

Festskrift til
Jørgen Blomqvist



MORTEN ROSENMEIER, THOMAS RIIS,
JENS SCHOVSBO & HENRIK UDSEN (RED.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.)

Festskrift til Jørgen Blomqvist

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i maj 2021 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion. KATE GILBERT (engelsk) og LINO VOGT (dansk) har været ansvarlige for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2021 the editors and contributing authors severally

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-420-0041-0

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Bogen er udgivet med støtte fra Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) og Dreyers Fond



dreyersfond

FairPublishing

DISSE STUDIER TILEGNES
ADJUNGERET PROFESSOR, LIC.JUR. JØRGEN BLOMQVIST
I ANLEDNING AF HANS 70 ÅRS FØDSELSDAG DEN 7. MAJ 2021



Kapiteloversigt

	Forord	xxiii
1	Forfatternes Forvaltningsselskab – skabelsen af et kollektivt forvaltningsselskab <i>Leder Henrik Faursby Ahlers, UBVA-sekretariatet, & direktør Stig von Hielmcrone, Forfatternes Forvaltningsselskab FMBA</i>	1
2	Ophavsretlig specialisering – fordele og risici <i>Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Københavns Universitet</i>	19
3	Copyright and Artificial Intelligence —with a focus on the area of music <i>Senior Lecturer, Jur. Dr (LL.D.) Johan Axhamn, School of Economics and Management, Lund University</i>	33
4	Parodirettslig vakuum i norsk rett <i>Førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien, BI Handelshøyskolen i Oslo</i>	87
5	Do the Right Thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive <i>President of ALAI Italia, Stefania Ercolani, SciencesPo Paris, former professor of cultural property law</i>	131
6	Half-Opened “Umbrella” —Interpretation problems of Article 8 of the WCT <i>Member Mihály Ficsor, Hungarian Copyright Council, former Assistant Director General of WIPO</i>	163
7	§ 35 gennem 35 år <i>Advokat og partner Tereze Foged, Lassen Ricard advokatfirma</i>	191

8	Intellectual Property Norms in the CETA: An Important Step for Canada	231
	<i>Professor Ysolde Gendreau, Faculty of Law, Université de Montréal</i>	
9	Conundra of the Berne Convention Concept of the Country of Origin	253
	<i>Jane C. Ginsburg, Columbia University School of Law</i>	
10	Vederlag for privatkopiering – fanget mellem politik og jura	269
	<i>Konsulent Martin Gormsen</i>	
11	Some thoughts on Text and Data Mining in the European Union	283
	<i>Professor Emeritus Frank Gotzen, KU Leuven, President of ALAI International</i>	
12	Journalisters overdragelse af ophavsrettigheder	295
	<i>Advokat Anders Sevel Johnsen, Dansk Journalistforbund</i>	
13	Stort og småt om fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder	327
	<i>Advokat, ph.d. Hanne Kirk, Gorrissen Federspiel</i>	
14	Ophavsretlig beskyttelse af tøj og sko	343
	<i>Professor (mso), LL.M., ph.d. Torsten Bjørn Larsen, Juridisk Institut, Syddansk Universitet.</i>	
15	A Phonogram, to be or not to be?	367
	<i>Professor Dr. Silke von Lewinski, Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, Munich</i>	
16	Kort rättspolitiskt inlägg till skyddet av fotografiska bilder	381
	<i>Ordförande Jukka Liedes, Upphovsrättsliga Föreningen i Finland</i>	
17	Anne Black-sagen	403
	<i>Professor, ph.d. Bent Ole Gram Mortensen, Syddansk Universitet</i>	
18	Danser la vie	419
	<i>Victor Nabhan</i>	
19	EU-rettens stigende indflydelse på reglerne om overdragelse af rettigheder	421
	<i>Juridisk konsulent Dan Stausholm Nielsen, UBVA</i>	

20	Ophavsret og ytringsfrihed	435
	<i>Juridisk seniorkonsulent Lasse Lau Nielsen & partner Jakob Plesner, begge Ples&Lindholm</i>	
21	Universitetspersonals upphovsrätt och öppen publicering – finsk synpunkt	459
	<i>Professor Rainer Oesch, University of Helsinki</i>	
22	Brug af værker i undervisningen – licenskonstruktioner	471
	<i>Direktør Anders Rasch & afdelingschef Martin Kyst, begge Copydan Tekst & Node</i>	
23	Treaty Interpretation and Treaty Making	485
	<i>Professor Emeritus Sam Ricketson, Melbourne Law School, Victoria, Australia</i>	
24	Værksbegreb og fikseringskrav i EU-ophavsretten	507
	<i>Professor, dr.jur. Thomas Riis, CIIR, Københavns Universitet</i>	
25	The RAAP Decision of the CJEU —What Happened to Reciprocity?	525
	<i>Professor, dr.juris Ole-Andreas Rognstad, University of Oslo</i>	
26	The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration —Details of the RAAP case	549
	<i>Professor Emeritus, Dr. Jan Rosén, Stockholm University</i>	
27	Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?	569
	<i>Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet</i>	
28	Æres den som æres bør – EU-harmonisering af ophavsftaleretten	597
	<i>Professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo, CIIR, Københavns Universitet</i>	
29	Linking after VG Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?	623
	<i>Associate Professor, PhD Sebastian Felix Schwemer, CIIR, University of Copenhagen</i>	
30	DSM-direktivets artikel 17 – en ny eneret eller en ny undtagelse?	641
	<i>Advokat Peter Schønning</i>	

31	Operationalizing Vigeland —2 x 2 Public Order and Morality Arguments	653
	<i>Professor dr. Martin Senftleben, IViR, University of Amsterdam</i>	
32	Paratexts: Copyright in the Typographical Arrangement of Published Editions	693
	<i>Associate Professor, PhD Stina Teilmann-Lock, Copenhagen Business School</i>	
33	Mellemmandsoverføring?	707
	<i>Professor, dr.jur. Henrik Udsen, CIIR, Københavns Universitet</i>	
34	Ophavsrettens adgang til at gengive billeder i aviser	729
	<i>Adjunkt, ph.d. Jøren Ullits, Syddansk Universitet</i>	
35	Titelbeskyttelsen i dansk ret	745
	<i>Advokat (L), ph.d. Knud Wallberg</i>	

Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?

*Professor, ph.d. Morten Rosenmeier, CIIR, Københavns Universitet**

Festskriftets genstand og jeg er rørende enige om de fleste ting. En af de få ting, vi ikke er enige om, er den såkaldte Painer-doms betydning for den ophavsretlige beskyttelses bredde. Efter min mening gør dommen det tvivlsomt, om danske domstole fortsat kan give visse værker en snæver beskyttelse, som kun omfatter nærgående efterligninger. Festskriftets genstand, derimod, anfører energisk, at domstolene stadig har den mulighed. Jeg har derfor truet med at ville kortlægge spørgsmålet i detaljer ved en fremtidig egnet lejlighed. Nu er tiden inde. Det viser sig heldigvis, at festskriftets genstand og jeg begge to har ret.

* Ved siden af universitetsarbejdet udfører jeg praktisk ophavsretsarbejde. Bl.a. er jeg ligesom festskriftets genstand tilknyttet Akademikernes Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA), der varetager akademikerstandens interesser i ophavsretsspørgsmål. Arbejdet omfatter rådgivning i konkrete ophavsretssager, herunder i sager vedr. de emner, artiklen her drejer sig om. Se nærmere mit CV på <www.jura.ku.dk/mortenrosenmeier>. Artiklen viderebearbejder tanker, som jeg luftede i mere kort form i *NIR* 2005, s. 503 ff. Visse af de følgende litteraturhenvisninger angår ikke de allerseneste udgaver, enten som følge af corona-relaterede årsager, eller fordi de relevante litteraturudtalelser ikke er gentaget i de senere udgaver.

1. Immaterialrettigheders bredde

Når man har en immaterialret, f.eks. en ophavsret, kan man ikke alene skride ind over for andres brug af noget, der er identisk med det beskyttede fænomen. Man kan i vidt omfang også skride ind over for andres brug af fænomener, der *minder om det beskyttede fænomen uden at være magen til det*. Sådan er det inden for alle de immaterialretlige discipliner. Ellers ville det være alt for nemt at omgå beskyttelsen.

I *ophavsretten*, f.eks., fremgår det af ophavsretslovens § 2, stk. 1, at man beskytter værket i både “oprindelig og ændret skikkelse”. § 4, stk. 1, tilføjer, at den, der bearbejder et værk, kun kan råde over bearbejdelsen med tilladelse fra ophavsmanden til originalværket. Hvis nogen for eksempel skriver en roman, kræver det derfor tilladelse at oversætte den. På samme måde kan et ophavsretligt beskyttet design krænkes af et andet design, der ikke er magen til det. Se f.eks. *UfR 2001.747 H* (Tripp Trapp-barnestol). Man har lignende principper inden for de andre immaterialretsdiscipliner. I patentretten følger det f.eks. af den såkaldte “ækvivalenslære”, at en opfindelse kan krænkes af en anden opfindelse, der falder uden for patentkravene, hvis opfindelse nr. 1 og 2 er teknisk ækvivalente. Et patent på en opfindelse, der bruger remtræk, kan derfor krænkes af en opfindelse, der bruger tandhjul. I designretten fremgår det af designlovens § 9, stk. 2, at design kan krænkes af andre design, der ikke er magen til, hvis de giver den informerede bruger samme helhedsindtryk. Og i varemærkeretten kan rettighedshaveren skride ind over for kendetegn, der kan forveksles med vedkommendes. Se varemærkelovens § 4, stk. 2, og f.eks. *UfR 1992.647 SH*, hvor PIKASOL var krænket af PUFASOL.

