomme anmodningen fra sagsøger om indgriben i forsendelsens frigivelse.*

**Præjudicielle spørgsmål;***” kan ikke-fælleskabsvare, der er forsynet med et EF-varemærke, og som er underlagt toldtilsyn i en medlemsstat og er i transit fra et tredjeland til et andet udgøre ”varemærkeforfalskede vare” i den artikel 2, stk. 1, litra a i forordning 1383/2003 omhandlende forstand, hvis der ikke foreligger noget bevis for, at disse varer vil blive markedsført i EF, enten i overensstemmelse med en toldprocedure eller gennem en ulovlig omdirigering?”.[[56]](#footnote-56)*

### Philips sagen

På baggrund af ovenstående er det ubestridt, at de pågældende barbermaskiner og mobiltelefoner er piratkopier og varemærkeforfalskninger. Derfor er spørgsmålet, hvorvidt det faktum at et givent produkt befinder sig indenfor EU’s toldområde er nok at man kan anse det som værende en krænkelse af en immateriel rettighed som er omfattet af Toldforordningens artikel 2 som defineret i afsnittet om toldforordningen.

Det der kan tale for anvendelsen af den udvidede fortolkning som fremstillingsfiktionen ligger op til, er nævnt i dommens præmis 52 og 53. Først og fremmest er der et sikkerheds og sundhedsmæssigt hensyn at varetage overfor EU borgerne. Der er nemlig oftest forbundet en vis risiko ved køb af varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer fordi de ikke har været igennem en række test ligesom de originale varer, der kan fastslå om de både sikkerhedsmæssigt og sundhedsmæssigt lever op til de standarter der stilles for at et produkt må komme på markedet.

Dernæst kan der argumenteres for, at det svækker anvendelsen af toldforordningen, at der skal mere til, end bare en mistanke førend rettighedshaveren kan anmode om at varerne tage til i opbevaring eller at der foretages en suspension af udleveringen af produktet og efterfølgende få en kompetente domstol til ved dom at få varerne destrueret.

Dette skyldes at det ofte er svært at skaffe beviser for, at nogle varer ikke bare er i transit men er blevet markedsført eller på anden måde er bestemt til at skulle afsættes på det indre marked i EU. Det er korrekt at det bare ud fra forsendelserne kan være svært at afgøre om nogle varer virkelig bare er i transit på EU’s toldområde eller om varerne senere bliver omdirigeret til det indre marked i EU. Som det fremgår af præmis 59 er ofte både afsenderen og modtageren anonyme eller kontaktoplysningerne på de i forsendelsen involverede parter er oplyst på en utroværdig måde.

Der er ingen tvivl om at, hvis man i EU beslutter sig for at anvende fremstillingsfiktion som målestok for, hvorvidt der er sket en krænkelse som er omfattet af toldforordningen, så vil det være den mest effektive metode, fordi man vil undgå den risiko at nogle varer som officielt er i transit fra et tredjeland til et andet tredjeland bliver omdirigeret til det indre marked.

Denne tilgang ville bare være for vidtgående og udstrække EU’s toldområde på en utilbørlig måde, som ville være problematisk i forhold til omverden. For som det blandt andet fremgår af domstolens præmis nummer 63 så kan det godt være at en given forsendelse krænker en immaterielrettighed i Danmark men det betyder ikke at forsendelsen hverken krænker rettigheder i Rusland og Cuba. Ligeledes fremgår det af dommens præmis 65 at alle lande som er medlem af TRIPS aftalen kan udveksle oplysninger omkring mistænkelige forsendelser og dermed eliminere risikoen for at en forsendelse i transit bliver omdirigeret til et EU’s indre marked.

Som det fremgår af EU domstolens retspraksis flere gang fastslået i sagerne; C23/99 kommissionens mod Frankrig præmis 42 og 43, C-115/02.

Derfor skal der noget mere til, at man bare har en mistanke om at en forsendelse med varemærkeforfalskede varer vil bliver omdirigeret til det Europæiske marked. Disse momenter som de kompetente toldmyndigheder kan ligge til grund fremgår af præmis 57; Uanset hvad er der tale om en krænkelse jf. toldforordningens artikel 2, hvis indholdet af en forsendelse er blevet markedsførers overfor forbrugerne i EU, herunder gennem salg, tilbud eller reklamer. Hvis disse handlinger er udføre før eller efter at forsendelsen er ankommet til EU’s toldområde kan de kompetente toldmyndigheder gribe ind og eksempelvis suspendere frigivelsen af forsendelsen.

