

PALLE BO MADSEN

6. UDGAVE

MARKEDSRET • DEL 3

Immaterielret

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Indholdsfortegnelse

Forord	13
Kapitel 5. Lovbestemte enerettigheder. Produkt- og kendetegnsbeskyttelse	15
1. Indledende om immaterialrettens lovbestemte enerettigheder	15
1.1. Immaterialret	15
1.2. Den immaterielle rettighed	16
1.3. Retlig kvalifikation af beskyttelsens objekt	17
1.4. Flere rettighedsformer – kumulativ beskyttelse	19
1.5. Stiftelses- og beskyttelsesmåder	24
1.6. Eneretskonstruktionen – forbudsret	27
1.7. Den systematiske fællesnævner – for immaterialretten og for denne fremstilling	28
2. Det internationale aspekt	29
2.1. Global og europæisk harmonisering	29
2.2. Patentretten internationalt	33
2.3. Ophavsretten internationalt	35
2.4. Varemærkeretten (og firmanavneretten) internationalt	36
2.5. Designretten internationalt	37
2.6. Brugsmodelretten internationalt	38
2.7. Topografiretten internationalt	38
2.8. Retshåndhævelsen internationalt	38
2.8.1. Retshåndhævelsesharmonisering	38
2.8.2. EU-grænsekontrol mod immaterialretskrænkende varer	39
2.9. Frie varebevægelser – konsumtion og parallelimport	40
2.9.1. Import – eksport – transit	40
2.9.2. Parallelhandel – regional eller global konsumtion ...	43
2.9.3. Nærmere om regional konsumtion, samtykkekravet og fri varebevægelighed	48
2.9.4. Særligt om markedsføringstilladelser til lægemidler .	50
2.10. Internationale lovvalgs- og kompetencespørgsmål	52

3.	Ophavsret	54
3.1.	Ophavsrettens genstand og rettighedshavere	54
3.1.1.	Litterære og kunstneriske værker – ren og anvendt kunst	54
3.1.2.	Værk – værkshøjde	58
3.1.3.	Særligt om anvendt kunst – brugskunst, edb-programmer m.v.	63
3.1.4.	En eller flere rettighedshavere – ansættelsesforhold – parallelle påtalebeføjelser	70
3.1.5.	Forvaltningsorganisationer	73
3.2.	Ophavsrettens stiftelse – formløshed	75
3.3.	Enerettens indhold	76
3.3.1.	De enkelte beføjelser og rettens omfang	76
3.3.2.	Beskyttelsens udstrækning ved ren kunst	82
3.3.3.	Beskyttelsens udstrækning ved anvendt kunst	83
3.3.4.	Særligt om arkitekt- og ingeniørtegninger	89
3.3.5.	Særligt om edb-programmer og computerspil	91
3.3.6.	Særligt om kopispærringer m.v.	92
3.4.	Droit moral	94
3.5.	Indskrænkninger i eneretten	97
3.5.1.	Lånereglerne	97
3.5.2.	Privatkopiering – blankbåndsvederlag – midlertidig kopiering	99
3.5.3.	Aftalelicens	104
3.5.4.	Citater og anden gengivelse – herunder i reklame- og salgsojemed	106
3.5.5.	Konsumtion og viderespredning – følgeret (droit de suite)	110
3.5.6.	Ret til ændringer	115
3.5.7.	Tvangslicens m.v.	116
3.5.8.	Aftalte fravigelser	117
3.6.	Rettens overgang	119
3.7.	Andre rettigheder (droits voisins)	125
3.8.	Gyldighedstiden	133
4.	Patentret	134
4.1.	Patentrettens genstand og rettighedshavere	134
4.1.1.	Opfindelser – patenterbarhed	134
4.1.2.	Objektiv nyhed og opfindelseshøjde	140
4.1.3.	Rettighedshaveren – opfinderen – ansættelsesforhold	143