Spørgsmålet er så, hvor meget tingene skal ligne hinanden, før der sker krænkelse. Efter en ret udbredt terminologi anses det spørgsmål for at angå beskyttelsens “bredde”, forstået som den grad af lighed, der er nødvendig, før et immaterialretligt beskyttet fænomen krænkes af et andet, der ikke er magen til det. Et immaterialretligt beskyttet fænomen, f.eks. et værk eller en opfindelse, har efter denne terminologi en “bred” beskyttelse, hvis det kan krænkes af fænomener, der ikke ligner dem særlig meget. Derimod er beskyttelsen “snæver”, hvis krænkelse kræver en høj grad af lighed.

En “bredde”-terminologi af den nævnte slags bruges bl.a. i Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Kbh. 2009), s. 486 ff. Se tilsvarende Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 152. Det sker også, at man i immaterialretslitteratur taler om “beskyttelsessfære” eller “beskyttelsesomfang” o.l. i stedet for om bredde, men der er normalt tale om synonymmer. Se f.eks. Trolle i *TfR* 1962, s. 149 f., og Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 258, hvor forf. udlæder af *UfR* 1961.1027 H (Langelinie-bestik), at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og anser det for at dreje sig om den ophavsretlige beskyttelses omfang. I svensk ret taler man om “skyddsområde”, “skyddsomfång” og lignende. Se bl.a. Högsta domstolens dom i *NIR* 1966, s. 69 ff. om et spejl, der kun kunne beskyttes mod nærgående efterligning, da “skyddsområdet är snävt begränsat”. I patentretten er en “omfangs”-terminologi udtrykkeligt lovfæstet i patentlovens § 39. Det hedder her, at “Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene”. I tysk ret taler man på linje hermed om beskyttede fænomeners “Schutzumfang”. Se f.eks. kommentaren til den tyske designlovs § 38 i Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser, *Designgesetz* (München 2019). Se også BGH GRUR 1988 369, 370 – *Messergriff*, hvor et knivskæfte måtte nøjes med et “engen Schutzumfang, der nur identische oder fast identische Modelle erfaßt”.

2. Beskyttelsessfærens afhængighed af den grad, beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i

Spørgsmålet er så, hvor bred eller snæver den immaterialretlige beskyttelse er i forskellige tilfælde. Det har man forskellige principper om. Det er bl.a. et traditionelt princip, at beskyttelsens bredde afhænger af den grad, beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i. Det vil sige, at i jo *højere grad* et beskyttet fænomen opfylder beskyttelsesbetingelserne, jo *brede* er dets beskyttelse, og jo *mindre* behøver et andet fænomen ligne det for at krænke det. Og omvendt, jo *mindre* et beskyttet fænomen opfylder beskyttelsesbetingelserne, jo *snævrere* er dets beskyttelse, og jo *mere* skal et andet fænomen så ligne det for at krænke.

I ophavsretten plejer man f.eks. at sige, at jo mere originalt værket er, jo bredere er beskyttelsen.¹ I patentretten siger man på samme måde

1. Jf. f.eks. Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), s. 161. Yderligere dokumentation senere i artiklen her.

traditionelt, at beskyttelsens bredde afhænger af graden af opfindelseshøjde.² Noget lignende antages at gælde inden for brugsmodelretten.³ Og designretten.⁴ Det samme gælder i varemærkeretten, hvor det er fast antaget, at jo mere særpræget et varemærke er, jo mindre mærkelighed er nødvendig, før der antages at være risiko for forveksling. Og omvendt, jo mindre særpræget det er, jo mere skal det påstået krænkende mærke ligne det, før der er retsstridig forvekslingsrisiko.⁵ Også når det kommer til produkt efterligningsbeskyttelsen efter markedsføringslo-

-
2. Se f.eks. Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang* (Oslo 2001), s. 743 ff., Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm 1998), s. 382, jf. desuden Nyberg, *Patenträttsliga bedömningsgrunder, särskilt om fackmannen* (Stockholm 1999), s. 310. Princippet har ifølge Rybergs studier af Højesterets voteringsprotokoller påvirket retten i *UfR 1941.484 H*, *UfR 1964.498 H* og *UfR 1979.533 H*. Se Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 199, 202 og 203 f. Fra svensk ret se Stockholms tingsrätt T-2367 (19. marts 2002), her citeret efter Domeij i Schovsbo/Bryde Andersen/Heide Jørgensen (red.), *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (Kbh. 2003), s. 161 ("Uppfinningen enligt Patentet utgörs av en enkel konstruktionslösning. Tingsrättens bedömning utgår därför ifrån att patentet har ett snävt skyddsomfång"). I tysk ret har man traditionelt sammenfattet retstilstanden ved hjælp af et slagord "Große Erfindung, großer Schutzbereich; kleine Erfindung, kleiner Schutzbereich". Se f.eks. Möhring m.fl., *Patentrechtskommentar I* (München 1971), s. 294, jf. også s. 155. I amerikansk udledes den her nævnte retstilstand bl.a. af et klassisk præjudikat *Westinghouse v. Boyden Power Brake Co.*, 170 U.S. 537 (1898). Det her sagte udtrykkes tit sådan, så "pioneropfindelser" har en særlig bred beskyttelse. Se bl.a. den nævnte amerikanske dom.
 3. Jf. FT 1991-92, tillæg A, sp. 2528 ("Drejer brugsmodelregistreringen sig om ganske enkle produkter med en beskeden opfindelseshøjde, vil den ligesom ved patentering af små opfindelser have et relativt snævert beskyttelsesområde"). Fra praksis se Sø- og Handelsrettens afgørelse V-118-11 af 7. januar 2014 ("Da stridsbrugsmodellen kun har beskeden frembringelseshøjde, nyder den følgelig kun snæver beskyttelse"). Se også samme domstols dom af 26. juni 2014, T-17-10 og T-8-11.
 4. Se f.eks. Schovsbo/Holm Svendsen, *Designret* (Kbh. 2013), s. 162, hvor forf. drøfter den mulighed at give "pionerdesign" en bredere beskyttelse end mere ordinære design. Fra praksis under designrettens forgænger mønsterlovgivningen se Frostating lagmannsrett 15. december 1999, LF-1999-647, citeret i Stuevold Lassen/Stenvik, *Designrett* (Oslo 2006), s. 107 ("Beskyttelsens omfang må vurderes konkret bl.a. under hensyntagen til mønsterets særpræg. En væsentlig nyhet må gis et bredere verneområde enn et mønster som skiller seg mindre fra det som er kjent fra før. Desto mindre særpræg, desto snevrere vil beskyttelsesområdet være [...]"). Fra tysk ret se BGH GRUR 1988 369, 370 – *Messergriiff*. Et knivskæfte måtte her klare sig med snæver beskyttelse, fordi "Der Umstand, daß sich das Klagemodell nur geringfügig von dem vorbekannten Formenschatz abhebt, führt [...] zu einem entsprechend engen Schutzzumfang, der nur identische oder fast identische Modelle erfaßt". Det er

vens § 3, antages det, at beskyttelsens bredde afhænger af, hvor særpræget det efterlignede produkt er.⁶

3. Beskyttelsessfærens afhængighed af det beskyttede fænomens art

Der findes også principper, der går ud på, at beskyttelsens bredde kan afhænge af andre ting, end i hvor høj grad beskyttelsesbetingelserne er opfyldt. Bl.a. har man somme tider antaget, at beskyttelsens bredde afhænger af de beskyttede fænomeners *art*, dvs. at visse typer af immaterialretligt beskyttede fænomener pr. definition har snæver beskyttelse, ikke fordi beskyttelsesbetingelserne er opfyldt i den ene eller den anden grad, men simpelthen fordi de pågældende fænomener er af en bestemt slags.

I ophavsretten, f.eks., antages det, at todimensionale tekniske tegninger, beskyttet af ophavsretslovens § 1, stk. 2, ikke har beskyttelse mod, at man så at sige realiserer dem, herunder ved at bygge de maski-

muligt, at den her nævnte regel har hjemmel i designlovens § 9, stk. 2, 2. pkt., og bestemmelsens pendanter i designdirektivets art. 9, stk. 2, og designforordningens art. 10, stk. 2, hvor det dunkelt udtales, at man ved krænkelsevurderingen skal tages hensyn til "den grad af frihed, designeren havde ved udviklingen af designet".

5. Fra EU-Domstolens praksis se f.eks. C-251/95 af 11. november 1997, *Sabel*, præmis 24. Se også C-39/97 af 29. september 1998, *Canon*, præmis 18, og C-342/97 af 22. juni 1999, *Lloyd*, præmis 20. Herudover er det en varemærkelig regel, at velkendte mærker er beskyttet mod snyltende brug mv., uanset om der er varelighed eller forvekslingsrisiko, jf. for så vidt angår dansk ret nu varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 3. Også denne såkaldte "Kodak"-regel afspejler, at beskyttelsens bredde afhænger af særprægsgraden. Hvis et mærke er velkendt, er det nemlig pr. definition indarbejdet, og en høj grad af indarbejdelse påvirker særpræget i positiv retning. Nogle afgørelser udmåler beskyttelsens omfang med henvisning til såvel særprægsgraden som graden af velkendthed. Se f.eks. *UfR 79.497 H*. "Solram" var her forveksleligt med "Osram", bl.a. fordi "Den omstændighed, at et varemærke er stærkt indarbejdet og velkendt, findes at måtte medføre en øget beskyttelse [...]".
6. Se f.eks. *UfR 2004.737 H* om nogle bukser, hvorom retten sagde, at de var "en modevare med et meget ringe særpræg i forhold til en række andre lignende bukser [...]. En sådan vare kan efter markedsføringslovens § 1 være beskyttet mod slaviske efterligninger og hvad der må sidestilles hermed, men ikke mod selv forholdsvis nærgående efterligninger". Se i øvrigt Borchert/Bøggild, *Markedsføringsloven*, kommentar 4.2.5 og 4.2.6.3 til § 1.

ner m.v., som de skal forestille.⁷ Hvis man antog andet, ville ophavsretten indirekte komme til at beskytte tekniske fænomener, der hører hjemme i patent- og brugsmodelretten. Man udtrykker princippet sådan, så den slags tegninger ikke har ophavsretlig “indirekte produktbeskyttelse”. Når det handler om andre slags værker, er reglen derimod den, at dimensionsændringer ikke fritager for krænkelse. Den manglende indirekte produktbeskyttelse af tekniske tegninger afspejler dermed, at tekniske tegninger altid har en snævrere beskyttelse end andre slags værker. Det gælder, uanset hvor originale tegningerne er. Det er nærliggende at tro, at der heller ikke kan gives indirekte produktbeskyttelse til praktiske sprogværker såsom madopskrifter eller detaljerede sproglige anvisninger på, hvordan man skal bygge en maskine mm.⁸ Også deres beskyttelse er pr. definition “snæver”. Man har også gjort gældende, at man kun kan give snæver beskyttelse til andre former for værker, herunder monokrome malerier,⁹ computerprogrammer¹⁰ mm.