Det er ikke kun kommercielle handlinger som kan bevirke, at en forsendelse med varemærkeforfalskede eller piratkopieret eller genstande der på anden måde krænker immateriel rettighed kan blive skredet ind overfor af de kompetente myndigheder. Andre bevise kan være at operatørerne bag forsendelsen er involveret i produktion, afsendelse eller distribution af varerne har eller er på nippet til at ville afsætte produkterne i EU. Momenter der kan pege i denne retning er ifølge dommens præmis 61 at den anvendelse af produktet som angives på forsendelsen er forkert, at der mangler korrekte eller troværdige oplysninger omkring identiteten af afsender og modtager af forsendelsen, at de kompetente toldmyndigheder ikke har et samarbejde med toldmyndighederne i det tredjeland hvor forsendelsen angiveligt skal ankomme til og endelig kan der være dokumenter i forsendelsen som peger i retning af at varerne i forsendelsen er bestemt til erhvervsmæssig afsætning indenfor EU’s toldområde.

Sidst men ikke mindst udtaler rådet i sine præambel omkring toldforordningen jf dommens præmis 64 at ”(…) EU lovgivers formål alener er at undgå, at varer der krænker de intellektuelle ejendomsrettigheder, bliver bragt på markedet (…) Dermed kan det ikke siges tydeligere, nemlig formålet med toldforordningen er at de kompetente toldmyndigheder kun skal gribe ind overfor forsendelser, hvor der er beviser for at varerne i forsendelsen krænker en intellektuel rettighed i den medlemsstat, hvor den er blevet holdt tilbage og at der er beviser der tyder på at varerne vil bliver omdirigeret til det indre marked i EU.

### Nokia sagen

Efter at toldmyndighederne har indledt eksempelvis en suspensions procedure og hvis man når frem til domstolsbehandlingen af sagens realitet stadig kun har nogle indicier der peger i retning af, at forsendelsen med varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer er bestemt til, at blive afsat på det indre marked. Dette bør efter en almindelig retsopfattelse ikke kunne retfærdiggøre, at man ligger en fremstillings fiktion til grund af, at modtageren af forsendelsen vederlagsfrit skal afstå sin forsendelse til destruktion ved statskassen. Det er både for vidtgående og for byrdefuldt at fratage eller pålægge nogen sådanne sanktion på grund af risikoen for svig eller en ulovhjemlet fiktion. Hvis dette var tilfældet burde det fremgår tydeligt af forordningens bestemmelser for at sikre en gennemskuelig retssikkerhed.

 Som det fremgår af dommens præmis 71 fremgår det at den blotte risiko for at varerne efterfølgende bliver afsat på det indre marked ikke er nok for at staturer en krænkelse at en intellektuel rettighed. Dertil kræves at der beviseligt er sket et salg til en kunde I EU, et salgstilbud, en reklame retten imod europæiske kunder, eller andre dokumenter som godtgør at varerne vil blive omdirigeret til kunder i EU.

Som det fremgår af præmis 74 i dommen udgør det ikke en risiko at nogen varer der har været omfattet af en suspension frigives, fordi de stadigvæk vil være omfattet af toldkontrol ligesom alle andre varer.

Det kan udledes af dommens præmis 75 og dommen C-233/98 kaldet Adidas at det ikke er nok til at kunne statuere en krænkelse at operatørerne bag forsendelsen har skjult deres identitet, til gengæld vil frigivelsen af forsendelsen muligvis suspenderes efter reglerne i Toldkodeksen.

Ligeledes er hensynet til kundernes sikkerhed og sundhed ikke relevant i denne sammen hæng, fordi som det fremgår af dommens præmis 77. Vil produkter der udgør disse farer falde ind under procedure i Toldkodeksen.

