

The top half of the cover features a close-up photograph of a light brown, textured stone surface with several prominent, dark, irregular cracks running across it.

Clement Salung Petersen

**IMMATERIAL
RETTIGHEDER
og foreløbige forbud**

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Immateriale rettigheder og foreløbige forbud

This page intentionally left blank

Clement Salung Petersen

Immateriale rettigheder og foreløbige forbud



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2008

*Immateriale rettigheder
og foreløbige forbud*

1. udgave, 1. oplag

© 2008 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf er ifølge
gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden
forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan

Omslag: Morten Højmark
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Jysk Bogbind, Holstebro

Printed in Denmark 2008
ISBN 978-87-574-1948-1

Udgivet med støtte fra Det Finneske Legat

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	15
DEL I. INDLEDNING	
Kapitel 1. Indledning	19
1. Immaterialrettigheder og den samfundsmæssige afbalancering	19
2. Håndhævelsen af immaterialrettigheder	24
3. Håndhævelse af immaterialrettigheder gennem fagedforbud	26
4. Afhandlingens problemkreds	28
5. Afhandlingens metode og retskilder	34
5.1. Metode	34
5.2. Ret skilder	36
5.2.1. Fagedforbudsinstittuttet og dets faktiske anvendelse	36
5.2.2. WTO- og EU-rettens betydning for håndhævelsen	38
a. WTO-rettens betydning: TRIPS-aftalen	38
b. EU-rettens betydning for håndhævelsen	39
c. Sammenfatning	40
5.2.3. EMRK art. 6	41
5.2.4. Afhandlingens brug af fremmed ret	43
5.2.5. Afgrænsning	45
Kapitel 2. Fagedforbud som tvistemåls substitut	47
1. Rutinesager og vanskelige sager inden for immaterialretten	47
1.1. Udgangspunkt for en afgrænsning	49
1.2. Immaterialrettens struktur og metode	50
1.2.1. Ophavsretten	51
1.2.2. Patentretten	52
1.2.3. Varemærkeretten	53
1.2.4. Sammenfatning	54
1.3 Retserhvervelsen	55
1.4 Andre forhold	56
1.5 Konklusion	57

Indholdsfortegnelse

2. Føgedforbud som tvistemålssubstitut i vanskelige immaterialretlige sager	57
2.1. Undersøgelsens tilrettelæggelse	58
2.2. Justifikationssager ved Østre Landsret	60
2.2.1. De afsluttede patentretlige sager	62
2.2.2. De afsluttede ophavsretlige sager	63
2.2.3. De afsluttede varemærkeretlige sager	64
2.2.4. Sammenfatning	65
2.3. Justifikationssager ved Sø- og Handelsretten	65
2.3.1. De afsluttede varemærke- og markedsføringsager	66
3. Konklusion	67

DEL II. DET IMMATERIALRETLIGE SANKTIONSSYSTEM

Kapitel 3. De immaterialretlige sanktioner	71
1. Straf	74
1.1. Immaterialrettens strafferetlige værn	74
1.2. Det strafferetlige værn i praksis	78
2. Erstatning m.v.	81
2.1. Immaterialrettens erstatningsretlige værn	81
2.2. Det erstatningsretlige værn i praksis	86
3. Korrigerende foranstaltninger	87
3.1. Udviklingen af eneretslovenes særregler om inddragelse og tilintetgørelse m.v.	87
3.2. Reglernes praktiske betydning	92
4. Forbudsdom	96
5. Offentliggørelse af domme	98
6. Konklusion	99

Kapitel 4. Bevissikring og oplysningspligt	101
1. De immaterialretlige bevissikringsproblemer	101
1.1. Bevissikring i den ordinære domsproces	103
1.2. Straffeprocessuel ransagning	106
1.3. Andre muligheder for bevissikring	107
2. Den internationale udvikling	108
2.1. Særlige bevissikringsforanstaltninger i den civile retspleje	109
2.2. Oplysningspligt	111
2.3. TRIPS-aftalen og retshåndhævelsesdirektivet	112
3. Bevissikring (RPL kapitel 57 a)	114

3.1. Bevissikringsreglernes betydning for det immaterialretlige sanktionssystem	116
3.2. Bevissikringsreglernes betydning for fogedforbudsinstuttet ...	116
4. Oplysningspligt (RPL kapitel 29 a)	118
5. Konklusion	120