En ganske særligt markant manifestation af den ovennævnte tendens findes i dansk ophavsret, hvor en række højesteretsdomme har udtalt, at *brugskunst* pr. definition kun beskyttes mod “meget nærgående efterligninger”.¹¹ Der er ganske vist visse af rettens brugskunstdomme,

7. Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 162.

8. Jf. Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 161. Koktvedgaard antog, at man heller ikke kunne give indirekte produktbeskyttelse af strikkeopskrifter, jf. senest Koktvedgaard/Schovsbo, *Immaterialret* (Kbh. 2005), s. 158. Forf. udledte resultatet af *UfR 1941.454 Ø*, hvor sagsøgerens påstand om, at sagsøgte skulle forbydes at fremstille beklædningsgenstande efter sagsøgerens strikkeopskrifter, fandtes at savne hjemmel i loven. Modargumentation i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, anførte værk med yderligere henvisninger.

9. Jf. Schricker m.fl. (red.), *Urheberrecht* (München 2010), 150 til § 2.

10. Jf. Se Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 77. Forf. mente her, at “brugsprogrammer” beregnet til regnskabsførelse, processtyring mv., skulle have en ret snæver beskyttelse på grund af konkurrenters interesser i adgangen til at fremstille konkurrerende programmer. Derimod ville forf. give en bredere beskyttelse til computerspil o.l. At computerstyresystemer (som Windows o.l.) bør have en snæver beskyttelse, antoges i Goldstein, *Copyright* (Gaithersburg & New York 2000), bd. II. s. 130 ff., jf. s. 126 ff.

11. Se *UfR 2001.747 H* (Tripp Trapp-barnestol I), *UfR 2002.1715 H* (Myren), *UfR 2003.1219 H* (Albertslund-lampe), *UfR 2011.2736 H* (Tripp Trapp-barnestol II), *UfR 2011.3451 H* (Globalknive), *UfR 2012.1185 H* (Hermès-tasker), *UfR 2012.3189 H* (LK FUGA-elkontaktserie), *UfR 2014.954 H* (Vola-armaturer), *UfR 2014.3539 H* (Mon-

der måske kan tolkes sådan, at også brugskunsts beskyttelsesomfang afhænger af originalitetsgraden, sådan så det kun er brugskunstværker med mindre originalitet, det her sagte gælder for.¹² Men der er også en række domme, der umisforståeligt tyder på, alle former for brugskunst pr. definition altid kun beskyttes mod nærgående efterligninger, uanset hvor originale de er.¹³ I sin seneste praksis har Højesteret trukket i land som følge af EU-Domstolens *Painer*-dom, jf. nærmere nedenfor afsnit 6, men før det var linjen tydelig nok. Også inden for andre immaterialrets-discipliner har man somme tider antaget, at beskyttelsessfæren afhænger af de beskyttede fænomeners art. I patentretten, f.eks., har man gjort gældende, at patenterede kemiske stoffer ikke bør kunne få nogen ækvivalensbeskyttelse.¹⁴ Tendensen kendes også i varemærkeretten, hvor man bl.a. har været inde på, om ikke varemærker vedr. receptplig-

tana-reolsystem), *UfR 2015.979 H* (Tripp Trapp-barnestol III) og *UfR 2015.992 H* (Tripp Trapp-barnestol IV).

12. Jf. især *UfR 2001.747 H*. Retten udtalte her, at sagsøgerens barnestol havde et "banebrydende formmæssigt design", og at sagsøgtes stol derfor var "en så nærgående efterligning", at der var tale om krænkelse. Sml. også *UfR 2003.1219 H*, hvor det indgik det i rettens argumentation for kun at beskytte mod nærgående efterligning, at brugen af visse af de elementer, parternes værker havde til fælles, var "velkendt" og "ikke [...] usædvanlig". At brugskunstværkers beskyttelsesområde afhænger af originalitetsgraden, mener man også i udenlandsk ret. Jf. f.eks. fra svensk højesteretspraksis *NIR 1966*, s. 69 ff. om et spejl, om hvilket retten mente, at "Självständigheten i upphovsmannens konstnärligt skapande verksamhet kan icke anses större än att skyddsområdet är snävt begränsat".
13. Jf. klartest *UfR 2002.1715 H* (Myren). Højesteret nåede her frem til, at Arne Jacobsens verdensberømte designikon "Myren" kun var beskyttet mod meget nærgående efterligning, selvom det – som det også fremgik af en skønserklæring – var givet, at dens originalitet var fuldstændig exceptionelt stor. Se også *UfR 2012.1185 H*. Højesteret fandt her, at nogle eksklusive "Hermès"-tasker, som var meget originale ifølge skønsmændene, ikke var krænkede af nogle billige kopier. Retten begrundede det med, at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og at kopierne ikke var så nærgående efterligninger, at der kunne dømmes for krænkelse. Derimod beskæftigede retten sig slet ikke med, om taskernes originalitet var stor eller lille. Også i den danske ophavsretslitteratur er der støtte for det synspunkt, at alle slags brugskunst altid har snæver beskyttelse. Se således formentlig Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), s. 135 f., og Weincke, *Ophavsret* (Kbh. 1976), s. 42 f. Andre forfattere, derimod, argumenterer for, at brugskunsts beskyttelsesomfang bør afhænge af originaliteten, jf. f.eks. Borchert, *Produktefterligninger* (Kbh. 2003), s. 99 og 108 ff. En række opfattelser gennemgås i Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 246 ff.

tige lægemidler bør være genstand for en mere restriktiv forvekslingsbedømmelse end andre varemærker som følge af patientsikkerhedsmæssige overvejelser.¹⁵ I forbindelse med den kendetegnsretsbeskyttelse, der kan udledes af markedsføringslovens § 22 (tidligere § 18), har man tilsvarende antaget, at man kan anlægge en særligt mild forvekslingsvurdering i forbindelse med kendetegn vedr. ikke-erhvervsdrivende foreninger, især hvor den økonomiske interesse, der er knyttet til kendetegnet, er beskeden.¹⁶ Også det er udtryk for, at beskyttelsens bredde styres af mærkernes art.

4. Beskyttelsessfærens afhængighed af andre ting

Man har også antaget, at immaterialretligt beskyttede fænomeners beskyttelsessfære kan afhænge af diverse andre ting. Herunder:

-
14. Se hertil Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang* (Oslo 2001), s. 698, Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 220, 311, 371 f., 391 og 399, og Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm 1998), s. 495 ff. Se om krænkelsevurderingen i forbindelse med kemiske og bioteknologiske patenter også Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 351 ff.
 15. Se Patentankenævnets afgørelse af 16. december 2002 (AN 2001 00076). Afgørelsen indebar et brud på tidligere praksis, hvor man havde det modsatte udgangspunkt, at der skulle *mere til* at statuere forvekslelighed på lægemiddelområdet, jf. bl.a. *UfR 1974.175 H*, hvor BARALGIN ikke var krænket af ABALGIN, bl.a. fordi der var tale om “mærker for en speciel varegruppe, der kun kan købes og benyttes efter lægerecept”, eller *UfR 1965.123 H*, hvor TRENIMON ikke var krænket af DRENISON, og hvor Højesteret lagde “vægt på den særlige beskaffenhed af det for varemærkerne fælles vareområde og dermed af kundekredsen”. 2002-afgørelsens princip om, at forvekslingsbedømmelsen i forbindelse med lægemidler skal være direkte strengere end på andre områder, er siden modificeret, sådan så der skal anlægges en helhedsbedømmelse, hvor hensynet til patientsikkerheden kan indgå sammen med andre faktorer. Se Patentankenævnets afgørelse af 10. december 2009, AN 2008 00034. Og se også EU-Domstolens dom C-412/05 P af 26. april 2007, *Alcon*. Læs mere i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 562.

1. størrelsen af de arbejdsmæssige eller økonomiske investeringer, der ligger bag et immaterialretligt beskyttet fænomen¹⁷
2. det beskyttede fænomens værdi¹⁸
3. subjektive forhold hos den påståede krænker¹⁹
4. ytringsfrihedshensyn²⁰

Med mere.

16. Jf. Borchert/Bøggild, *Markedsføringsloven* (Kbh. 2013), kommentar 3 til § 18.

17. Jf. Riis, *Ophavsret og retsøkonomi* (Kbh. 1996), s. 92 f. Det antages her på baggrund af retsøkonomiske analyser, at man kan lægge vægt på arbejdsindsats ved udmålingen af værkers beskyttelsesomfang. Se også Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 327 (“[d]e bag patentsystemet liggende reale hensyn taler for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse med væsentlige udviklingsomkostninger, således at patenthaveren må antages at have et relativt stort behov for beskyttelse af sin investering i den bag opfindelsen liggende forskning og udvikling”). Se også s. 357. Fra varemærkeområdet se bl.a. *UfR 1998.1029 SH* (“Sagsøgerens varemærke BMW må anses som overordentligt velkendt og forbundet med en betydelig goodwill, som det har kostet mange år og meget betydelige investeringer at opbygge. Sådanne mærker må gives en udvidet beskyttelse [...]”). Se også EU-Domstolens dom i sag C-375/97 af 14. september 1999, *General Motors Corporation*, præmis 27. På linje med ovenstående konkluderes det i Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (Kbh. 2009), s. 488, jf. s. 486 ff., at der gælder en almindelig informationsretlig grundsætning om, at jo større indsats der ligger til grund for en beskyttet information, jo bredere beskyttelse tildeles den. Forf. tilføjer, at indsatsen enten kan have karakter af tid eller penge eller af en intellektuel indsats.