EU domstolens afgørelse af de præjudicielle spørgsmål:

*Varer, der stammer fra tredjeland, og som er en efterligning af et produkt, der er varemærkedbeskyttet i Den Europæiske Union, eller en kopi af et produkt, der er beskyttet i EU af en ophavsret eller en beslægtet rettighed eller et design, ikke kan betegnes som varemærkeforfalsked vare eller piratkopieret vare som omhandlet i de nævnte forordninger, alene på grundlag af den omstændighed, at de er indført i EU’s toldområde under suspensionprocedure*

*Disse varer kan derimod krænke den nævnte rettighed og således kvalificeres som varemærkeforfalskede vare eller piratkopierede vare, når det bevises, at de skal bringes i omsætning i Den Europæiske Union, idet et sådant bevis forefindes. Blandt andet når det viser sig, at de nævnte varer er solgt til en kunde i EU eller har været genstand for et salgstilbud eller en reklame rettet mod forbrugerne i EU, eller når det af dokumenter eller korrespondance vedrørende varerne fremgår, at varerne påtænkes at blive omdirigeret mod forbrugere i EU.*

*For at den myndighed, der er kompetent til at træffe afgørelse om sagens realitet, kan undersøge, om der foreligger, er sådant bevis og andre elementer, der godtgør en krænkelse af den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed, skal den toldmyndighed, der har modtaget en anmodning om indgriben, så snart den er i besiddelse af indicier, der vækker mistanke om en sådan krænkelse, suspendere frigivelsen eller tage varerne i bevaring, og at*

*Disse indicier blandt andet kan udgøres af den omstændighed, at bestemmelsen og anvendelsen af varerne ikke er angivet, selv om den ansøgte suspensionprocedure kræver en sådan angivelse, at der mangler præcises eller troværdige oplysninger om producentens eller afsenderens identitet eller adresse, at der ikke forefindes et samarbejde med toldmyndighederne, eller at der endog opdages dokumenter eller korrespondance vedrørende de omhandlende varer, hvorved der bibringes det indtryk, at varerne eventuelt vil blive omdirigeret mod forbrugerne i Den Europæiske Union.*

Ovenstående svar på de præjudicielle svar afgiver dødsstødet til fremstillingsfiktionen. Disse svar drejer sig om to sager, hvor faktum i sagen drejer sig om vare i transit, men ikke desuagtet kan denne dom stadig tages til kredit for at have affærdiget ideen om anvendelsen af en fremstillingsfiktion.

# En enlig svale

Diskussionen om, hvorvidt Sø- og Handelsrettens brug af ”Fremstillingsfiktionenen” udspringer som tidligere nævnt ud af dommen SH2011V 29/10. Selvom dansk retspraksis skal være i overensstemmelse med den europæiske retstilstand og bruge EU domstolens fortolkninger som rettesnor. Det forekommer for usikkert kun at begrunde en retstilstand ud fra en dom og derfor vil EU domstolens efterfølgende praksis på området hurtigt blive gennemgået.

I den tidligere retspraksis kan nævnes dommene C-281/05, Montex og C-405/03, Class International. Det fremgår af præmis 17 i Montex at der ligesom i Nokia og Philips sagen ikke umiddelbart kan gribes ind overfor vare i transit. Dette skyldes at når en vare sendes fra et land udenfor EU, via EU og det endelige bestemmelsessted er et 3. land udenfor EU, så er der tale om transit. Dette betyder at så længe at der ikke er øvrige omstændigheder, der taler for at varerne skal omsættes på det indre marked, men bare på gennemfart igennem EU, hjemler EU’s Toldforordning ikke en indgriben.

Dette bliver yderligere underbygget af dommens præmisser 34 og 40 som udtaler at, hvorvidt den pågældende vare er lovligt eller ulovligt fremstillede, er uden betydning i denne sammenhæng. Ligeledes Kan de udledes at formålet med Toldforordningen ikke er at give den krænkede part et nyt kriterium som denne kan støtte ret på, udover de som allerede forefindes i de materielle regler i Varemærkedirektivet. Sidst men ikke mindst indrømmer General advokaten P. Villalon i sagen c-495/09 om forslag til afgørelse af de forenede sager Nokia og Philips i præmis 77 at der har været en uoverensstemmelse i domstolens praksis, men at den nyre praksis i sagerne Class International og Montex bedst afspejler gældende ret.

