

Jens Schovsbo

Immateriælsretsaftaler

Fra kontrakt til status i kontraktsretten



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2001

Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten
1. udgave

© 2001 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag og Jens Schovsbo

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslaget er tilrettelagt af Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: NBC, Haslev

Printed in Denmark 2001
ISBN 87-574-0518-2

Udgivet med støtte fra Statens Samfundsvidenskabelig Forskningsråd

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

Telefon: 33 13 55 00
Telefax: 33 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk
Homepage: www.djoef.dk/forlag

Denne afhandling er af det juridiske Fakultet ved Københavns Universitet
antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Forsvaret finder sted fredag den 7.9.2001, kl. 13.00
København den 26.06.2001

Vagn Greve
Dekan

Forord

Nærværende afhandling er blevet til i perioden 1996-2000, hvor jeg har været ansat ved Retsvidenskabeligt Institut A ved Københavns Universitet først som adjunkt og siden 1999 som lektor. Jeg gennem hele arbejdet haft glæden af gode og fri arbejdsforhold og gode kolleger. En særlig tak skal rettes til professor, dr.jur. Mogens Koktvedgaard, uden hvis aldrig svigtende interesse og sikre overblik ved formuleringen af det »akademiske spændingsfelt« afhandlingen ikke ville være blevet til. Umulig – og unødvendig – havde afhandlingen også været uden Vibe, som jeg hermed også takker officielt.

Den foreliggende afhandling svarer indholdsmæssigt til det manuskript, som jeg indleverede til bedømmelse den 4.12.2000, idet der dog er foretaget korrekturrettelser og enkelte sproglige præciseringer. Der er i hovedsagen ikke taget hensyn til materiale, som jeg har fået kendskab til efter medio november 2000.

Maj 2001
JS

Indholdsoversigt

I. DEL Fugleperspektiv Fra kontrakt til status

Kapitel 1. Indledning	3
1. Afhandlingens tema og gang	6
2. Terminologi: Obligations- og kontraktsret	7
 Kapitel 2. Udviklingslinjer i obligationsretten:	
Fra kontrakt til status	9
1. Aftalefrihed	9
2. Obligationsrettens form	15
3. Delkonklusion: Fra kontrakt til status	26
4. Statusbegrebet	27
 Kapitel 3. Nærmere om statusorienteringen	29
1. Standardaftaleret	29
2. Aftalefortolkning	33
3. Formkrav og retlige typer	36
4. Generalklausuler (Aftl § 36)	37
5. Et almindeligt loyalitetsprincip	39
6. Regelværkets eksplosion og specialisering	42
7. Aftalerettens konstruktion	44
8. Rettens denationalisering	46
9. Delkonklusion: Statusorienteringen	52
10. Afhandlingens videre gang: Immaterialretsaftaler	54
 Kapitel 4. Immaterialretsaftaler	55
1. Immaterialret	55
2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler	61
3. Sammenfatning: Immaterialrettens kilder	68

II. DEL
Nærbilleder
Immaterialrets aftaler og statusorienteringen

Kapitel 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler	71
1. Patentlicensaftaler	71
2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler	74
3. Patentlicensaftaler og statusorienteringen i praksis:	
Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler	119
4. Delkonklusion: Statusorienteringen og patentlicensaftaler	142
 Kapitel 6. Aftaler om overdragelse af immaterialretligt beskyttede eksemplarer – konsumptionsprincippet	145
1. Konsumptionsprincippet	145
2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model	163
3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?	179
4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv	187
5. Konsumtion og aftalefrihed	235
6. Delkonklusion:	
Konsumptionsprincippet og statusorienteringen	253
 Kapitel 7. Fortolkning af aftaler om overdragelse af immaterialrettigheder	255
1. Aftalefortolkning	255
2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet	257
3. Et almindeligt dansk immaterialretligt specialitetsprincip	286
4. Tysk ret	290
5. Delkonklusion: Fortolkningen af immaterialrets aftaler og statusorienteringen	306
 Kapitel 8. Fortolkning af patentkrav	309
1. Patentkravet	309
2. EPK og patentkravsfortolkning	315
3. International praksis	330
4. Patentfortolkningens regionalisering:	
»Harmonisering« og »konsistens«	345
5. Delkonklusion: Patentfortolkning og statusorienteringen	366