4.2.	Patentrettens stiftelse	143
4.2.1.	Registrering – dansk/internationalt/europæisk	143
4.2.2.	Lidt nærmere om procedurerne	148
4.3.	Beskrivelsesskravet – samt strategiske alternativer til patent ..	151
4.4.	Enerettens indhold – patentindgreb	155
4.5.	Patentkravet og ækvivalenslæren – beskyttelsens omfang	157
4.6.	Indskrænkninger i eneretten	160
4.6.1.	Alment om indskrænkningerne	160
4.6.2.	Særligt om Standard Essential Patents (SEPs)	166
4.7.	Rettens overgang	167
4.8.	Patentrettens gyldighedstid – omprøvning m.v.	170
5.	Brugsmodelret	174
5.1.	Brugsmodelrettens genstand og rettighedshavere	174
5.1.1.	Brugsmodeller – registreringsbetingelser	174
5.1.2.	Rettighedshaveren – ansættelsesforhold	176
5.2.	Nærmere om rettighedskonstruktionen	176
5.2.1.	Brugsmodel – baggrund og behov	176
5.2.2.	Samspeilet med patentretten	178
5.3.	Brugsmodelrettens stiftelse	179
5.3.1.	Registrering	179
5.3.2.	Offentliggørelse/hemmeligholdelse	180
5.4.	Enerettens indhold	180
5.5.	Beskyttelsens omfang	180
5.6.	Indskrænkninger i eneretten	181
5.7.	Rettighedens overgang	181
5.8.	Brugsmodelrettens gyldighedstid	181
6.	Topografiret – halvledere (chips)	182
6.1.	Topografirettens genstand og rettighedshavere	182
6.1.1.	Halvlederprodukter/chips – registreringsbetingelser ..	182
6.1.2.	Rettighedshaveren – ansættelsesforhold	183
6.2.	Topografirettens stiftelse	184
6.3.	Enerettens indhold	185
6.4.	Beskyttelsens udstrækning	185
6.5.	Indskrænkninger i eneretten	185
6.6.	Rettighedens overgang	186
6.7.	Topografirettens gyldighedstid	186
7.	Designret	187
7.1.	Indledning	187
7.2.	Designrettens genstand og rettighedshavere	187
7.2.1.	Produktets udseende – nyhed og individuel karakter ..	187

7.2.2.	Specielt om reservedele og sammensatte produkter ...	193
7.2.3.	Rettighedshaveren – ansættelsesforhold	195
7.3.	Designrettens stiftelse	196
7.3.1.	Registrering	196
7.3.2.	Ikke-registreret designret	198
7.4.	Enerettens indhold	199
7.4.1.	Registreret design	199
7.4.2.	Ikke-registreret design	200
7.5.	Beskyttelsens udstrækning	200
7.6.	Indskrænkninger i eneretten	205
7.7.	Rettighedens overgang	206
7.8.	Designrettens gyldighedstid og ophør	207
8.	Varemærkeret	208
8.1.	Indledning	208
8.2.	Varemærkerettens genstand og rettighedshavere	210
8.2.1.	Varemærkets funktioner og former	210
8.2.2.	Nærmere om særpræg og distinktivitet	218
8.2.3.	Øvrige stiftelsesbetingelser	243
8.2.4.	Rettighedshaveren	247
8.2.5.	Fællesmærker m.v.	249
8.2.6.	Særlige geografiske betegnelser m.v.	250
8.3.	Varemærkerettens stiftelse	250
8.3.1.	Indledende om stiftelsesmåderne	250
8.3.2.	Nærmere om registrering	252
8.3.3.	Nærmere om ibrugtagning og indarbejdelse	258
8.4.	Enerettens indhold	265
8.4.1.	Indledning	265
8.4.2.	Erhvervsmæssig brug	265
8.4.3.	Forvekslelighed – mærkelighed og vareartslighed	273
8.4.4.	Nærmere om helhedsbedømmelsen og dens komponenter	278
8.4.5.	Nærmere om forvekslelighed i situationen	291
8.4.6.	Indskrænkende eller udvidende hensyn – herunder om stærke og svage mærker samt om naturlige og konstruerede mærker	295
8.4.7.	Registrerede mærker som ikke er i brug	305
8.4.8.	Velkendte mærker – Kodakdoktrinen m.v.	306
8.5.	Indskrænkninger i eneretten	315
8.5.1.	Indledning	315