18. Se Schramm, *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes* (Berlin/Köln 1954), s. 159. Forf. forklarer her at man ved udmåling af immaterialrettigheders bredde kan tage hensyn til sagsøgerens produkts “objektive Bedeutung [...], Verkehrswert, die Bereicherung der Wirtschaft und ähnliche Überlegungen”. I patentretten antages som sagt ovenfor note 2, at “pioneropfindelser” har en særligt bred beskyttelse. Meningen er normalt at udtrykke, at beskyttelsens bredde afhænger af opfindelseshøjden. Men der er også juridisk støtte for den forståelse, at en pioneropfindelse er en opfindelse, der er ganske særligt samfundsmæssig værdifuld, og at værdien ikke behøver ligge i opfindelseshøjden. Se f.eks. Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 198 f. Forfatteren definerer her pioneropfindelser som “værdifulde, banebrydende eller epokegørende opfindelser” og anser pioner karakteren for at skulle vurderes efter opfindelsernes “tekniske og/eller (samfunds)økonomiske” betydning, jf. også s. 133 og 356. I samme retning Schovsbo, *Immaterialretsaftaler* (Kbh. 2001), s. 360. Forf. forklarer her, at der ved ækvivalensskønnet sker en “vurdering af opfindelsens konkrete betyd-

5. Særligt om ophavsretten

Den læresætning, der har haft størst succes, er dog den, der er nævnt ovenfor afsnit 2, dvs. at immaterialretligt beskyttede fænomeners bredde afhænger af, i hvor høj grad beskyttelsesbetingelserne er opfyldt. Den har ikke mindst siddet godt fast inden for ophavsretten. Her plejer man at antage, at jo mere originalt værket er, jo bredere er beskyttelsen.

Det er svært at foretage nogen sikker retshistorisk konstatering af, hvornår princippet første gang så dagens lys inden for ophavsretten.

-
- ning i lyset af den generelle teknologiske og øvrige samfundsmæssige udvikling [...]” og en “løbende tilpasning baseret på patentets [...] samfundsmæssige værdi”. Sml. *Smith v. Snow*, 294 U.S. 1 (1935) (“the character of the patent and its commercial and practical success are such as to entitle the inventor to broad claims and to a liberal construction of those which he has made”). I retsøkonomiske analyser af patentretten er det i øvrigt også gjort gældende, at beskyttelsens bredde bør afhænge af sagsøgtets patents værdi, herunder i en berømt artikel af Merges/Nelson, *Columbia Law Review* 1990, s. 839 ff. Se også Domeij, *Läkemedelspatent* (Stockholm, 1998), s. 517 ff., jf. s. 484 ff., og Rosenmeier i Schovsbo (red.), *Immaterialrettens afbalancering* (Kbh. 2003), s. 125 ff.
19. At det spillede en rolle for beskyttelsens bredde, om den påståede krænker havde handlet i omgåelseshensigt o.l., var en udbredt antagelse i ældre ophavsret. Se bl.a. fra amerikansk ret *Emerson v. Davies*, 8 F. Cas. 615 (C.C.D. Mass. 1845). Retten forklarede her, at “the true test of piracy or not is to ascertain whether the defendant has, in fact, used the plan, arrangements, and illustrations of the plaintiff, as the model of his own book, with colorable alterations and variations only to disguise the use thereof [...]”. I hvert fald i tysk ophavsret stikker lignende ræsonnementer frem i domme og litteraturudtalelser, der tillægger det betydning ved krænkelsevurderinger, om sagsøgte har forsøgt at spare sig arbejde o.l. Se bl.a. BGH GRUR 1958 500, 502 – “Mecki”-Igel. Med henvisning til Voigtländer/Elster/Kleine, *Urheberrecht* (Berlin 1952), s. 99, forklarer retten her, at den ophavsretlige beskyttelse må have en vis bredde for at ansøge sagsøgte til selv at gøre en indsats snarere end at spare sig selv for arbejde ved at efterligne sagsøgerens værk. Fra patentretten se Ryberg, *Beskyttelsesomfanget i dansk patentret* (Kbh. 2002), s. 356. Det hedder her, at “Den påståede krænkers subjektive forhold, herunder forgæves forsøg på at få udstedt en licens [...] og forsøg på at opfinde ‘rundt om’ patentet er noget, der kan være medvirkende til, at en omtvistet genstand anses for omfattet af et patent”. I kendetegnsretten lægger man utvivlsomt vægt på subjektive forhold ved vurderingen af, om der sker krænkelser af den kendstegnsbeskyttelse, der kan udledes af markedsføringslovens § 22. Se nærmere Borchert/Bøggild, *Markedsføringsloven* (Kbh. 2013), kommentar 7.2 til § 18. Det hedder her, at man efter retspraksis lægger vægt på “ond tro/snyltningshensigt/illoyal adfærd”. I den egentlige varemærkeret følger en form for subjektivt krav den del af den varemærkelige “Kodak-regel”, der siger, at velkendte mærker kan krænkes trods manglende varelighed og for-

Jeg tror måske, at princippet er opfundet i England, i dommen *Kenrick & Co. v. Lawrence & Co.* (1890) 25 Q.B.D. 99. I hvert fald er dommen det tidligste klare eksempel, jeg har kunnet finde.

Sagen angik, om en tegning af en hånd, der satte kryds i en stemmeseddel, beregnet til at hjælpe analfabeter ved stemmeafgivningen, var krænkede af en anden, lignende tegning. Retten fandt det betænkeligt at dømme for krænkelse i sagen. Blandt andet henviste den til, at det ville være demokratisk uheldigt at give sagsøgeren et monopol på tegninger, der lærte det britiske imperiums stemmeberettigede analfabeter, hvor de skulle sætte deres kryds. Som dommeren udtrykte det:

“If that period should shortly arrive, which to many politicians appears to be a kind of constitutional millennium, when all the remaining ignorance, male and female, of the three kingdoms shall be swept into the electoral fold, the amount of political power which may become vested in the plaintiffs or their assignees will be greater than it is possible to estimate, and the destinies of the country may be placed in the hands of the fortunate owner of the talisman. A prospect is open which may be described in well-known language as a ‘potentiality of wealth beyond the dreams of avarice,’ and legislation might even be necessary to prevent so potent an engine of political power from becoming vested in an infant or a madman, an official receiver, or a trustee in bankruptcy, or from being bought or sold at auction, or remaining permanently the heritage of any one political party. The importance of the question raised in this particular instance cannot, therefore, be put too high, and justifies the elaborateness and seriousness with which the case was opened by Mr. Aston, and which, until I came to reflect upon the constitutional aspect of the case, I confess I thought a little exaggerated.”

vekslingsrisiko, hvis sagsøgtes mærkebrug indebærer en “utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé”, jf. hertil f.eks. C-487/07 af 18. juni 2009, *L’Oréal*.

20. Jf. fra dansk ret *UfR 2009.875 Ø*, hvor ytringsfrihedshensyn fik retten til at anse Bjørn Nørgaards gengivelse af statuen “Den lille havfrue” i en kollage for lovlig “fri benyttelse”, jf. ophavsretslovens § 4, stk. 2. At ytringsfrihedshensyn kan gøre brug af beskyttet stof i andre værker til lovlig fri benyttelse, synes også antaget af byretten i *UfR 2013.1704 Ø* (Hornsleth). Den kreative måde at bruge § 4, stk. 2, på er nu problematisk i forhold til EU-retten pga. C-476/17 af 29. juli 2019, *Pelham*. Se Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 158.

Men problemer er jo til for at blive løst. Retten antog derfor, at tegning nr. 1 var ophavsretligt beskyttet, men at sagsøgte skulle frifindes for krænkelse, fordi enkle og mekanisk prægede tegninger efter rettens opfattelse kun kunne beskyttes mod fuldstændig slavisk efterligning. His lordship anførte nærmere:

“[...] I think that I am upon very safe ground in saying that the mere choice of subject can rarely, if ever, confer upon the author of the drawing an exclusive right to represent the subject, and certainly where the subject chosen is merely the representation to the eye of a simple operation which must be performed by every person who records a vote there cannot possibly be an exclusive right to represent in a picture that operation. It may well be that something special in the way of artistic treatment even of this simple operation, if it existed, might be the subject of copyright; but nothing of the kind has been suggested or exists in the present case, and if it does exist without being discovered it has not been imitated, for there is nothing which by any flight of imagination can be called artistic about either the plaintiffs' or the defendants' representation of a hand making the mark of a cross. It may be also that even the coarsest, or the most commonplace, or the most mechanical representation of the commonest object is so far protected on registration that an exact reproduction of it, such as photography for instance would produce, would be an infringement of copyright. But in such a case it must surely be nothing short of an exact literal reproduction of the drawing registered that can constitute the infringement, for there seems to me to be in such a case nothing else that is not the common property of all the world. It is possible that in this case the proprietors of the drawing registered may have a right to be protected from a reproduction of their picture of a hand drawing a cross in which every line, dot, measurement, and blank space shall be rendered exactly as in the original, or in which the variations from such minute agreement shall be microscopic. But I cannot see how they can possibly make a higher claim, or say that because they have registered a drawing of a hand pencilling a cross within a square that no other person in the United Kingdom is at liberty to draw a hand pencilling a cross within a square for perhaps the next half century.”

