

Kasper Frahm
Michala Kragmann

Produktefterligninger i praksis

i praksis

Produktefterligninger

Produktefterligninger i praksis

Kasper Frahm & Michala Kragmann

Produktefterligninger i praksis



Djøf Forlag
2021

Kasper Frahm & Michala Kragmann
Produktefterligninger
i praksis

1. udgave, 1. oplag

© 2021 by Djøf 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
Copydan Tekst & Node.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Clemensstrykkeriet, Viborg

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-574-3942-7
ebog ISBN 978-87-7198-457-6

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

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

Indhold

Forord	9
Kapitel 1. Indledning	11
1.1. Emneafgrænsning og struktur.....	14
1.1.1. Begrebet ”produktefterligning”	15
1.2. Bagvedliggende hensyn.....	17
1.3. Regelsættene	19
1.3.1. Ophavsretten	21
1.3.2. Designretten	23
1.3.3. Varemærkeretten	24
1.3.4. Markedsføringsretten.....	26
1.3.5. Påvirkning fra EU	27
Kapitel 2. Tildeling af beskyttelse og gyldighedsperiode	31
2.1. Ophavsretten	31
2.2. Designretten.....	34
2.3. Varemærkeretten	38
2.4. Markedsføringsretten.....	43
Kapitel 3. Fremtoningsbeskyttelsens omfang og krænkelservurderingen	47
3.1. De enkelte regelsæt.....	47
3.2. Produktets fremtoning.....	53
3.3. Krav til sammenfald og forvekslelighed	55
3.4. Krav til konkurrencerelation.....	58
3.5. Subjektive elementer	59
3.6. Sammenfatning	62

Kapitel 4. Håndhævelse	65
4.1. Domstolenes kompetence.....	67
4.2. Midlertidige og endelige retsmidler	68
4.2.1. Midlertidige forbud og påbud	68
4.2.2. Bevissikring	71
4.2.3. "Almindelige" retssager	73
4.2.4. Voldgift	76
4.3. Øvrige muligheder for håndhævelse	77
4.3.1. Mediation og retsmægling	77
4.3.2. Toldovervågning	78
Kapitel 5. Gennemgang af relevant retspraksis fra 2001-2020	81
Tripp Trapp mod 2-Step-sagen	81
Farehytte-sagen	85
Murbinder-sagen	87
Myren-sagen	89
Masaijakke-sagen.....	92
Trip Trap skammel og bakke-sagen.....	94
Läkerol-sagen	97
Havelampe-sagen	99
Smarties-sagen	102
Digestive og TUC-sagen.....	105
Børma armatur-sagen	108
Fakkell-sagen	110
Timeglas-sagen.....	112
Biva-sagen	114
Puma-sagen	117
Bordløfter-sagen.....	122
Indkøbskurv-sagen.....	128
Rosemunde-sagen	130
Koziol-sagen	134
Læderpung-sagen.....	137
Munkegårdslampe-sagen.....	140
Pilgrim-sagen.....	142
Starck toilet-sagen.....	144
Tripp Trapp mod Lulu-sagen.....	147

Rosendahl-sagen.....	149
Nørgaards no. 101-sagen.....	152
Alfi termokande-sagen	159
Birkin Bag-sagen.....	163
Murerbuk-sagen	170
Lauritz Knudsen-sagen	172
LEGO Minifigur-sagen	178
Vola-sagen.....	182
MONTANA-sagen.....	186
Tripp Trapp mod Steve-sagen.....	192
BMW fælge-sagen.....	196
Cykelhjelme-sagen	200
G-Star-sagen	204
Pusletaske-sagen.....	210
Riste-sagen.....	214
Fodboldmål-sagen.....	217
Vipp-sagen.....	220
Kähler-sagen.....	223
Børnespil-sagen.....	226
Dunjakke-sagen	230
Dulong øreringe-sagen	232
Lamelstol-sagen	236
Vibia lampe-sagen	239
Kubus Bowl-sagen.....	245
Optændingspose-sagen	248
Bones-sagen	251
Opbevaringsboks-sagen	254
PH Artichoke-sagen	259
Lysspot-sagen.....	261
Lakeringsboks-sagen.....	264
Juledekoration-sagen	268
Murbeslag-sagen.....	273
Leopardfrakke-sagen	276
Wegner stol-sagen	279
Legemadras-sagen.....	282
Würtz mod Bitz-sagen.....	284