DEL III. IMMATERIALRET & FOGEDFORBUD

Kapitel 5. Foreløbige retsmidler	125
A. Foreløbige retsmidler i dansk ret: Arrest og forbud	125
1. Hovedtræk af udviklingen i tiden før retsplejeloven	125
2. Retsplejeloven	129
2.1. Retsplejelovens tilblivelse	129
2.2. Retsplejeloven og de foreløbige retsmidler	131
2.2.1. Arrest	131
2.2.2. Fogedforbud	132
2.3. 1989-reformen	134
2.3.1. Reformens indhold	136
2.3.2. Reformens betydning for de immaterialretlige forbudssager	137
2.4. En bemærkning om terminologi	140
3. WTO- og EU-rettens betydning	140
3.1. TRIPS-aftalen	141
3.2. Retshåndhævelsesdirektivet	143
4. Sammenfatning	144
B. Fogedforbudsinstuttet i dansk kontekst: Anden (foreløbig) retshåndhævelse uden dom i civile sager	147
1. Tvangsfuldbyrdelse på særligt grundlag	147
2. Tvangsfuldbyrdelse uden særligt grundlag	151
2.1. Umiddelbare fogedforretninger	151
2.2. Umiddelbare fogedforretninger i særlig sagstyper	156
2.2.1. Lejesager	157
2.2.2. Brugeligt pant	157
2.2.3. Tilbagetagelsesforretninger	158
3. Konklusion	158

Indholdsfortegnelse

C. Føgedforbudsinstitutet i EU-retlig kontekst: Toldforordningen	161
1. Toldforordningens baggrund	161
1.1. Den første toldforordning	161
1.2. 1994-toldforordningen	164
1.3. TRIPS-aftalen	166
1.4. 1999-ændringen	168
2. Den gældende toldforordning (1383/2003)	169
3. Praksis	172
4. Konklusion	173
D. Føgedforbudsinstitutet i fremmed kontekst: Judicielle forbud i tysk, engelsk og nordisk ret	177
1. Tysk ret	177
2. Engelsk ret	179
3. Svensk ret	182
4. Norsk ret	184
Kapitel 6. Føgedforbud som retshåndhævelsesmiddel	187
A. Føgedforbuddets principielle indhold	187
1. Føgedforbud som passivitetsdekret	188
2. Handlinger og følger	192
3. Føgedforbud og handlepligter	194
3.1. Før 1989-reformen	195
3.2. 1989-reformen	200
3.3. Retsudviklingen efter 1989-reformen	204
3.3.1. Retspraksis om implicitte handlepligter	205
3.3.2. Retspraksis om eksplicitte handlepligter	210
3.3.3. Særligt om eksplicitte tilbagekaldelsespligter	216
3.4. Sammenfatning	221
B. Føgedforbuddets retsvirkninger	223
1. Føgedrettens bistand – RPL § 645	224
2. Straf og erstatning – RPL § 651	225
3. Håndhævelsen af undladelsesdomme	231
4. Sammenfatning	232
C. Føgedforbuddets territoriale udstrækning	234
1. Føgedforbuddets ekstraterritoriale virkning	235
1.1. Folkeretlige begrænsninger	236

1.2. Anerkendelse og fuldbyrdelse	237
1.3. Konklusion	238
2. EF-varemærker og EF-design	239
3. Forholdet til den ordinære domsproces	241
D. Fogedforbuddets karakter af foreløbigt retsmiddel	242
1. Fogedforbuddets forfølgning	243
1.1. Historisk tilbageblik	244
1.2. Gældende ret	246
1.3. Sammenfatning	248
2. Kære af et nedlagt forbud	249
3. Ophævelse af et nedlagt forbud på grund af efterfølgende omstændigheder	250
4. Sammenfatning af de foregående afsnit	253
5. Forfølgning af et nedlagt forbud de lege ferenda	255
E. Fogedforbuddets tidsmæssige udstrækning i øvrigt	260
1. Fogedforbuddets ikrafttræden; afviklingsfrist	260
2. Fogedforbuddets ophør; post-expiry injunctions	263
2.1. Fremmed ret	263
2.2. Dansk ret	266
Kapitel 7. Nedlæggelse af fogedforbud	269
A. Fogedforbudsbetingelserne i hovedtræk	270
B. Fogedforbudsbetingelserne i kontekst	272
1. Betingelserne for foreløbige forbud gennem einstweilige Verfügung	272
1.1. Verfügungsanspruch	273
1.2. Verfügungsgrund	274
1.3. Sammenfatning	277
2. Betingelserne for interim injunctions i engelsk ret	278
2.1. House of Lords i 1975	279
2.2. American Cyanamid	280
2.3. Den efterfølgende retsudvikling	284
2.4. Sammenfatning	285
3. Betingelserne for interimistiska förbud i svensk ret	288
4. Betingelserne for foreløbige forbud gennem midlertidig forføyning i norsk ret	290