Det er svært at sige med sikkerhed, hvilken betydning dommen har haft for retsudviklingen uden for England. Hvorom alting er, blev princippet om, at beskyttelsessfæren afhænger af originaliteten, i løbet af

1900-tallet en fast bestanddel af krænkelsslæren i såvel kontinental-europæisk som angloamerikansk ophavsret.²¹

6. Painer-dommen og Cofemel-dommen

Men i 2011 afsagde EU-Domstolen en vigtig dom, C-145/10, *Painer*. Umiddelbart synes den at afskaffe det ophavsretlige princip om, at be-

-
21. Om princippet anvendelighed i forbindelse med *sprogværker* se f.eks. Knoph, *Åndsretten*, s. 106 f. ("Hvis det eldre arbeide [...] er originalt og særpreget, må det kreves temmelig stor forskjell i behandlingen, hvis ikke nr. 2 skal dømmes som en ufullstendig bearbeidelse av nr. 1. Isåfall har fantasien nemlig så stort spillerum ved behandlingen av stoffet, at det ikke er ubillig å kreve at man holder sig på god avstand fra den første ophavsmanns individuelle opfatning av det. Er det derimot en adressekalender, kokebok eller oversettelse som påstås 'plagierte', trengs det ikke så markert en forskjell mellom de to arbeider. Dels er det første åndsverks egenverdi forholdsvis beskjeden, og dels gir temaet så liten plass for skapende originalitet, at man ikke kan kreve svært stor forskjell i den individuelle utforming, hvis ikke hele emnet skal forbeholdes den første ophavsmann som monopol". Se også BGH GRUR 1982 37/39 – *WK-Dokumentation* (samleværk med dokumentation om tyske krigsfanger under 2. verdenskrig krænket af et andet værk, bl.a. med henvisning til, at krænkelsevurderingen afhang af værk nr. 1's "Gestaltungshöhe"), BGH GRUR 1981 352/355 – *Staatsexamensarbeit* (biologisk specialeafhandling ikke krænket af en artikel, fordi den kendsgerning, at værkerne vedrørte samme emne og derfor måtte ligge tæt op ad hinanden mht. struktur mv., gav værk 1 et snævert beskyttelsesomfang i forhold til værk 2). I amerikansk ret, hvor krænkelser efter traditionen kræver "substantial similarity", udtrykker man somme tider princippet sådan, at krænkelser af værker med lille originalitet forudsætter "supersubstantial similarity". Se bl.a. *TransWestern Pub. Co. LP v. Multimedia Marketing Assocs, Inc.*, 133 F.3d 773, 776 (10th Cir. 1998) (telefonbøger), jf. også *Wilson v. Brennan*, 666 F. Supp. 2d 1242, 1258 (D.N.M. 2009) (udtalt, at krænkelser af faktabaserede kompilationer kræver supersubstantial similarity, og at "the copyright protection in a factual compilation is thin" mv.). Fra fransk ret se f.eks. Bertrand, *Le droit d'auteur* (Paris, 1999), s. 590 f. Beskyttelsen af computerprogram-brugsanvisninger siges her at være "celle des œuvres scientifiques, c'est-à-dire qu'elle sera quasiment limitée à la reproduction servile de ces manuels et ne pourra couvrir les éléments dictés par l'objet même du logiciel et inséparable de sa fonction". Om *computerprogrammer* se bl.a. *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 35 F.3d 1435, 1439 (9th Cir. 1995) ("When the range of protectible and unauthorized expression is narrow, the appropriate standard for illicit copying is virtual identity"). Om *billedkunst* se f.eks. den svenske Högsta domstolens dom i *NIR* 1994 s. 143 ff., hvor et jordbær-stofmønster, der var skabt af naturalistiske elementer og var uden unikt indhold, fik et relativt

skyttelsens omfang afhænger af, hvor originalt værket er, eller af noget som helst andet for den sags skyld.

Sagen drejede sig om et “fantombillede” af den bortførte Natascha Kampusch, lavet på baggrund af et portrætfotografi af hende som lille, og som skulle vise, hvordan hun måtte se ud som voksen. Den østrigske Oberster Gerichtshof konkluderede, at fantombilledet ikke krænkede portrætbilledet. I den sammenhæng henviste retten til, at der ved portrætbilleder som det, sagen vedrørte, kun var få kunstneriske valgmuligheder, og at beskyttelsen derfor var snæver.

Sagen blev forelagt for EU-Domstolen. Den blev spurgt, om “fotografiske værker og/eller fotografier, herunder navnlig portrætfotografier, nyder en ‘svagere’ eller slet ingen ophavsretlig beskyttelse før bearbejdning, da de i betragtning af den ‘realistiske optagelse’ har for få udformningsmuligheder?”.

EU-Domstolen svarede i præmis 90 ff., at man også ved portrætfotografier har mulighed for at træffe frie og kreative valg, bl.a. med hensyn til belysning, den portrætteredes holdning, billedudsnit, kameravinkel, stemning mm. Og så udtalte retten:

“93: Når det drejer sig om et portrætfotografi, er ophavsmandens råderum med hensyn til at udtrykke sine kreative evner derfor ikke nødvendigvis begrænsede eller ikke-eksisterende.

94: På denne baggrund skal et portrætfotografi anses for at være ophavsretligt beskyttet [...], forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og

begrænset beskyttelsesomfang, der kun omfattede direkte kopiering samt mønstre med påfaldende lighed med det. Se også OLG Hamburg, GRUR RR 2003 33/36 – *Maschinenmensch*. Bl.a. pga. princippet om beskyttelsessfærens afhængighed af originalitetsgraden var robotten fra filmen “Metropolis”, skabt ved instruktørens tilføjelse af elektricitets-ringe rundt om en robotskulptur, ikke udtryk for fri benyttelse af sidstnævnte, se nærmere dommens pkt. 4. Om *brugskunst* se ovenfor note 12 og note 13 i.f. Om *arkitektur* se bl.a. *Trek Leasing, Inc. v. United States*, 66 Fed. Cl. 8, 19 (2005), hvor krænkelsesvurderingen af en mindre original postkontors-bygning ikke skulle ske ud fra en sædvanlig “ordinary observer test”, men derimod en skrap “more discerning observer test”, der krævede supersubstantial similarity. Om *musik* se bl.a. BGH GRUR 1988 810/811 – *Fantasy*. Her fandt den tyske højesteret det ikke kritisabelt, at underinstansen “der Melodie der Kl. nur eine relativ geringe schöpferische Eigentümlichkeit zugesprochen und daher den Schutzbereich eng gezogen hat”.

kreative valg i forbindelse med fremstillingen, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde.

95: Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt en sådan beskyttelse er ringere end beskyttelsen af andre, navnlig fotografiske værker, bemærkes indledningsvis, at ophavsmanden til et beskyttet værk i henhold til artikel 2, litra a), i [infosoc-direktivet] har eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent restproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis.

96: I denne henseende har Domstolen fastslået, at beskyttelsen efter denne bestemmelse skal have en vid udstrækning (jf. *Infopaq*-dommen, præmis 43).

97: Det bemærkes endvidere, at intet hverken i [infosoc-direktivet] eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker.

98: Når det drejer sig om et portrætfotografi, kan beskyttelsen [...] ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker.

99: På denne baggrund skal [spørgsmålet] besvares med, at [...] et portrætfotografi [...] kan være ophavsretligt beskyttet, forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og kreative valg i forbindelse med fremstillingen af fotografiet, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde. Såfremt det konstateres, at det omhandlede portrætfotografi fremstår som et værk, er dets beskyttelse ikke ringere end den beskyttelse, som andre, herunder fotografiske værker, nyder.”

EU-Domstolen har siden gentaget budskabet i C-683/17, *Cofemel*. Retten forklarede her, at værker beskyttes, hvis de opfylder originalitetskravet. Desuden skal de opfylde et krav om “objektiv konstaterbarhed”, opfundet af Domstolen i C-310/17, *Levola Hengolo*, som forklaring på, hvorfor man ikke kan give ophavsret til smage. Og herudover udtalte retten:

35: Når en genstand besidder de egenskaber [...], og dermed udgør et værk, omfattes den i denne egenskab af en ophavsretlig beskyttelse i overensstemmelse med [infosoc-direktivet], idet det bemærkes, at omfanget af denne beskyttelse ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og at beskyttelsen derfor ikke er svagere end den beskyttelse, som tildeles andre værker, der er omfattet af nævnte

direktiv (jf. i denne retning dom af 1.12.2011, Painer, C-145/10 [...] præmis 97-99).

Umiddelbart synes budskabet at være: Når det er konstateret at et værk opfylder originalitetskravet, er det beskyttet mod krænkelse. Denne beskyttelse skal have en vid udtrækning, herunder en passende bredde. Beskyttelsens bredde afhænger ikke af, hvor originalt værket er. Sådan er det i forbindelse med alle værker. Punktum.

Så umiddelbart skulle man mene, at er slut med at lade den ophavsretlige beskyttelse afhænge af originalitetsgraden. Herudover er det nærliggende at tro, at dommene også sætter punktum for den danske praksis om, at brugskunst kun beskyttes mod “meget nærgående efterligninger”, nu hvor det fremgår af *Painer*-dommens præmis 96, at den ophavsretlige beskyttelse skal have en vid udstrækning. Det er i hvert fald en nærliggende konklusion, og det er derfor i det mindste tvivlsomt, om den hidtidige danske retstilstand er forenelig med EU-retten. Det er det budskab, mine medforfattere og jeg har formidlet i *Immaterielret* (3., 4. og 5. udgave fra henholdsvis 2013, 2015 og 2018), og i en artikel af Schovsbo og mig i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B, s. 181 ff. Som vi skriver her, blinker den EU-retlige advarselslampe ikke mindst i forhold til den danske højesteretspraksis om, at brugskunst pr. definition altid beskyttes mod meget nærgående efterligninger. På baggrund af *Painer*-dommen og omtalen af den i *Immaterielret* (3. udg.) har Højesteret foretaget en elegant brandslukningsøvelse i *UfR 2015.979 H* og *UfR 2015.992 H*. Retten fremsatte her udtalelser, som man tilsyneladende må forstå på den måde, at rettens hidtidige udtalelser om brugskunsts snævre beskyttelse heldigvis bare betyder, at krænkelsesvurderingen ikke angår de ubeskyttede indslag i værkerne, hvilket de aldrig gør, jf. nedenfor 7.3. Det hedder i hvert fald i dommene, at brugskunst kun beskyttes mod nærgående efterligning, og at det “herefter” er afgørende, om værk 2 har overtaget noget originalt fra værk 1. Om det er nok til at slukke den EU-retlige advarselslampe, er dog tvivlsomt. Hvis lampen skal slukkes effektivt, må løsningen være, enten at det forelægges for EU-Domstolen, om Danmark gerne må nøjes med at beskytte brugskunst mod meget nærgående efterligning, eller at Højesteret undlader at forsyne fremtidige brugskunstdomme med udtalelser i den retning. Der har ikke siden været danske højesteretsdomme om, hvorvidt et be-

skyttet brugskunstværk var krænkede af et andet. I den seneste højesteretsdom om brugskunst, *UfR 2020.2817 H*, nåede retten derimod frem til, at den Ilse Jacobsen-gummistøvle, som sagen drejede sig om, ikke opfyldte originalitetskravet. Samtidig citerede retten dog lange passager fra *Cofemel*-dommen, så Højesteret er givetvis meget lydhør over for EU-Domstolens signaler på området. Mit bud er, at Højesteret nu går væk fra at udtale, at brugskunst kun beskyttes mod meget nærgående efterligning, og går over til andre terminologier.