Rains-sagen.....	289
Ilse Jacobsen-sagen.....	294
Anne Black-sagen.....	302
Kapitel 6. Praktiske overvejelser.....	307
6.1. Produkttypen.....	307
6.1.1. Beklædning.....	309
6.1.2. Smykker, punge og tasker.....	312
6.1.3. Møbler.....	314
6.1.4. Boliginteriør.....	317
6.1.5. Forbrugsvarer (emballage).....	321
6.1.6. Legetøj og spil.....	327
6.1.7. Industriprodukter.....	329
6.2. Sagkyndig bistand.....	332
6.2.1. Syn og skøn.....	332
6.2.2. Ekspertklæringer.....	336
6.2.3. Markedsundersøgelser.....	338
6.3. Betydningen af tidligere kontakt mellem parterne.....	339
6.3.1. Tidligere samarbejde.....	339
6.3.2. Tidligere krænkelse eller forlig.....	342
6.3.3. Kendskabsgrad/ond tro.....	344
6.4. Serieefterligninger eller en serie af efterligninger.....	346
6.5. Er visse typer af regelsæt mere "brugbare" end andre?.....	348
Bibliografi.....	351
Doms- og afgørelsesregister.....	353
Stikordsregister.....	357

Forord

Nærværende bog er foranlediget af et behov for en samlet fremstilling, der beskriver nyere retspraksis inden for sager om produktefterligninger.

Vi har som advokater i en del år beskæftiget os med rådgivning og retssager om produktefterligninger. Det er hensigten, at bogen i et vist omfang kan udgøre et opslagsværk for jurister, der beskæftiger sig med denne form for sager samt for virksomheder, der sælger produkter, hvori der er lagt en fremtoningsmæssig indsats. Af samme grund er bogen tilrettelagt ud fra en praktisk og problemorienteret tilgang til emnefeltet.

Bogen gennemgår og analyserer nogle af de vigtigste domme om produktefterligninger fra de seneste 20 år. Der er skrevet flere gode bøger - og kapitler i bøger - om produktefterligninger. Det er dog vores opfattelse, at der har været en behov for en bog, der dels samler op på de senere års omfattende retspraksis, dels indeholder billeder af produkterne og direkte citater fra domstolenes præmisser om beskyttelse og krænkelse og dels fokuserer i højere grad på de strategiske, praktiske og processuelle overvejelser, sager om produktefterligninger giver anledning til.

En stor tak skal lyde til stud.jur. Sophie Louise Winther og stud.jur. Anna Strømgaard Ravn, der har hjulpet med kildehenvisninger, litteratursøgning, registre og korrekturlæsning. Herudover skal der lyde tak til øvrige personer i Plesner Advokatpartnerselskab, som har bistået med bogen, samt til projektleder Cecilie Brito Cederstrøm (DJØF Forlag) og professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo (Københavns Universitet) for samarbejdet om bogens tilblivelse.

Retspraksis og litteratur er ført ajour frem til og med august 2020.

København, marts 2021

Kasper Frahm & Michala Kragmann

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Indledning

I sager om produktefterligninger er det relevant at inddrage både de immaterial- og markedsføringsretlige regelsæt. Immaterialretten har til formål at ansøre til innovation og kreativitet i samfundet gennem tildeling af en såkaldt *eneret* som det primære virkemiddel. Den markedsføringsretlige beskyttelse efter lovens § 3 har det primære formål at sikre, at konkurrencen mellem erhvervsdrivende ikke sker på illoyal vis. Der skal i Danmark være en fri og effektiv konkurrence, hvor erhvervsdrivende kan lade sig inspirere af hinanden, men særprægede produkter skal samtidig sikres en rimelig beskyttelse mod efterligninger.