I tillæg til dette kan man i den danske litteratur i U.2012B.15 finde støtte for samme konklusion. Disse juridiske eksperter mener ligeledes ikke at der forefindes hjemmel til anvendelsen af en ”Fremstillingsfiktion”. I denne artikels punkt 2. forefindes ligeledes en hurtig forklaring på løsningen af denne problemstilling. Lovgivningen på området skal nemlig anvendes på den måde at de immaterialretlige bestemmelser skal anvendes til at regulere rettighederne, hvorimod Toldforordningen foreskriver visse procedure til håndhævelse af disse rettigheder.

# Konklusion

Det er tydeligt at immaterialretten bærer præg af den grundholdning, at en rettighedshaver skal belønnes for at have skabt et værk, som overstigerog bygger videre på vores åndelige fælleseje. Med udgangspunkt i ophavsretten kan man mere konkret sige, at når en ophavsmand formår personligt, at skabe et værk som opfylder kravet om værkshøjde, så har ophavsmanden beriget samfundet med en ny skat som ligger over det åndelige fælleseje. Derfor skal ophavsmanden belønnes for sin indsats og den måde, hvorpå man har valgt at gøre dette, er at give ophavsmanden et monopol lignende rettigheder til at bestemme udnyttelsen af værket. Dette hensyn til at man skal belønne ophavsmanden for hans indsats, for at motivere andre til at yde samme indsats har resulteret i nogle fordelagtige enerettigheder for ophavsmanden. Hensynet til ophavsmanden modsvares af hensynet til resten af samfundet og behovet for den fortsatte udvikling. Ophavsmande skal naturligvis belønnes for sin indsats, men hans monopol på værksudnyttelsen indskrænkes af hensynet til at nye ophavsmænd og resten af samfundet skal kunne bruge inspiration fra gamle værker til at skabe nye værker. De beføjelser der giver den største gevinst for en ophavsmand er de enerettigheder til at erhvervsmæssig udnyttelse af sit værk.

Til gengæld har alle ophavsmænd i højere eller mindre grad fået inspiration fra vores åndelige fællesskab og derfor skal ophavsmandens enerettigheder ikke overskygge hensynet til ophavsmandens omverden. Det er blandt andet derfor at der i ophavsretsloven findes undtagelser til ophavsmandens monopol over sit værk. En af disse undtagelser er bestemmelserne rundt omkring i IPR retten omkring privatbrug. Som det fremgår af de foregående afsnit angående teorien og retspraksissen ophavsretten, så kan man formulere det på den måde, at privatbrugen af et ophavsretligbeskyttet værk hører inde under bagatelgrænsen for, hvad der krænker ophavsmandens enerettigheder. Undtagelsen omkring privatbrug er en undtagelse til hovedreglen om ophavsmandens monopol på ophavsmandens værksudnyttelse og bliver derfor fortolket restriktivt.

Som det frem af afsnittet om den danske retspraksis omkring den erhvervsmæssige hensigt, så er rammerne snævre. Traditionelt vil man betegne alle køb, som foretages udenfor ens hverv, som forbruger køb, men lige så snart der kan statueres et element af økonomiskvinding falder hammeren. Hvis man er erhvervsdrivende, så er der ikke meget plads at navigere på, hvis man vil benytte sig af privatbrugs undtagelsen, når man køber vare som krænker en immateriel rettighed. Hvis der er det mindste indicium på at der er tale om et erhvervsmæssigt, så vipper bevisbyrden, fordi der indtræder en forhåndsformodning for at man har handlet i erhvervsmæssigt øjemed. De momenter der taler for at et køb er sket i erhvervsmæssigt øjemed er; hvis man i løber af en kortere periode køber flere genstande på en gang, som ligeledes krænker en immateriel rettighed, hvis købsprisen ligger kraftigt under niveauet for markedsprisen på den pågældende vare man køber og man via sit virke har gode afsætnings muligheder.