Festskriftets udmærkede genstand har ikke desto mindre ofte haft den dristighed at anføre, at danske og andre europæiske domstole stadig gerne må lade beskyttelsens bredde afhænge af originalitetsgraden, herunder på fotografiområdet, og at han føler sig overbevist om, at fotografier med stor originalitet stadig har en bredere beskyttelse end simple skolefotografier. Denne opfattelse er bl.a. ekspliciteret på møder i Dansk Selskab for Ophavsret og under gæsteforelæsninger rettet mod mine immaterialrets-studerende. Jeg har i den forbindelse haft lejlighed til at minde de sidstnævnte om den vigtige forskel på festskriftets genstands og min opfattelse, at min opfattelse er pensum.

Hårdt presset må jeg dog indrømme, at sagen måske ikke er så enkel. Det vi har skrevet i *Immaterialret* og *UfR*-artiklen er derfor ikke, at den danske retstilstand er uforenelig med EU-retten. Hvad vi skriver er, at det er tvivlsomt, om den er forenelig med EU-retten. Det mener jeg også det er. Men der er en tvivl. Det må erkendes. Fordi:

7. Terminologiske forhold

7.1. Bredde-terminologien er vaklende

Immaterialrettigheders bredde kan ifølge traditionen afhænge af diverse faktorer, herunder hvor originalt værket er, værksarten og andet. I ophavsretten antager man især traditionelt, at beskyttelsens bredde afhænger af, hvor originalt værket er. Desuden har den danske Højesteret haft et fast princip om, at brugskunst altid kun beskyttes mod nærgående efterligning.

Men i virkeligheden dækker den slags principper over flere forskellige bagvedliggende erkendelser og antagelser. Udtalelser om, at værkers

beskyttelsesomfang afhænger af noget, sådan så f.eks. værker med lille originalitet kun beskyttes mod nærgående efterligning o.l., kan i realiteten sigte til *flere forskellige ting*. Terminologien, der umiddelbart virker klar og præcis, er faktisk vaklende og unøjagtig:

Hvis et værk skal krænkes af et andet værk, der ikke er magen til det første, skal en række basale betingelser være opfyldt. De går ud på:

1. Værkerne skal ligne hinanden.
2. Ligheden skal skyldes efterligning.
3. Det, som værk nr. 1 og 2 har til fælles, skal i sig selv være beskyttelsesværdigt, herunder originalt. Derimod er det ikke en krænkelse, hvis man f.eks. efterligner en ikke-original sætning fra et litterært værk eller 3 banale akkorder fra et musikværk.
4. Det, som værk nr. 1 og 2 har til fælles, skal være konkretiseret og ikke bare en abstrakt, ubeskyttet idé.
5. Det originale, beskyttelsesværdige, konkrete stof, som værk nr. 2 har overtaget fra værk nr. 1, skal gå igen i værk 1 på en genkendelig måde.²²

Koktvedgaard beskrev det under 1 nævnte krav sådan, så det afgørende er, om værkssammenligningen resulterer i en *identitetsoplevelse*.²³ Man sammenligner det beskyttede værk med det værk, der påstås at krænke det. Hvis sammenligningen resulterer i en identitetsoplevelse i den forstand, at man synes, at værkerne er “det samme”, kan der være tale om en krænkelse. Hvis derimod ikke der indtræder nogen identitetsoplevelse, kan der ikke.

De krav, der er nævnt under 3 og 4 afspejler en helt basal immaterialretlig grundsætning om, at den immaterialretlige beskyttelse af et fænomen ikke omfatter de dele af det, der ikke i sig selv opfylder beskyttelsesbetingelserne. I overensstemmelse med det angår ophavsretlige krænkelsesvurderinger kun de dele af værk nr. 1, der i sig selv har beskyttelse.²⁴ Det er derimod ingen ophavsretskrænkelse at overtage ube-

22. De ovennævnte betingelser gennemgås i detaljer i Schovsbo/Rosenmeier/Salung Petersen, *Immaterialret* (Kbh. 2021), s. 152 ff.

23. Jf. Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 118 ff.

24. Se sag C-5/08, *Infopaq I*, præmis 38 f., og 47 f., de forenede sager C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, præmis 159, og sag C-355/12, *Nintendo*, præmis 22. Læs

skyttede aspekter fra et værk, og det spiller derfor ingen rolle ved krænkelsesvurderingen, om der måtte være lighed mellem værkernes ubeskyttede ideer, deres tekniske aspekter eller deres rent ikke-originale værksdele. I en sag, der drejer sig om, hvorvidt en beskyttet designstol er krænkert af en anden stol, betyder det f.eks. ikke noget, at stol nr. 2 evt. bygger på samme "isme" som stol nr. 1, eller at den bruger samme slags skruer og møtrikker.

Heraf følger en meget vigtig ting. Det er, at den sammenligning, der skal ske i ophavsretlige krænkelsessager, i realiteten ikke angår "værkerne". Den angår i realiteten *værk 2 på den ene side og værk 1's selvstændigt beskyttede indslag på den anden side*. Man kan også udtrykke det sådan, at man, inden krænkelsesvurderingen sker, skal bortfiltrere de ubeskyttede aspekter i værkerne og basere identitetsvurderingen på de aspekter, der bliver tilbage.

Sml. fra amerikansk ret *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992). Retten konkluderer her, krænkelsesvurderingen af computerprogrammer skal ske i henhold til en "abstraction-filtration-comparison-test", hvor man indledningsvis filtrerer det beskyttede programs ubeskyttede aspekter væk og først derefter foretager krænkelsesvurderingen. Dette ræsonnement er fulgt i en række senere amerikanske domme. I min artikel i *NIR* 2005, s. 503 ff., foreslås i inspiration af amerikansk ret, at ophavsretlige krænkelsesvurderinger generelt skal baseres på et "filtreringsprincip": Først bortfiltreres de ubeskyttede elementer fra værk 1, derefter sker værkssammenligningen. Denne metafor er måske mindre nærliggende i tilfælde, hvor et værks originalitet ligger i den måde, en række i sig selv ubeskyttede elementer er udvalgt og sammenstillet på. Men grundlæggende ligger det fast: Krænkelsesvurderingen tager udgangspunkt i de beskyttede elementer. Ikke de ubeskyttede.

mere om princippet hos Rosenmeier i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014B, s. 220 ff., samme forf. i Rønsholt/Rytter (red.), *Ret, information og samfund: Festskrift til Peter Blume* (Kbh. 2010), s. 575 ff., og samme forf., *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 75 ff. I *Schønning, Ugeskrift for Retsvæsen* 2013B, s. 341 ff., gøres det gældende, at det her nævnte princip ikke gælder for filmværker og billedkunst, jf. tilsvarende *Ophavsretsloven med kommentarer* (Kbh. 2016), kommentar 1.3.1 til § 1. Efter min mening gælder princippet for alle former for værker uden undtagelse. Udførlig argumentation hos Rosenmeier i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2014B, s. 220 ff.

7.2. Identitetsoplevelsens styrke afhænger af originaliteten

Udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af originaliteten, og at beskyttelsen bliver bredere eller snævrere, jo mere eller mindre originalitet værket har, kan som sagt sigte til flere forskellige ting.

I en række tilfælde er meningen at udtrykke, at *den identitetsoplevelse, krænkelsevurderingen vil resultere i, skal have en bestemt styrke, før der kan dømmes for krænkelse*. At nogle værker kun har “snæver” beskyttelse, betyder så, at krænkelse kræver en *stærk identitetsoplevelse*, når man sammenligner værk 2 på den ene side med de beskyttede, originale aspekter i værk 1 på den anden side. At nogle værker har en “bred” beskyttelse, betyder ud fra denne forståelse derimod, at der kan ske krænkelse, selvom den identitetsoplevelse, sammenligningen resulterer i, er mere moderat.

Som jeg opfatter det, er det f.eks. den forståelse af begreberne, der ligger bag den tidligere nævnte *Kenrick & Co. v. Lawrence & Co.* (1890) 25 Q.B.D. 99. Spørgsmålet var her, om en tegning af en hånd, der satte et kryds i en firkant, beregnet på at hjælpe analfabeter ved stemmeafgivningen, var krænkelse af en anden lignende tegning. Retten fandt, at det var betænkeligt at dømme for krænkelse i sagen, bl.a. pga. de uheldige demokratiske konsekvenser, det kunne medføre at give enkelt-individer monopol på tegninger af den art. I stedet for at anse tegningen for ikke-original eller frifinde med henvisning til, at ideer ikke er beskyttede, afgjorde retten derefter, at tegninger som den var beskyttede, men kun mod “exact literal reproduction”. Meningen var at indføre noget, der minder om en ulovbestemt undtagelse til ophavsretten, en afbalanceringsmekanisme, så man kunne undgå at statuere krænkelse, fordi det var betænkeligt. Et friholdelses-ræsonnement ligger også bag, når Knoph forklarer i *Åndsretten*, s. 106 f., citeret ovenfor note 21, at adressekalendere, kogebøger og oversættelser kun har snæver beskyttelse, bl.a. fordi der er “så liten plass for skapende originalitet, at man ikke kan kreve svært stor forskjell i den individuelle utformning, hvis ikke hele emnet skal forbeholdes den første ophavsmann som monopol”. Tanken er, at hvis værket kun har lille originalitet, er mere omfattende beskyttelse betænkelig. Derfor løser man problemet ved at skruer på beskyttelsens omfang.