8.5.2.	Lovlig tredjemandsbrug – herunder tilbehørs- og reservedelsreklamer	315
8.5.3.	Konsumtion, ompakning, navngivning m.v.	319
8.5.4.	Særligt om domænenavne og varemærkebrug på internettet	334
8.6.	Modifikationer i prioritetsretten	336
8.7.	Rettighedens overgang	339
8.8.	Varemærkerettens gyldighedstid og ophør	342
8.8.1.	Indledning	342
8.8.2.	Brugspligt	346
8.8.3.	Degeneration	351
8.8.4.	Vildledning	353
9.	Retshåndhævelse og sanktioner	354
9.1.	Indledning	354
9.2.	Foreløbige retsmidler	356
9.2.1.	Midlertidige afgørelser om forbud eller påbud	356
9.2.2.	Bevissikring og oplysningspligt	360
9.3.	Straf og påtale	363
9.4.	Erstatning og vederlag m.v.	366
9.5.	Inddragelse og tilintetgørelse m.v.	379
9.6.	Værneting og domstolskompetence	380
9.6.1.	Retsplejeloven	380
9.6.2.	Bruxelles I-forordningen	382
9.6.3.	EU-varemærke- og EU-designsager	382
10.	Særligt om virksomhedsnavneret	384
10.1.	Indledende om virksomheds- og firmanavne m.v.	384
10.2.	Virksomheds- og foreningsnavnes registrering og beskyttelse	386
10.3.	Forvekslelighed – konkurrencemomentet	388
	Forkortelsesliste	395
	Litteraturliste	397
	Domsregister	399
	Stikordsregister	417

Forord

Hermed foreligger 6. udgave af »Markedsret Del 3«, som har fokus på nogle af de mest erhvervsrelevante dele af *immaterialretten*, dvs. de *lovbestemte enerettigheder* som er knyttet til fremstilling og salg af *produkter* (i bred forstand) samt – ikke mindst – til brug af særlige *forretningskendetegn*, hvilket først og fremmest vil sige *varemærker*.

Fremstillingen her knytter sig til »Markedsret Del 1« om *konkurrencebegrænsningsretten*, som udkom i 6. udgave i 2014, og »Markedsret Del 2« om *markedsføringsret og konkurrenceværn*, som udkom i 6. udgave i 2015.

Trilogien skal ses som et hele, og kapitlerne er nummereret fortløbende, således at denne Del 3 starter med kapitel 5. Fremstillingerne i de enkelte dele kan godt læses og benyttes hver for sig – som praktiske opslagsbøger eller som undervisningsgrundlag – men der er samtidig lagt vægt på at tegne et tværgående billede af de forskellige forgreninger af markedsretten, således som denne disciplin her er afgrænset.

Udviklingen på immaterialrettens område har også i de senere år været kendetegnet af en række regelændringer, hvoraf de fleste er blevet til på initiativ fra EU, samt af ganske omfattende og på punkter afgørende ny retspraksis fra Den Europæiske Unions Domstol. Dette har på flere punkter nødvendiggjort en ganske betydelig omskrivning af fremstillingen i denne udgave.

Eksempelvis kan det nævnes, at der siden 5.-udgaven er sket afgørende ændringer i patentrettens og varemærkerettens regelgrundlag, ligesom der på ophavsrettens område er afsagt flere vigtige domme til forståelse af det ophavsretlige direktivgrundlag. Endvidere er der generelt gennemført en skærpet indsats mod piratkopiering, med skærpelse af ansvarsgrundlaget, øgede straffe samt bedre efterforsknings- og påtalemuligheder. Uden for eneretslovene findes vigtige håndhævelsesregler i retsplejeloven og toldforordningen, som begge ligeledes er ændret siden 5.-udgaven.