I Danmark er det ikke ulovligt, ved ”ond tro” at købe produkter som krænker en rettighedshavers immaterielle rettigheder. Derfor kommer en dansk forbruger ikke i konflikt med regler på området, hvis han eksempelvis køber nogen kopivarer. Derfor kan det konkluderes, at det kun er erhvervsdrivende eller personer som med en erhvervsmæssig hensigt sælger vare der krænker en enerettighed, som kan komme i konflikt med den danske IPR ret. Det samme gør sig gældende, hvis man som dansker køber mærkevareforfalskede eller piratkopirede vare på sin ferie i udlandet. I dette eksempel er man nemlig omfattet af EU’s toldforordning nr. 1383/2003. Den har til formål at regulere toldmyndighedernes indgriben overfor varer der mistænkes for at krænke en immateriel rettighed, men som det følger af denne forordnings artikel 2, stk. 2 så er man som privatperson ikke omfattet af denne forordning, hvis de krænkende vare man har med sig hjem fra rejsen er uden erhvervsmæssig karakter og værdimæssigt holder sig under grænsen for toldfritagelse.

Problemerne opstår i de situationer, hvor en forbruger køber nogle produkter som bliver afsendt uden for EU og til det europæiske toldområde. Det skyldes at en dansk forbruger stadigværk legalt kan købe en varer som krænker en immateriel rettighed uden at komme i konflikt med den danske lovgivning. Men derimod kan den danske forbruger stadig komme i konflikt med EU’s toldforordning.

Det er her at Sø- og Handelsrettens dom SH 2011. V29-10. kommer ind i billedet, fordi den anvender en fremstillingsfiktion i sin bedømmelse af sagen. Det er ubestridt i sagen, at køberen af det varemærkeforfalskede ur er en forbruger, som ikke har haft et erhvervsmæssigt sigte med købet af uret. Derfor vil sagsøgte efter den danske IPR lovgivning ikke komme i konflikt med loven. Imidlertid er forsendelsen af uret blevet opdaget i tolden og problemstillingen er derfor, hvorvidt sagsøgte ved købet er kommet i konflikt med toldforordningen.

For at blive omfattet af toldforordningens område, er det et krav at der er tale om en varemærkeforfalsket vare, en piratkopieret vare eller et produkt der på lignende måde krænker en immateriel rettighed efter den nationale lovgivning som finder anvendelse på det sted, hvor forsendelsen er blevet tilbageholdt. I sagen er den første betingelse opfyldt men spørgsmålet er om den anden betingelse er opfyldt.

Sø- og Handelsretten ligger i deres afgørelse til grund at man ud af toldforordningen kan finde støtte for en fremstillingsfiktion. Denne fiktion går ud på at man ikke skal se på, hvor at en given vare er blevet produceret, men om vare ville krænke en immateriel rettighed, såfremt den var blevet fremstillet i det land, hvor den bliver tilbageholdt af de kompetente toldmyndigheder.

Dermed er begge betingelser opfyldt og sagsøgt bliver derfor pålagt vederlagsfrit at afstå uret til statskassen til destruktion. Selvom han efter den danske lovgivning formelt ikke har gjort noget ulovlig skal han stadig afstå uret. Dette kan virke hårdt, fordi, selvom uret krænkede en immateriel rettighed, så er det stadig byrdefuldt at skulle afstå et ur, som man har givet en del penge for. Det er dog værd at bemærke, at selvom det kan virke byrdefuldt, er der ikke tale om en straf, fordi at han ikke har handlet i et erhvervsmæssigt øjemed. Hvis sagsøgte havde handlet med et erhvervsmæssigt sigte, så ville han have blevet pålagt kompensations og erstatningspligt.

I EU hersker der en tvivl om, hvorvidt der er hjemmel i toldforordningen til anvendelsen af denne fremstillingsfiktion. Derfor bliver der forelagt to præjudicielle spørgsmål i sagerne C-446/09 Philips og C-495/09 Nokia. Disse sager bliver brugt som prøvesten til at se om der er et retligt belæg for, at anvende fremstillingsfiktionen i forbindelse med anmodningen til den kompetente toldmyndighed om, at foretage en suspensionprocedure i forhold til en forsendelse, som mistænkes for at krænke en immateriel rettighed og om fremstillingsfiktion kan anvendes i forbindelse med afgørelsen af sagens realitet, ligesom det var tilfældet i Sø- og Handelsrettens dom.