Indholdsfortegnelse

C. Modeller for udformningen af betingelserne for foreløbige forbud ..	292
1. Leipolds model	292
2. Leubsdorf-Posner-modellen	293
3. Norrgårds model	296
4. Brooks & Schwartz' retsøkonomiske model	297
D. Sammenfatning	302
E. Den videre fremstilling	304
Kapitel 8. Rettergangsmåde og bevis	305
1. Rettergangsmåden	305
1.1. Koncentrationsmaksimen og præklusion i den ordinære domsproces	306
1.2. Koncentration og præklusion i fagedforbudsprocessen	307
2. Parternes adgang til bevisførelse	309
2.1. Bevisførelse i den ordinære domsproces	309
2.2. Bevisførelse i fagedforbudsprocessen	311
3. Inddragelse af ikke-juridisk sagkundskab	317
3.1. Sagkyndige dommere	318
3.2. Sagkyndig bevisførelse i den ordinære domsproces	320
3.2.1. Syn og skøn	321
3.2.2. Anden sagkyndig bevisførelse i civile domssager	323
3.2.3. Forholdet mellem sagkyndig bevisførelse og sagkyndige dommere	325
3.3. Sagkyndig bevisførelse i fagedforbudsprocessen	325
3.3.1. Retsudviklingen før 1989-reformen	326
3.3.2. Syn og skøn	326
3.3.3. Anden sagkyndig bevisførelse	328
3.3.4. Perspektivering: Tysk og engelsk ret	330
3.4. Konklusion	331
4. Rettens bevisbedømmelse	332
5. Kravet om »godtgøre eller sandsynliggøre«	334
5.1. Baggrund	335
5.1.1. Før 1989-reformen	335
5.1.2. 1989-reformen	339
5.2. Alene et beviskrav?	342
5.3. Kravet om »godtgøre«	343
5.4. Kravet om »sandsynliggøre« i komparativt perspektiv	345
5.4.1. Kravet om Glaubhaftmachung i tysk ret	346

5.4.2.	Kravet om sandsynliggørelse i norsk ret	347
5.4.3.	Kravet om sannolika skäl i svensk ret	348
5.5.	Kravet om »sandsynliggøre« i dansk ret	350
5.5.1.	Kravets betydning for fogedrettens prøvelse	350
5.5.2.	Kravets betydning for rettens bevisafgørelse	353
	b. Relativ prøvelse	354
	c. Konklusion og øvrige bemærkninger	356
5.5.3.	Retsanvendelsen	359
6.	Sammenfatning	360
Kapitel 9. Fogedforbudsbetingelserne		361
A.	De handlinger, der søges forbudt, skal stride mod rekvirentens ret ..	361
1.	Rettighedsgrundlaget (rekvirentens ret)	365
1.1.	Ikke-registrerede immaterialrettigheder	366
1.2.	Varemærke- og patentansøgninger	367
1.2.1.	Den retlige regulering af varemærke- og patentansøgninger	368
1.2.2.	Fogedforbud på grundlag af patent- og varemærkeansøgninger i dansk ret	370
	a. Før 1967-PTL	371
	b. Den fællesnordiske patentlovsrevision og 1967-PTL	374
	c. Litteraturen efter 1967-PTL	376
	d. 1992-PTL og en fornyet diskussion	378
	e. En nyere fogedkendelse	379
	f. Særligt om EF-varemærkeansøgninger	380
1.2.3.	Fremmed ret	381
	a. Nordisk ret	381
	b. Tysk ret	383
	c. Engelsk ret	384
1.2.4.	Diskussion	385
	a. Fogedforbud på grundlag af patentansøgninger	386
	b. Fogedforbud på grundlag af varemærkeansøgninger	389
	c. Forbuds- og unkladelsesdom	390
1.3.	Registrerede immaterialrettigheder	390
1.3.1.	Ugyldighedsindsigelser i fogedforbudsprocessen	391
1.3.2.	Udsættelse af forbudssagen	393
1.3.3.	Fogedrettens prøvelse af ugyldighedsindsigelser	399