Der er knyttet betydelige økonomiske værdier og interesser til både den immaterial- og markedsføringsretlige verden.¹ En patenteret opfindelse kan udgøre en virksomheds primære indtjeningsgrundlag mange år frem, velbeskyttede og velrenommerede varemærker kan have væsentlig indflydelse på prisfastsættelsen af den dertilhørende produktportefølje, og beskyttelse af et produkts design/udseende kan sikre, at produktet forbliver interessant for det købende publikum. Samtidig kan beskyttelse af en virksomheds eller et produkts markedsposition, herunder ved at holde markedet frit for (*for*) nærgående efterligninger, være med til at sikre indtjeningsgrundlaget mange år frem. Der kan kort sagt opnås en væsentlig økonomisk fortjeneste for den virksomhed eller person, som ska-

1. EUIPOs rapport *IPR-intensive industrier og økonomiske resultater i Den Europæiske Union* fra september 2019 fastslår, at i perioden 2014-2016 genererede IPR-intensive industrier næsten 45 % af den samlede økonomiske aktivitet (BNP) i EU til en værdi af 6,6 billioner EUR. Rapporten fastslår yderligere, at IPR-intensive industrier har skabt 29,2 % af alle job i EU i perioden 2014-2016 (medregnet indirekte job stiger denne procentsats til 38,9 %).

ber, sikrer og håndhæver sine immaterielle rettigheder, og som formår at bibeholde en førende markedsposition.

En del af den immaterial- og markedsføringsretlige emneverden tager sigte mod beskyttelse af produkters ydre fremtoning (*udseendet*), hvilket nærliggende benævnes *fremtoningsbeskyttelsen*.² Karakteristisk for fremtoningsbeskyttelsen er, at den alene angår et produkts udseende og ikke dets tekniske funktion (måden, hvorpå produktet fungerer).³

Også til fremtoningsbeskyttelsen er der knyttet betydelige økonomiske interesser. Et produkt, som udgør en kommerciel succes, kan spille en central rolle i en virksomheds salgs- og markedsføringstiltag, og visse virksomheder bygger endda deres forretning op omkring såkaldte ledende "hero-produkter".⁴ Der er for en række produkter investeret betydelige mængder af tid og kapital i udvikling af produkternes ydre fremtoning. Disse omkostninger har producenten en berettiget forventning om at tjene ind igen. Her kan markedsføring og salg af efterligninger have skadevirkninger. Hvis det købende publikum vælger *efterligningen* frem for det såkaldte *originalprodukt*, vil det selvsagt kunne mærkes på virksomhedens bundlinje. Ligeledes kan virksomhedens image og omdømme lide skade, hvis markedet oversvømmes med billige efterligninger af ringe kvalitet. Med disse mulige konsekvenser bliver det relevant at forstå, i hvilken udstrækning virksomheder kan beskytte sine produkters fremtoning.

2. Se *Produktefterligninger*, s. 21, hvor begrebet fremtoningsbeskyttelse anvendes som betegnelse for "[...] den retsbeskyttelse, der gives den ydre fremtoning af løsøregenstande bestemt til praktisk brug og arkitektur." Se ligeledes *Immateriaretspositioner*, s. 366-284 og kapitel VIII, hvor fremtoningsbeskyttelse betegnes som beskyttelse af "[...] industrifrembringelsernes ydre form og udstyr [...]".
3. Et produkts tekniske funktion vil i stedet kunne beskyttes efter reglerne i patentloven, brugsmodelloven og lov om beskyttelse af halvlederprodukters udformning.
4. Som eksempler har Apple sin iPhone og Hermès sin Birkin-taske. At en virksomhed har et ledende "hero-produkt" kan også have betydning i produktefterligningssager. Se eksempelvis A-27-16 (*Jellycat-sagen*), der angik produktefterligning af en række plyskaniner, rangler og sutteklude. Det synes ud fra domstolens præmisser at kunne udledes, at plyskaninen udgjorde seriens konceptdefinerende "hero-produkt", og at efterligningen af det produkt var med til at løfte bevisbyrden for krænkelse af de øvrige produkter (rangler og sutteklude), der ansås som "underprodukter".

Tildeling og udstrækningen af fremtoningsbeskyttelsen bliver netop omdrejningspunktet i de såkaldte sager om produktefterligninger. I sagerne skal der tages stilling til, *om* originalproduktet skal tildeles en fremtoningsbeskyttelse, *i hvilken udstrækning* denne beskyttelse skal gælde, og *om* det efterlignende produkt udgør en krænkelse af beskyttelsen. I krænkelsesvurderingen indgår som oftest en vurdering af efterlignerens adfærd på markedet, herunder om der er sket en udnyttelse af og snyltning på den indsats, som ligger bag skabelsen og markedsføringen af originalproduktet. Produktefterligningssager kan i princippet vedrøre enhver produkttype, hvortil der er tilknyttet en interesse i at beskytte produktets ydre fremtoning. I nærværende fremstilling har vi fokuseret på de oftest omhandlede produkttyper.