I begge henseender kommer EU domstolen frem til at besvare spørgsmålene benægtende og dermed underkende fremstillingsfiktionen. I begge sagerne ved EU domstolen drejede de sig om nogle forsendelser som ubestridt opfyldte forordningens bestemmelser i artikel 2 om varemærkeforfalskede vare og piratkopierede vare. Problemstillingen var imidlertid at de pågældende forsendelser kom fra et tredjeland, de skulle sendes videre til et andet tredjeland og opholdt sig derfor kun i transit indenfor det europæiske toldområde. Når der ikke forligger konkrete beviser som indikerer at de pågældende forsendelser reelt ikke skal sendes videre til et andet tredjeland, men ved svig senere bliver omdirigeret til det indre marked i EU, så er der ikke i toldforordningen hjemmel til at toldmyndighederne kan gribe ind.

Det var usikkert, hvorvidt der var belæg i toldforordningen til anvendelsen af en fremstillingsfiktion og med EU domstolens svar på de præjudicielle svar, står det klart at fremstillingsfiktioner ikke længere står til trone.

Selvom faktum i de to sager ved EU domstolen adskiller sig fra faktum i sagen ved Sø- og Handelsrettens dom, så er fremstillingsfiktionen død. Dette betyder at sagsøgte ikke skulle have været dømt til vederlagsfrit at afstå sit ur til statskassen til destruktion, men kunne have beholdt uret til privat brug. Dette skyldes at med underkendelsen af fremstillingsfiktionens, er der ingen nationale regler i dansk lovgivning som kan begrunde at en forbruger, som ikke handler i er erhvervsmæssigt øjemed skal afstå sit ur.

Dette betyder at en forbruger som køber vare udenfor sit erhverv og til privatbrug lovligt kan købe produkters krænker immaterielle rettigheder, uanset om de er købt i Danmark eller bliver tilsendt fra et tredjeland udenfor EU.

Kort sagt kan man udrede problemstillingen på den måde, at der på dette område er to regelsæt. De immaterielle regler har til formål at regulere rettighedshaverens enerettigheder, hvorimod Toldforordningen har til formål at give rettighedshaveren et værktøj til at gribe ind overfor produkter, der udgør en immateriel krænkelse og er på vej ind på det indremarked. Det er dog en forudsætning for anvendelsen af Toldforordningen, at der er en overvejende sandsynlighed for, at de krænkende produkter vil blive bragt i omsætning på det indre marked. Dette betyder at der ligesom i sagen om Canada Goose jakkerne skal kunne bevise at køberen har en erhvervsmæssig hensigt med købet. Derimod finder forordningen ikke anvendelse, hvis en kinesisk sælger angiveligt har udøvet markedsføring overfor en dansk forbruger, såfremt den danske forbruger kun har foretaget købet i privat øjemed. Dermed bliver krænkelsen hos den person som foretager krænkelsen og følger derfor ikke med produktet.

Dette må anses som gældende ret på området og til støtte herfor kan navnes, dansk juridisk teori, EU domstolens praksis.

# Litteraturliste

## Litteratur

* Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-Retten – forkortet udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008.
* Morten Rosenmeier, Introduktion til Immaterialret, 2. udgave, Jurist - og Økonomforbundets Forlag 2011.
* Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 5. udgave 2011
* Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, Immaterialret, 2 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011.