Det skal særligt nævnes, at det nye varemærkedirektiv fra 2015 (nr. 2015/2436/EU) stadig venter på at blive implementeret i dansk ret (hvilket senest skal ske i januar 2019), og at det nye EU-patentsystem med tilhørende fælles patentdomstol (vedtaget i henholdsvis forordnings- og aftaleform i 2012/2013) heller ikke endnu er i funktion, idet en igangsætning er blevet

forsinket af Storbritanniens Brexit-afstemning, men også her imødeses dog en relativt snarlig ikrafttrædelse (optimisterne siger ultimo 2017/primo 2018).

Ved henvisning til afgørelser fra Den Europæiske Unions Domstol (Domstolen og Retten) benyttes her de nye *ECLI-numre* (European Case Law Identifier), jf. EUT 2011 C 127/1. *Eksempelvis* identificeres sag C-244/00 ved henvisning til *EU:C:2003:204* (og ikke længere ved henvisning til Samling af afgørelser fra Den Europæiske Unions Domstol, in casu Saml. 2003/I.3051). Se nærmere: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/da/. Alle EU-domme findes elektronisk på http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/.

Denne Del 3 behandler et særdeles omfattende og vidt forgrenet regelkompleks med mange faldgruber. Hvis forfatteren selv skulle være faldet i, vil han værdsætte et tip herom på pbm@jura.au.dk.

Manuskriptet er afsluttet den 2. januar 2017, og senere materiale er kun undtagelsesvis medtaget.

Lovbestemte enerettigheder. Produkt- og kendetegnsbeskyttelse

1. Indledende om immaterialrettens lovbestemte enerettigheder

1.1. Immaterialret

Læren om de *lovbestemte enerettigheder* behandles traditionelt under samlebetegnelsen *Immaterialret*. Hertil henregnes ophavsretten, patent- og brugsmodelretten, designretten, varemærkeretten og (mindre vigtigt) topografiretten.

Derimod vil man traditionelt i dansk ret ikke under denne overskrift medtage beskyttelsen af erhvervshemmeligheder, personlighedsbeskyttelsen eller de kendetegnsretlige bestemmelser uden for varemærkeretten.¹

Udtrykket »immaterialret« hidrører fra tysk ret (»Immaterialgüter«) og er navnlig slået fast i nordisk retsteori gennem svenskeren *Gösta Ebersteins* værker om disse emner. Undertiden benyttes (specielt i Norge) også betegnelsen »åndret«, hvilket umiddelbart kan føres tilbage til nordmanden *Ragnar Knophs* værk fra 1936 med denne titel. Sidstnævnte sprogbrug er indholdsmæssigt mere beslægtet med det franske »droits intellectuels« og det engelske »Intellectual Property«. Dansk retsteori har imidlertid valgt den tyskfødte terminologi (selv om den ifølge *Knoph* er »usædvanlig heslig«), i det omfang man ikke simpelthen taler om *lovbestemt eneret*.

Under indtryk af engelsk sprogbrug har i nyere tid også betegnelserne IP og IPR vundet frem (som forkortelse for henholdsvis »Intellectual Property« og »Intellectual Property Rights«). *Ryberg, Kyst og Sick Nielsen* mener i ET 2016, p. 31, at immaterialretsterminologien simpelthen vil blive udfaset til fordel for disse betegnelser, og at det vil ske så hurtigt, at ordene »immaterialret« og »immaterialrettighed« vil opnå en arkaisk status i løbet af de næste 5-10 år. Det er dog nok tvivlsomt – det ene ord udelukker jo ikke det andet.

1. Beskyttelsen af erhvervshemmeligheder, personlighedsbeskyttelsen og den kendetegnsretlige beskyttelse i MFL § 18 behandles i Mærkedret Del 2. Beskyttelsen af virksomhedsnavne og domænenavne berøres kort i denne Del 3. De nævnte områder kan siges at have en slags *kvasi*-immaterialretlig karakter.