Kendetegnende for sager om produktefterligninger er, at begge parter ofte har meget på spil – både økonomisk samt i forhold til image og omdømme. Hvis rettighedshaveren til originalproduktet taber sagen, risikerer denne at skulle acceptere salget af produktefterligningen, og det negative resultat kan ligeledes blive en hæmsko i fremtidige sager om efterligninger. Sagens anden part – den mulige efterligner – risikerer at ifalde et erstatningsansvar for krænkelsen samt at skulle stoppe salget af produktefterligningen og dermed bruge tid og penge på at ændre produktet eller finde et nyt indtægtsgrundlag. Desuden har sagerne det ofte med at fange mediernes bevågenhed, og sagernes parter må derfor indstille sig på en vis portion medieomtale i tilknytning til tvistens afklaring.⁵

Set fra advokaters synsvinkel er sagerne ligeledes interessante, fordi der ofte sker inddragelse af flere forskellige immaterialretlige regelsæt samt markedsføringsloven. Udfaldet af sagerne er svært at spå om, idet domstolene skal udøve et betydeligt skøn ved vurdering af fremtoningsbeskyttelsens udstrækning. Som ved øvrige retlige discipliner er det dog relevant at se på tidligere retspraksis for området, der kan bidrage med værdifuld viden om de overordnede rammer for pådømmelsen af sagerne.

Målet med nærværende bog er at bidrage med viden til sager om produktefterligninger, og det er hensigten, at bogen i et vist omfang kan ud-

5. Se blandt andet *Rains-sagen* og *Anne Black-sagen*, som begge fik stor medieomtale både under og efter retssagerens afslutning.

gøre et opslagsværk for praktikerne, der beskæftiger sig eller ønsker at beskæftige sig med denne form for sager, samt for virksomheder, der sælger produkter, hvori der er lagt en fremtoningsmæssig indsats.

Bogen gennemgår og analyserer en række af de vigtigste domme om produktefterligninger fra de seneste 20 år med henblik på at fastslå den aktuelle danske retstilstand på området. Bogen præsenterer tillige nogle af de strategiske, praktiske og processuelle overvejelser, sager om produktefterligninger giver anledning til. Hertil indeholder bogen en kategoriseret oversigt over centrale produkttyper (beklædning, møbler mv.), hvorved læseren nemt kan finde de centrale domme og problemstillinger inden for det pågældende område.

1.1. Emneafgrænsning og struktur

Emnet for nærværende bog er udstrækningen af fremtoningsbeskyttelsen og de hertil knyttede sager om produktefterligninger. Der vil alene ske inddragelse af øvrige immaterialretlige problemstillinger, såfremt det er relevant for bogens emne.⁶

I bogens kapitel 1 beskrives de grundlæggende hensyn bag fremtoningsbeskyttelsen samt de begreber og regelsæt, der er særligt relevante for produktefterligningssager.

I kapitel 2 beskrives, hvordan og hvor længe der kan opnås beskyttelse efter de regelsæt, som regulerer fremtoningsbeskyttelsen.

Bogens kapitel 3 indeholder en overordnet gennemgang af krænkelsesvurderingen i sager om produktefterligninger, herunder med fokus på de forhold, som særligt tillægges betydning.

Kapitel 4 indeholder en kort gennemgang af mulighederne for håndhævelse.