Se tilsvarende vel Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (Kbh. 1965), s. 135, hvor forf. forklarer, at store, meget detailrige kunstværker med klart og utvetydigt individuelt præg har en bredere beskyttelsesradius end enkle frembringelser, og at det navnlig skyldes, at "samfundet ikke vil tolerere, at enkelte hævder særrettigheder over mere almindelige formelementer". Se også Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 64 f. Forf. forklarer her, at "Inden for den klassiske 'rene' kunst volder en vidtfavnende ophavsretlig beskyttelse kun sjældent kvaler. Variationsmulighederne er uendeligt mange, og anerkendelse af en ophavsret bremser således ikke nogen i deres kunstneriske udfoldelser. [...] Det kan derimod give anledning til tvivl, hvor imødekommende man bør være i relation til den mere anvendte kunst [...] hvor væsentlige hensyn taler imod en for omfattende beskyttelse. [...] Den bedste løsning er [...] at være rimeligt generøs, hvad angår den mere principielle subsumption under Ophavsloven – man nægter ikke involverede fænomener ophavsretlig anerkendelse – mod til gengæld at indskrænke retsværnet, således at det tenderer mod kun at give værn mod meget nærgående efterligninger". Fra amerikansk ret se f.eks. *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players, Inc.*, 736 F.2d 485 (C.A.Cal., 1984) pkt. [2]. Det forklares her, at "Some ideas can be expressed in myriad ways, while others allow only a narrow range of expression. Fictional works generally fall into the first category. [...] Therefore a new work incorporating that idea need not be a verbatim copy or close paraphrase of an earlier work to infringe [...]. Factual works are different. Subsequent authors wishing to express the ideas contained in a factual work often can choose from only a narrow range of expression. [...] Therefore, similarity of expression may have to amount to verbatim reproduction or very close paraphrasing before a factual work will be deemed infringed".

7.3. Bredde-terminologi som sigtende til, at ikke-originale værksdele ikke beskyttes

Udtalelser om, at beskyttelsen bliver bredere, jo mere originalitet værket har, kan imidlertid *også* være en omskrivning af, at det ikke er krænkende at overtage dele af værket, som ikke i sig selv opfylder originalitetskravet, og at krænkelse forudsætter, at værk nr. 2 har overtaget noget originalt fra værk nr. 1. Terminologien afspejler så et ræsonnement om, at krænkelsesvurderingen kun angår værkets originale, selvstændigt beskyttede aspekter, og at værker med lille originalitet har en snæver beskyttelse i den forstand, at de har ganske særligt mange

værksdele, der ikke i sig selv er originale. At beskyttelsen bliver “brede”, jo mere originalitet der er, betyder efter denne forståelse, at jo mere originalt værket er, jo flere originale aspekter kan danne grundlag for krænkellesvurderingen. At den bliver “snævrere”, jo mindre originalitet der er, sigter derimod til, at jo mindre originalt værket er, jo færre originale aspekter kan danne grundlag for krænkellesvurderingen.

Denne forståelse af begreberne skinner bl.a. igennem i en række udtalelser fra Svensk Forms Opinionsnämnd (tidligere Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd).²⁵ Se bl.a. USFB 1964-75 s. 75 (“Det bör [...] betonas, att den personliga prägeln hos Mathssons formskapelse framförallt hänför sig till detaljernas utformning och den konstnärliga samordningen, medan däremot materialval och konstruktion endast i mycket ringa grad rymmer en personlig egenart. Det ligger därför i sakens natur att skyddsområdet måste anses snävt begränsat, så att skydd kan påkallas endast gentemot efterbildningar som kommer originalet mycket nära”), USFB 63 s. 65 (“skyddsområdet för en sådan formskapelse måste bli­va snävt avgränsat, så att skydd kan påkallas endast gentemot efterbildningar, som komma originalet mycket nära. Championhäm­ta­ren företer [...] trots en påfallande allmän överensstämmelse med polvahämtaren åtskilliga avvikelser i fråga om proportioneringen. [...] Uttalade olikheter föreliggande beträffande lock och handtag. Den konstnärliga egenart, som utmärker polvahämtaren, har genom dessa icke obetydliga skillnader till

25. Nævnet er et rent privat organ, og dets udtalelser i princippet uforpligtende, men pga. den grundighed, der kendetegner nævnets sagsbehandling, og ekspertisen hos dets medlemmer, sætter nævnet et punktum for en lang række sager, der ville have taget år i det almindelige domstolssystem. Læs om nævnet hos Levin, *Formskydd* (Stockholm 1984), s. 305, samme forf., *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987* (Stockholm 1987), s. 315 f., Bengtsson, *NIR* 2005, s. 515 ff., Adamsson i Karnell m.fl. (red.), *Liber amicorum Jan Rosén* (Visby 2016), s. 19 ff., og Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten* (Kbh. 2001), s. 236 ff. Nævnets udtalelser fra 1954 til 1991 er offentliggjort i nogle publikationer “Upphovsrättsligt skydd för brukskonst” vedr. årene 1954-63, 1964-75 og 1976-91, i det følgende forkortet “USFB”. Siden da er der, så vidt jeg ved, ikke sket nogen systematisk offentliggørelse af nævnets udtalelser, og det er en skam. Det alternativ til domstolsbehandling, som opinionsnævnet tilbyder, sparer svenskerne for meget tid og mange penge. En række danske rettighedshaverorganisationer arbejder derfor på at stifte et dansk designnævn ad modum Svensk Forms Opinionsnämnd. Se bl.a. <<https://www.ubva.dk/>>, årsberetningerne for 2018 og 2019. En række organisationer, inkl. Akademikerne v. UBVA, har en lumsk plan om at lokke festskriftets genstand til at sidde i nævnet. Det forventes at gå i luften i slutningen af 2021.

övervägande del gått förlorad. Med hensyn härtill kan enligt nämndens mening championhämtaren icke anses utgöra en olovlig efterbildning [...]”), USFB 1954-63 s. 74 (“skyddsområdet för en sådan formskapelse måste bli snävt avgränsat, så att skydd kan påkalles endast gentemot efterbildningar, som stå originalet synnerligen nära. [...] Utan tvivel kan det befaras, att Skoghs och Anderssons bord förväxlas av den köpande allmänheten [...] Emellertid har den konstnärliga egenart, som utmärker Skoghs bord [...] till väsentlig del gått förlorad. Med hänsyn härtill kunna enligt nämndens mening Anderssons bord [...] icke anses utgöra olovliga efterbildningar [...]”), se också USFB 1954-63, s. 35. Fra norsk ret se måske Høyesterets dom af 27. juni 2012, HR-2012-01325-A, (sak nr. 2011/2020), præmis 86: “Det synes å være en samstemt oppfatning, i hvert fall i Danmark, Sverige og Norge, at graden av nyskapning har betydning for hvor vidtgående vernet er mot etterligninger. Hvor originalt og særpreget et åndsverk er, vil være bestemmende for vernets omfang. *Vernet rekker så langt den individuelt skapende innsats når*” (min kursivering).

I nogle tilfælde sigter udtalelser om, at beskyttelsens bredde afhænger af originaliteten, til, at værker, hvis originalitet ligger i deres udvælgelse og strukturering af ubeskyttede enkeltelementer, ikke krænkes, hvis man overtager de enkelte elementer, men bliver fra den originale udvælgelse eller sammenstilling. Ræsonnementet er, at værker, hvis originalitet kun ligger i udvælgelsen og sammenstillingen, har “snæver” beskyttelse i den forstand, at det ikke er en krænkelse at overtage værkets andre aspekter, herunder “indholdet”, og at værk nr. 2 kun krænker værk nr. 1, hvis værk nr. 2 overtager værk nr. 1’s originale sammenstilling. Koktvedgaard udtaler f.eks. i Koktvedgaard/Schovsbo, *Lærebog i immaterialret* (Kbh. 2005), s. 155, at brugskunsts enkle stilelementer kun har et relativt snævert beskyttelsesområde, og henviser til *UfR 61.1027 H*. I denne sag lå et spisebestiks originalitet i den måde, et ikke-originalt rillemotiv på skafterne og bestikkets form i øvrigt var sammensat på, og sagsøgte frifandtes, fordi han højst havde efterlignet det ikke-originale rillemotiv. Sml. fra varemærkeretten *UfR 1995.211 H* (“Indstævntes navn Dansk Handicap Idræts-Forbund består af fire ord, som både enkeltvis og i sammenstillingen er af rent beskrivende karakter. Hver for sig kan ordene ikke være genstand for eneret. Den beskyttelse, navnet nyder, må på denne baggrund afgrænses snævert”).

Udtalelser om, at beskyttelsesomfanget afhænger af, hvor originalt værket er, kan på samme måde sigte til, at man ved krænkelsesvurderingen skal bortse fra rent tekniske aspekter i værkerne. Ræsonnementet er, at

man skal bortse fra de tekniske aspekter, når man foretager krænkelsesvurderingen, og at mere teknisk betonedede værker har *snæver beskyttelse i den forstand, at de indeholder ganske særligt mange tekniske aspekter, der skal bortses fra*. At beskyttelsen bliver "snævrere", jo mindre originalitet der er, betyder efter denne forståelse, at jo mere teknisk værket er, jo flere tekniske aspekter er man nødt til at bortse fra ved krænkelsesvurderingen, der jo kun angår de ikke-tekniske dele af værkerne.