III. DEL

Konklusion og perspektivering

Kapitel 9. Statuslæren, obligationsretten og fremtiden	371
1. Indledning og plan for det følgende	371
2. Statuslæren	372
3. Statuslæren og obligationsrettens almindelige del	373
4. Statuslæren og samfundsinteressen	375
5. Afslutning	381
Summary in English	383
‘Intellectual property agreements – from contract to status in the law of obligations’	383
Anvendt litteratur med forkortelser	391
Stikords- og domsregister	425

Indholdsfortegnelse

I. DEL Fugleperspektiv Fra kontrakt til status

Kapitel 1. Indledning	3
1. Afhandlingens tema og gang	6
2. Terminologi: Obligations- og kontraktsret	7
 Kapitel 2. Udviklingslinjer i obligationsretten:	
Fra kontrakt til status	9
1. Aftalefrihed	9
1.1. Det traditionelle udgangspunkt	9
1.2. Nutiden	12
2. Obligationsrettens form	15
2.1. Det klassiske udgangspunkt:	
»Obligationsrettens almindelige del«	15
2.1.1. Særligt om udviklingen i Danmark og Norden	18
2.2. Nutiden: Hensynsafvejning og kontraktsrettens værdier	21
3. Delkonklusion: Fra kontrakt til status	26
4. Statusbegrebet	27
 Kapitel 3. Nærmere om statusorienteringen	29
1. Standardaftaleret	29
2. Aftalefortolkning	33
3. Formkrav og retlige typer	36
4. Generalklausuler (Aftl § 36)	37
5. Et almindeligt loyalitetsprincip	39
6. Regelværkets eksplosion og specialisering	42
7. Aftalerettens konstruktion	44
8. Rettens denationalisering	46
8.1. Regionaliseringen	46
8.2. Globaliseringen	50

9. Delkonklusion: Statusorienteringen	52
10. Afhandlingens videre gang: Immaterialretsaftaler	54

Kapitel 4. Immaterialretsaftaler	55
1. Immaterialret	55
1.1. Immaterialrettens almene målsætning	56
2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler	61
2.1. Retskildespørgsmål	61
2.1.1. Standardaftaler	61
2.1.2. PECL og UPICC	63
2.1.3. Særligt om immaterialretsaftalens retskilder	64
2.1.3.1. Immaterialretslove	64
2.1.3.2. Andre love (Købeloven)	64
2.1.3.3. Immaterialretlige domme	66
3. Sammenfatning: Immaterialrettens kilder	68

II. DEL

Nærbilleder

Immaterialretsaftaler og statusorienteringen

Kapitel 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler	71
1. Patentlicensaftaler	71
1.1. Licensaftalen på partsniveau	72
1.2. Licensaftalens samfundsmæssige betydning	73
1.3. Plan for det følgende	74
2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler	74
2.1. Et historisk overblik	74
2.1.1. Norden: »Ligestilling ikke preferansestilling«	74
2.1.2. Anglo-amerikansk ret	77
2.1.2.1. USA: »Scope of the monopoly«	81
2.1.2.2. England: »Freedom of contract«	86
2.1.3. Tyskland: Immanenz-læren	87
2.1.3.1. Immanenz-læren i praksis: TYKrl § 17	90
2.2. Sammenfatning: Traditionel national ret	95
2.3. Konkurrenceretten og patentlicensaftaler:	
Udviklingen og tendenser	95
2.3.1. EU-konkurrenceretten: Regionalisering	95
2.3.1.1. EU-retten og national ret: Regionaliseringen	
af den nationale konkurrenceret	102