Hernæst følger i kapitel 5 bogens hovedpart, som er en gennemgang og analyse af en række af de vigtigste domme om produktefterligninger fra de seneste 20 år. Der er ikke tale om en udtømmende liste af afgørel-

6. Se blandt andet *Immaterialret*, s. 27ff., *Enerettighederne – Dansk Immaterialret I*, kapitel 1, og *Markedsret 3*, s. 15ff., for en generel indføring i den immaterialretlige emneverden.

ser. Afgørelserne er udvalgt af os ud fra vores vurdering af deres betydning samt ud fra ønsket om at behandle afgørelser inden for en række forskellige produkttyper. Ved gennemgangen af de forskellige afgørelser har vi under punktet "Domstolen" indsat citat af domstolens præmisser relateret til spørgsmålet om selve produktefterligningen. Hvis der er tale om en anket dom, har vi alene indsat præmisser fra tidligere instansers afgørelser, såfremt ankeinstansen henviser hertil. Præmisser om erstatningsudmåling er bevidst udeladt (medmindre det vil være meningsforstyrrende at udelade). Størrelsen på vederlag og erstatning af krænkende produktefterligninger kan begrunde sin egen fremstilling,⁷ og det er ikke genstand for denne bog. For hver enkelt afgørelse er medtaget billeder fra dommen af de i sagen omhandlede produkter, da billederne kan udgøre et bidrag til forståelsen af den pågældende sag og sagsområdet. Efter de citerede præmisser har vi foretaget en kort analyse af dommens resultat. Det er således tanken, at læseren ved at læse den korte analyse af dommen kan få en vis indsigt i dens relevans og i den kontekst af øvrige afgørelser, den kan ses i. Nærmere indsigt i retstilstanden kan læseren finde i kapitel 6.

Kapitel 6 indeholder overvejelser af problemstillinger, der for praktiske kan have særlig relevans. Det overvejes blandt andet, om der i retspraksis er forskel i beskyttelsesomfanget af forskellige produkttyper, hvilken rolle det spiller at have sagkyndig bistand, samt hvilken betydning det kan spille i sager, at der har været tidligere kontakt mellem parterne.

Det bemærkes, at vi i kapitel 5 har begrænset os til kun visse udvalgte domme. Desuden har vi helt undladt at medtage kendelser i sager om midlertidige forbud. I de øvrige kapitler, hvor vi beskæftiger os med retstilstanden, har vi dog henvist til visse kendelser og generelt også til andre domme end de kun i kapitel 5 behandlede.

1.1.1. Begrebet "produktefterligning"

Kært barn har mange navne, og produktefterligninger udgør ingen undtagelse. *Efterligninger*, *imitationer*, *plagiater* og *kopier* er blot nogle af de betegnelser, som i daglig tale bruges til at beskrive en produktefterligning samt

7. Se blandt andet *Erstatning for ophavsretlige krænkelse* for en grundig gennemgang af emnet.

graden heraf. Muligheden for at håndhæve et produkts ydre fremtoning påvirkes dog ikke af ordvalget, og domstolene gør da også brug af forskelligartede betegnelser. Det oftest brugte ord er (*produkt*)*efterligning* med en eventuel adjektiv tilføjelse af *nærgående/meget nærgående* eller *slavisk*.

Begrebet *produktefterligning* (eller blot *efterligning*) anvendes i relation til eftergørelse af produkters ydre fremtoning/udseende/design. Det er ikke enhver produktefterligning, som udgør en krænkelse af originalproduktet, idet fremtoningsbeskyttelsen tillader en vis frihed til at lade sig inspirere, hvilket omtales nærmere i afsnit 1.2.

I ordets betydning dækker *produktefterligninger* primært de situationer, hvor der sker efterligning af enkelte eller flere af et produkts elementer, og det er denne type af produkter, som er omdrejningspunktet for nærværende fremstilling. Begrebet dækker dog samtidig over de såkaldte *nærgående* og *slaviske efterligninger*, hvor et betydeligt antal af et produkts elementer (hvis ikke alle) kan genfindes i produktefterligningen, og hvor det er tydeligt, at det fra efterlignerens side er tilstræbt at fremstille og markedsføre et produkt, der er (tæt ved) identisk med originalproduktet. I de grovere tilfælde kan disse efterligninger betegnes som *1:1 efterligninger* eller *kopier/kopivarer*.

Forfalskninger (på engelsk *counterfeits*) er en anden betegnelse for tilstræbte 1:1 efterligninger/kopier, hvor efterligningen forsøges solgt som værende originalproduktet (herunder ved kopiering af eventuelle varemærker, der måtte være påført det fysiske produkt eller dets emballage). *Piratkopier* er en yderligere betegnelse ligeledes dækkende forfalskninger. Betegnelsen piratkopier anvendes primært i forbindelse med ophavsretlige krænkelse i form af kopiering af musik, film og andet elektronisk materiale samt spredning heraf via salg på internettet eller salg af cd'er og dvd'er.