Indholdsfortegnelse

1.3.3.1. Nogle udgangspunkter	399
1.3.3.2. Retspraksis	401
1.3.3.3. Fremmed ret	412
a. Engelsk ret	412
b. Tysk ret	412
c. Norrgårds model	415
1.3.3.4. Sammenfatning	419
1.3.4. Retlig uvirksomhed af patenter	420
2. Krænkelsspørgsmålet (strider mod)	423
3. Søgsmålsret	423
B. Justa causa/Aktualitet	424
1. Baggrund	424
2. Fremmed ret	428
3. Kravets indhold og betydning i immaterialretlige sager	429
3.1. Fogedforbud mod aktuelle krænkelser (gentagelseshandlinger)	430
3.2. Fogedforbud mod potentielle krænkelser	433
3.2.1. Lægemiddelpatenter og den generiske lægemiddelindustri	434
3.2.2. Afhængighedspatenter og ophavsretlige bearbejdelser	437
3.2.3. Varemærker og relative registreringshindringer	438
C. Forbudsudelukkelsesgrunde	439
1. Andet tilstrækkeligt værn – § 643, stk. 1	441
1.1. Straf som tilstrækkeligt værn	443
1.2. Erstatning og en af rekvisitus tilbudt sikkerhed som tilstrækkeligt værn	446
1.3. Utrykt fogedretspraksis	449
1.4. Konklusion	450
2. Periculum in mora – § 642, nr. 3	450
2.1. Fremmed ret	451
2.1.1. The irreparable injury rule i engelsk ret	452
2.1.2. Kravet om Dringlichkeit i tysk ret	456
2.1.3. Sammenfatning	457
2.2. RPL § 642, nr. 3: Nødvendigt for at forhindre retstab	457
2.3. Konklusion	463
3. Proportionalitetsprincip/interesseafvejning – § 643, stk. 2	464
3.1. Retspraksis	465

3.2. Forbud mod internettransmission af ophavsretligt beskyttet materiale	465
4. Andre forbudsudelukkelsesgrunde	468
D. Rekvirentens sikkerhedsstillelse og ansvar for ulovligt nedlagt forbud	470
1. Rekvirentens erstatningsansvar	471
2. Kravet om sikkerhedsstillelse	476
Kapitel 10. Konklusion	479
1. Føgedforbud som immaterialrettens vigtigste retshåndhævelsesmiddel	479
2. Føgedforbudsinstittet som ufuldkommen tvistemålssubstitut	480
3. Føgedforbudsinstittet i kontekst	482
3.1. Føgedforbudsinstittet i dansk kontekst	482
3.2. Føgedforbudsinstittet i fremmed kontekst	484
4. Løsninger	485
5. Afsluttende bemærkninger	488
English Summary – Intellectual Property Rights and Preliminary Injunctions	491
Anvendte forkortelser	497
Litteraturliste	499
Betænkninger m.v.	511
Domsregister	513
Stikordsregister	515

This page intentionally left blank

Forord

Denne afhandling er udarbejdet under min ansættelse som ph.d.-stipendiat ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet. Afhandlingen, der blev forsvaret for den juridiske ph.d.-grad den 18. juni 2008, er blevet bedømt af et udvalg bestående af professor, dr.jur. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Københavns Universitet, professor, dr.juris Are Stenvik, Oslo Universitet, og professor, dr.jur., ph.d. Thomas Riis, Copenhagen Business School.

En række personer har haft stor betydning for mit arbejde med afhandlingen. Jeg vil herved gerne rette en helt særlig tak til min vejleder, professor, dr.jur. Jens Schovsbo, for under hele forløbet at have været til rådighed med yderst kvalificeret og værdifuld vejledning, samt til min familie og navnlig min kone Vicky, uden hvis støtte og forståelse afhandlingen ikke var blevet skrevet.

Jeg vil endvidere gerne takke professor, jur.dr. Marcus Norrgård, og de øvrige fremmødte ved mit evalueringsseminar i november 2007 for værdifulde kommentarer.

Mine studieophold ved Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht i München og ved Institute of European and Comparative Law, University of Oxford, er blevet støttet af Awapatent AB's Stiftelse för Främjande av Immaterialrättslig Vetenskaplig Forskning, som jeg hermed bringer min tak. I den forbindelse vil jeg også gerne takke professor, Dr. Annette Kur, og professor, jur.dr. Ulf Bernitz, for at have sørget for, at der blev taget godt imod mig begge steder.

Mine undersøgelser af utrykt retspraksis er blevet hjulpet godt på vej gennem velvillig bistand fra en lang række personer, herunder fra professor, dr.jur. Vagn Greve, professor, dr.jur. Eva Smith, landsdommer H.C. Thomsen, Østre Landsret, administrationschef Mette Bøcher, Sø- og Handelsretten, dommer Marianne Lund Larsen og Pia Bryde, Københavns Byret, retsassessor Helle Jardorf, Retten i Roskilde, forh. retspræsident H.P. Rosenmeier og retsassessor Mette Brock Hansen, Retten i Odense, retsassessor Kim Rasmus-