## Internet kilder

* http://www.wto.org/english/docs\_e/legal\_e/27-trips.pdf

## Domme

* V-11-11
* SH2011. V29-10
* SH2007. V38-06
* SH2006. V21-05
* U 1997.975
* V-87-08
* U 1951. 725/3H

## Doms kommentar

* U2012B.15
1. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 11, 2 afsnit, linje 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 12, linje 1 - 15. [↑](#footnote-ref-2)
3. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 13, linje 1-7 [↑](#footnote-ref-3)
4. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 11, linje 5-21.. [↑](#footnote-ref-4)
5. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 11, 3 afsnit, linje 1-11. [↑](#footnote-ref-5)
6. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 11, linje 1-13. [↑](#footnote-ref-6)
7. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 15, linje 1-2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 15, linje 3-4. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ophavsretsloven med kommentarer, side 572, afsnit 2, linje 1- 6. [↑](#footnote-ref-9)
10. http://www.denstoredanske.dk/Mad\_og\_drikke/Gastronomi/Kokke\_og\_restaurat%C3%B8rer/Madam\_Mangor [↑](#footnote-ref-10)
11. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 19- 21, 2. afsnit. [↑](#footnote-ref-11)
12. Immaterialret side 62, linje 1- 26. [↑](#footnote-ref-12)
13. , Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 25, afsnit 3, linje 5- 7. [↑](#footnote-ref-13)
14. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 25, 2. afsnit, linje 1-4. [↑](#footnote-ref-14)
15. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 25, 4. afsnit, linje 1-18. [↑](#footnote-ref-15)
16. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 26, linje 1-6. [↑](#footnote-ref-16)
17. Immaterialret side 63,afsnit 2, linje 1- 9. [↑](#footnote-ref-17)
18. Immaterialret side 63, afsnit 3, linje 1-7. [↑](#footnote-ref-18)
19. Immaterialret side 64, afsnit 2, linje 1- 15. [↑](#footnote-ref-19)
20. Immaterialret side 65, linje 1- 19. [↑](#footnote-ref-20)
21. Immaterialret side 65, linje 29- 35, side 66, linje 1- 7. [↑](#footnote-ref-21)
22. Immaterialret side 66,afsnit 3, linje 1- 10. [↑](#footnote-ref-22)
23. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 28, 1. afsnit, linje 1-4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 28, 3. afsnit, linje 1-6. [↑](#footnote-ref-24)
25. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 29, 2. afsnit, linje 1-25. [↑](#footnote-ref-25)
26. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 30, 2. afsnit, linje 1-2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 30, 3. afsnit, linje 1-17. [↑](#footnote-ref-27)
28. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 30, 5. afsnit, linje 1-8. [↑](#footnote-ref-28)
29. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 31, linje 1-20. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ophavsretsloven med kommentarer, side 520, afsnit 3, linje 1- 11. [↑](#footnote-ref-30)
31. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 65, linje 1-4 [↑](#footnote-ref-31)
32. Immaterialret side161,afsnit 2, linje 1- 15. [↑](#footnote-ref-32)
33. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 34, 3. afsnit, linje 1-20. [↑](#footnote-ref-33)
34. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 35, linje 1-7. [↑](#footnote-ref-34)
35. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 35, 5. afsnit, linje 1-6. [↑](#footnote-ref-35)
36. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 36, 2. afsnit, linje 1-29. [↑](#footnote-ref-36)
37. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 36, 4. afsnit, linje 4-5. [↑](#footnote-ref-37)
38. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 37, 3. linje 1-6. [↑](#footnote-ref-38)
39. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011., side, linje 9-14. [↑](#footnote-ref-39)
40. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011., side 37, linje 9-14. [↑](#footnote-ref-40)
41. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 31, 3. afsnit, linje 1-9. [↑](#footnote-ref-41)
42. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 32, 5. afsnit, linje 3-6. [↑](#footnote-ref-42)
43. Introduktion til Immaterialret, 2. udg. 2011. side 32, 4. afsnit, linje 1-6. [↑](#footnote-ref-43)
44. Wto.org [↑](#footnote-ref-44)
45. Wto.org [↑](#footnote-ref-45)
46. EU-Retten, side 120, afsnit 2, linje 1-2. [↑](#footnote-ref-46)
47. EU-Retten, side 121, afsnit 2, linje1-7. [↑](#footnote-ref-47)
48. Rådets forordning nr. 1383/2003. [↑](#footnote-ref-48)
49. U2012B.15 side 3, linje 1- 8. [↑](#footnote-ref-49)
50. U2012B.15 side 3, linje 8- 15. [↑](#footnote-ref-50)
51. http://www.stoppiraterne.dk/forbruger/forbrugerguiden/hvad-er-ulovligt-i-danmark.aspx [↑](#footnote-ref-51)
52. U2012B.15 side 3, linje 22- 29. [↑](#footnote-ref-52)
53. U2012B.15 side 4, linje 1- 11. [↑](#footnote-ref-53)
54. EU-Retten forkortet udgave, side 213, linje 6-11. [↑](#footnote-ref-54)
55. De forenede sager C-446/09 og C-495/09, præmis 40. [↑](#footnote-ref-55)
56. De forenede sager C-446/09 og C-495/09, præmis 47, 2. afsnit. [↑](#footnote-ref-56)