Forfalskninger udgør et stort og stigende problem i Danmark og i EU generelt.⁸ Forfalskninger udgør dog som oftest åbenbare krænkelse,

8. Det fremgår af EUIPOs *Statusrapport 2019 om krænkelse af intellektuelle ejendomsretigheder*, at forfalskede varer tegner sig for op til 6,8 % af EU's import (svarende til 121 mia.), og at dette tal er betydeligt højere end tal konstateret i en tilsvarende undersøgelse fra 2016. Dette går naturligvis ud over europæiske virksomheders mulighed for øget indtjening. Tillægges de produkter, som ikke udgør direkte forfalskninger men blot efterligninger, må det antages, at tabet for europæiske virksomheder er betydelig større.

hvorfor retssager herom ikke bidrager til fortolkning af fremtoningsbeskyttelsens udstrækning. Af samme grund er sagerne ikke genstand for nærværende fremstilling.

1.2. Bagvedliggende hensyn

Det er ofte en langvarig og kostbar proces for en virksomhed at udvikle og markedsføre nye produkter. Processen er forbundet med adskillige usikkerhedsmomenter i forhold til, om arbejdet resulterer i lancering af et nyt produkt – og selv hvis det sker, vides det sjældent på forhånd, om produktet bliver en kommerciel succes. For at virksomheder har et incitament til at påbegynde denne risikobetonede udviklingsproces af nye produkter, er det nødvendigt, at der tilbydes en vis beskyttelse af det færdige produkt. Uden en sådan beskyttelse vil incitamentet til at tænke innovativt unægtelig mindskes.⁹ Én form for beskyttelse, der kan belønne den innovative virksomhed, er beskyttelsen af produkters ydre fremtoning.

Fremtoningsbeskyttelsen udspringer af en række immaterialretlige regelsæt og markedsføringslovens § 3. På linje med de bagvedliggende regelsæt bygger fremtoningsbeskyttelsen på en afvejning af flere hensyn, herunder navnlig hensynene til innovation, kreativitet og en rimelig markedsadfærd over for hensynet til den frie og effektive konkurrence.¹⁰

Fremtoningsbeskyttelsen er i tråd med den bagvedliggende emneverden en udmøntning af samfundets ønske om at ansøre til innovation og

Det fremgår desuden af OECD's og EUIPO's rapport *Udviklingen i handelen med varemærkeforfalskede og piratkopierede varer*, udgivet i marts 2019, at der fra 2013 til 2016 er sket en markant stigning i varemærkeforfalskede og piratkopierede produkters andel af den globale handel, samt at væksten blev rapporteret i en periode med en relativ afmatning i den globale verdenshandel. Rapporten fastslår ligeledes, at handel med denne type produkter hvert år koster de danske virksomheder 828 mio. EUR i salgstab og 3.893 i antal tabte arbejdspladser.

9. Om incitamentsteorien se blandt andet *Introduktion til immaterialret*, s. 12.
10. Se blandt andet *Immaterialretspositioner*, kapitel 1, *Immaterialret*, s. 31ff., *Markedsføringsloven*, s. 32ff. og s. 50ff., og *Markedsføringslovens § 1 – portræt af en generalklausul*, s. 49ff., for en generel gennemgang af hensynene bag den immaterialretlige og markedsføringsretlige beskyttelse.

kreativitet, idet udfoldelsen af disse evner er med til at sikre fremdriften i vores samfund. Uden beskyttelse af produkters ydre fremtoning og tekniske funktion¹¹ vil incitamentet til at skabe nye produkter højst sandsynligt være begrænset, og konsekvensen heraf vil være et fattigere Danmark både henset til innovativ tænkning og kapital. Det er med andre ord ønskværdigt fra samfundets side at sikre, at læren om, "*hvad et menneske sår, skal det også høste*", rent faktisk udleveres i praksis.