Se f.eks. den ovenfor note 21 citerede udtalelse i Bertrand, *Le droit d'auteur*, s. 590 f, hvor det hedder, at beskyttelsen af computerprogrambrugsanvisninger er "quasiment limitée à la reproduction servile de ces manuels et ne pourra couvrir les éléments dictés par l'objet même du logiciel et inséparable de sa fonction". Sml. fra dansk ret *UfR 2001.747 H* ("Beskyttelsen efter ophavsretslovens § 1 kan [...] kun angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé. Da stolen [...] er skabt i et funktionalistisk formsprog, bør den ophavsretlige beskyttelse herefter begrænses til meget nærgående efterligninger").

7.4. Bredde-terminologi som sigtende til psykologiske antagelser

Endelig kan udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af originaliteten, og at beskyttelsen bliver bredere/snævrere, jo mere eller mindre originalitet værket har, afspejle en teori om, at mængden af originalitet har en *rent psykologisk* betydning for, hvordan krænkelsesvurderingen vil falde ud. Ræsonnementet er nærmere, at hvis et værk er meget originalt, vil dommeren af psykologiske grunde være ekstra tilbøjelig til at mene, at andre, lignende værker krænker det.

Synspunktet er fast indarbejdet i tysk ophavsret. Det ophavsretlige princip om beskyttelsens afhængighed af originalitetsgraden menes her at skyldes, at jo mere originalt værk nr. 1 er, jo mindre vil dets overtagne elementer forekomme at "blegne" i værk nr. 2, når man foretager krænkelsesvurderingen. Se bl.a. Schricker m.fl., *Urheberrecht* (München 2010), kommentar 10 til § 24, og Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts* (München 2003), s. 70, v. note 32. At det er sådan, er udtalt i en lang række afgørelser fra den tyske højesteret. Se bl.a. BGH GRUR 1991 531/532 – Brown Girl I ("Je auffallender die Eigenart des als Vorlage benutzten Werkes ist, um so weniger werden dessen übernommene Eigenheiten in dem danach geschaffenen Werk verblassen. Umgekehrt können

aber auch keine zu hohen Anforderungen an eine freie Benutzung gestellt werden, wenn das als Vorlage benutzte Werk nur einen geringen eigenschöpferischen Gehalt besitzt. Ein Werk geringerer Eigenart geht eher in dem nachgeschaffenen Werk auf als ein Werk besonderer Eigenprägung”), se også f.eks. BGH GRUR 1991 533/534 – Brown Girl II, BGH GRUR 1981 267/269 – Dirlada, jf. i øvrigt oversigten i Schricker m.fl., *Urheberrecht*, anf. sted. At en høj grad af originalitet i *sagsøgte* værk har betydning, fordi værk nr. 1's overtagne træk vil have tendens til at blegne, jo mere originalt *værk nr. 2* er, menes også. Se bl.a. Schricker m.fl. anf. værk, kommentar 11 til § 24, Loewenheim, anf. værk anf. sted. Fra designretten se Stuevold Lassen/Stenvik, *Designrett* (Oslo 2006), s. 106. Forf. forklarer her, at nyskabende design får et særligt bredt beskyttelsesområde, fordi det “neppe [er] til å komme utenom at virkelig nyskabende designelementer ofte vil ha større betydning for helhetsinntrykket enn mer ordinære elementer. Dermed vil også helhetsinntrykket kunne bli temmelig likt om slike nyskabende elementer gjenfinnes i annen design, selv om det også er synlige ulikheter i andre deler av designen”. Fra varemærkeretten se Stuevold Lassen/Stenvik, *Kjennetegnsrett* (Oslo 2011), s. 325. Princippet om beskyttelsessfærens afhængighed af særprægsgraden begrundes her med, at man “gennemgående [må] regne med at publikum langt lettere vil tro at to like merker med sterkt særpreg viser til samme produsent eller leverandør, enn at to like merker med svakt særpreg gjør det”. Se også Wallberg, *Varemærkeloven med kommentarer* (Kbh. 2008), s. 104. Forf. forklarer her, at et sterkt særpræget mærke står stærkere i forvekslingsbedømmelsen end et mindre særpræget, og at “Dette beror ganske enkelt på, at man umiddelbart genkender det særprægede mærke, og at “efterligninger” uden videre opleves som retsstridige”. Spørgsmålet, om det varemærkeretlige princip om beskyttelsessfærens afhængighed af særprægsgraden har “normativ karakter” eller fastslår “ett empirisk sakförhållande” i forskellige retssystemer, drøftes på linje hermed i Wessman, *Varumärkeskonflikter* (Stockholm 2002), jf. s. 40 ff. og 62 ff. Om psykologiske ræsonnementer af den nævnte art afspejler nogen reel psykologisk realitet, kan i øvrigt utvivlsomt diskuteres, i hvert fald når det handler om varemærkeret. For her er sagen nok i virkeligheden, at sterkt særprægede kendetegn typisk er *sværere* at forveksle med andre end svagere kendetegn, fordi det stærke særpræg gør det lettere for publikum at forstå, hvordan tingene hænger sammen. Det er f.eks. de færreste, der vil kunne forveksle Coca-Cola med andre mærker, fordi Coca-Cola står så sterkt i deres bevidsthed, at de ikke er nemme at narre. Mindre særprægede mærker, derimod, står mindre sterkt i folks hukommelse. Der henvises om spørgsmålet til

Wessman, anf. værk, s. 34 f. og 42 m. henv. og Stuevold Lassen/Stenvik, *Kjennetegnsrett*, s. 424 f. Se også byrettens dom i RG 1986, s. 1010 ff., og Burrell/Gangjee, *IIC* 2010, s. 557.

8. Konklusion

Udtalelser om, at værkers beskyttelsesomfang afhænger af deres originalitet, at mere originale værker har bredere beskyttelse end mindre originale værker, og at de sidstnævnte kun beskyttes mod nærgående efterligning, er altså, som det vil fremgå, tvetydige. De kan sigte til flere forskellige forhold:

- a. De kan gå på *identitetsoplevelsens styrke*, dvs. betyde, at jo mere originalitet værket har, jo mindre intens og stærk behøver identitetsoplevelsen være, før der kan dømmes for krænkelse.
- b. De kan være en omskrivning af, at krænkelsesvurderingen ikke vedrører ubeskyttede aspekter, og at *værker med lille originalitet har ganske særligt mange ikke-originale aspekter*, der skal bortses fra ved krænkelsesvurderingen.
- c. De kan udtrykke en teori om, at mængden af originalitet i et værk *rent psykologisk* har betydning for, om dommeren vil anse et påstået krænkende værk for at indebære en krænkelse.

I de tilfælde, der er nævnt under a, er meningen at udtrykke en retsregel om, at beskyttelsessfæren i visse tilfælde skal være bred, mens den i andre tilfælde skal være snæver. Reglens retsfaktum (= værket har stor eller lille originalitet) udløser en retsfølge, dvs. at krænkelse kræver en identitetsoplevelse af en bestemt styrke.

I de tilfælde, der er nævnt under b, er meningen ikke på samme måde at opstille en selvstændig retsregel. Meningen er at give en omskrivning af det almindelige princip om, at krænkelsesvurderingen ikke angår de ubeskyttede elementer.

I de tilfælde, der er nævnt under c, er meningen heller ikke at opstille en retsregel. Meningen er at udtrykke en psykologisk teori om, at mængden af originalitet i et beskyttet værk påvirker krænkelsesvurderinger.

At give visse værker en snæver beskyttelse på den måde, der er nævnt under a, er efter min vurdering vanskeligt foreneligt med *Painer*-dommen og *Cofemel*-dommen.

At give visse værker en snæver beskyttelse på den måde, der er nævnt under b, er derimod ikke i strid med EU-retten. Det er derimod i overensstemmelse med de domme fra EU-Domstolen, der er nævnt ovenfor note 24, og som siger, at værksdele kun er beskyttet, hvis de i sig selv opfylder originalitetskravet.

At sige, at visse værker har snæver beskyttelse som følge af psykologiske forhold hos dommeren, jf. ovenfor c, er heller ikke i strid med EU-retten. Der er slet ikke tale om et juridisk princip, men mere om et forsøg på beskrivelse af et faktisk, psykologisk forhold. Det må EU-retten være ligeglad med.

Spørgsmålet, om EU-retten gør det muligt for danske domstole at lade beskyttelsens bredde afhænge af originalitetsgraden eller andet, sådan så visse værker for en bredere beskyttelse end andre, er afhængigt af, hvad man lægger i spørgsmålet. Hvis man udgår fra den forståelse, der fremgår ovenfor a, er svaret negativt. Hvis man udgår fra den forståelse, der fremgår ovenfor b og c, er svaret positivt.

Jeg har altid været tilbøjelig til at forstå udtalelser om værkers beskyttelsesomfang på den måde, der er nævnt under a.

Festskriftets genstand, derimod, anlægger, så vidt jeg forstår, normalt den forståelse, der er nævnt under b.

Det er mig derfor en glæde at konkludere, at vi begge har ret.

Jeg har tidligere taget hul på emnet her i en artikel i *NIR* 2005, s. 503 ff., dog med en mindre detaljeringsgrad end ovenfor. Som følge af festskriftets genstands og mine diskussioner har jeg nu ændret det relevante afsnit i 6. udgave af *Immaterialret* (2021), s. 159 ff. og 166 f., sådan så det nu fremgår, at der er tale om tvivlsomme spørgsmål, hvis besvarelse afhænger af, om man anlægger den ene eller den anden begrebsforståelse.

Men jeg mener stadig, at det er tvivlsomt, om den traditionelle danske retstilstand er forenelig med EU-retten.

Mine faglige diskussioner med festskriftets fortrinlige genstand er en af de store glæder i mit liv. Jeg glæder mig til mange flere af slagsen.

Den førnævnte genstand ønskes et meget stort tillykke.