Hensynet til innovation og kreativitet skal sammenholdes med hensynet til at forhindre en urimelig markedsadfærd. I et retssamfund som det danske er der et ønske om at undgå, at virksomheder drager utilbørlige fordele af det renommé og den markedsposition, som en anden virksomhed har brugt tid og kapital på at opbygge. Hensynet er ligeledes udmøntet i fremtoningsbeskyttelsen, navnlig gennem generalklausulen i markedsføringslovens § 3, der tildeler en beskyttelse af et produkts markedsposition, jf. nærmere herom i afsnit 2.

De netop nævnte hensyn taler for at tildele en bred fremtoningsbeskyttelse. Dog er en for vidtrækkende beskyttelse uden egentlige begrænsninger imidlertid ikke gavnligt for samfundet. En sund markedsøkonomi forudsætter ikke alene incitament til innovativ tænkning. Konkurrence på markedet er ligeledes med til at skabe fremdrift i samfundet, og en for vidtrækkende fremtoningsbeskyttelse vil bremse denne konkurrence uforholdsmæssigt. Fremtoningsbeskyttelsen tilgodeser da også hensynet til den frie og effektive konkurrence på markedet, hvilket kommer til udtryk ved at begrænse beskyttelsesomfanget og -tiden.

Begrænsningen i fremtoningsbeskyttelsens udstrækning kommer blandt andet til udtryk ved, at det er muligt for virksomheder at lade sig inspirere af allerede markedsførte produkters udformning og på baggrund heraf skabe egne produkter, der kan indgå i konkurrencen på markedet. De fleste produkters udseende tager udgangspunkt i eksisterende formgivning. Vi står på skuldrene af giganter,¹² og det hører til

11. Beskyttelse af et produkts tekniske funktion skal findes i patent- og brugsmode Lovgivningen.
12. Udtrykket *nos esse quasi nanos gigantium humeris incidentes* tilskrives ofte den franske filosof Bernard de Chartres i det 12. århundrede. Undertegnede forfattere af nærværende bog står tillige på skuldrene af den indsats, som forfattere om emnet har ydet før os. Særligt Borchers *Produktefterligninger* har været et kæmpe (for at

sjældenheder, at der i forhold til produkters ydre fremtoning skabes hidtil ukendte banebrydende designs såsom Arne Jacobsens stol *Myren* eller Poul Henningsens lampe *Artichoke*. De fleste designs tager – bevidst eller ej – udspring i allerede eksisterende designs. Var det ikke tilladt at lade sig inspirere af allerede markedsførte produkter, ville det blive aldeles vanskeligt at bringe nye produkter på markedet.

Som ovenstående viser, skal fremtoningsbeskyttelsen – på linje med de bagvedliggende immaterialretlige regelsæt og markedsføringslovens § 3 – afbalanceres mellem på den ene side hensynene til innovativ tænkning og til en rimelig markedsadfærd og på den anden side hensynet til den frie og effektive konkurrence på markedet, der tilsiger adgang til at lade sig inspirere af andre og endog måske kopiere deres produkter.

1.3. Regelsættene

Fremtoningsbeskyttelsen udgøres ikke blot af ét men adskillige regelsæt, som tilsammen skaber et værn mod ulovlige produktefterligninger. Paletten af regelsæt består af de immaterialretlige regelsæt inden for design, ophavsret og varemærkeret samt den markedsorienterede generalklausul omfattet af markedsføringslovens § 3.

Kendetegnende for de immaterialretlige regelsæt er, at de tildeler rettighedshaveren en *eneret* til erhvervsmæssig udnyttelse af den immaterialret, som er beskyttet efter det givne regelsæt. Det betyder, at rettighedshaver i vidt omfang kan forbyde tredjemand at udnytte rettigheden – her værende enten det ophavsretlige *værk*, *designet* eller *varemærket*. Indehaveren kan både være en person eller en virksomhed, og eneretten tildeles på forskellig vis, afhængig af hvilken immateriel rettighed der er tale om, jf. nærmere herom i afsnit 1.3.1-1.3.3.¹³

Markedsføringslovens § 3 adskiller sig fra den immaterialretlige emneverden ved ikke at tildele en eneret til erhvervsmæssig udnyttelse af

blive i terminologien) og værdifuldt bidrag til den juridiske teori om produktefterligninger.

13. Der henvises til *Immaterialretspositioner*, s. 6f., *Immaterialret*, s. 27f., og *Markedsret 3*, kapitel 5.1, for en mere udførlig gennemgang af eneretsprincippet.