2.3.1.1.1. National konkurrencelovgivning i EU: EU-konformitet	104
2.3.1.2. EU-konkurrenceretten og patentlicensaftaler: Forordning 240/96	108
2.3.1.2.1. Territoriale begrænsninger i patentlicensaftaler ..	110
2.3.1.3. Sammenfatning: EU-konkurrenceretten og Forordning 240/96	113
2.3.2. Amerikansk antitrust ret og patentlicensaftaler	114
2.3.2.1. 1995-Guidelines	116
2.3.3. Delkonklusion: Tendenser i den konkurrence- retlige regulering af patentlicensaftaler	117
3. Patentlicensaftaler og statusorienteringen i praksis: Ikkeangrebsforpligtelser i patentlicensaftaler	119
3.1. Patentretlige regler om angreb	119
3.2. Ikkeangrebsforpligtelser: Kontrakt og status	122
3.3. Den internationale udvikling	125
3.3.1. Tyskland: »Kontrakt«	125
3.3.2. Amerikansk ret: »Status«	129
3.3.3. EU-konkurrenceretten	132
3.3.4. TRIPs-aftalen	134
3.3.5. Sammenfatning	135
3.4. Diskussion: Ikkeangrebsklausuler i dansk ret	136
3.4.1. Ikkeangrebsklausuler og Patentretten	136
3.4.2. Ikkeangrebsklausuler og Konkurrenceloven	137
3.4.3. Ikke angrebsklausuler og obligationsretten	139
3.4.4. Delkonklusion: Ikkeangrebsklausuler og statusorienteringen i dansk ret	141
4. Delkonklusion: Statusorienteringen og patentlicensaftaler	142

Kapitel 6. Aftaler om overdragelse af immaterialretligt

beskyttede eksemplarer – konsumptionsprincippet	145
1. Konsumptionsprincippet	145
1.1. Konsumptionsprincippets historiske baggrund i tysk ret: »Eine schutzrechtsimmanente Interessengrenze«	147
1.1.1. Sammenfatning: Konsumptionsprincippet i klassisk tysk ret	154
1.2. Konsumptionsreglernes udvikling i dansk ret: Et overblik ..	154
1.2.1. Ophavsretten	155
1.2.2. Patentretten	158
1.2.3. Varemærkeretten	162

1.2.4. Sammenfatning: Konsumptionsprincippet i dansk lovgivning: Teknologi og regionalisering . . .	163
2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model	163
2.1. Klassisk engelsk og amerikansk ret:	
»Implied license« og »the first sale doctrine«	164
2.1.1. Nyere udvikling i engelsk og amerikansk ret	170
2.1.1.1. England: Et generelt konsumptionsprincip	170
2.1.1.2. USA: The first sale doctrine under afvikling	177
3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?	179
3.1. Parallelimport i en kontraktuel/principiel kontekst	180
3.2. Kontrakt eller princip?	183
3.3. Konsumptionsprincippet som ramme	185
4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv	187
4.1. Nationalstaten og territorialitetsprincippet	189
4.2. Regionalisering: Konsumptionsprincippet i EU-retten med særligt henblik på parallelimport	191
4.2.1. Første fase:	
Konsumptionsprincippet og det indre marked	193
4.2.1.1. Konsumptionsprincippet og markedsintegration	196
a. Patentretten: <i>Merck</i> -sagerne	197
b. Varemærkeretten: Ompakning m.v.	197
c. Ophavsretten: »Reklamekonsumtion«	198
4.2.1.2. Sammenfatning: Første fase	200
4.2.2. Anden fase: Konsumptionsprincippet som del af en EU-immaterialret	201
4.2.3. Er den regionale konsumtion i EU-retten almindelig og præceptiv?	201
4.2.3.1. Varemærkeretten: <i>Silhouette</i> -dommen	202
4.2.3.2. Ophavsretten: De ophavsretlige direktiver m.v.	204
4.2.3.3. Patent-, brugsmodel- og mønsterretten m.v.	209
4.2.3.4. Parallelimport fra tredjelande og konkurrenceretten	211
4.2.3.5. Sammenfatning: EU-retten	212
4.3. Globalitet: TRIPs-aftalen	212
4.3.1. TRIPs og immaterialretten	215
4.3.2. TRIPs og konsumtion	219
4.3.2.1. Mestbegunstigelsesprincippet	221
4.4. Immaterialret og parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv	223

4.4.1. Ophavsretten	224
4.4.2. Patentretten	227
4.4.3. Varemærkeretten	229
4.4.3.1. Parallelimport og varemærkeret: Fra ægtevare-princip til reklamefunktion	231
4.4.3.2. Parallelimport og konkurrenceret: Vertikale konkurrencebegrænsninger	232
4.4.3.3. Sammenfatning: Varemærkeretten	234
4.5. Delkonklusion: Parallelimport: Regionalitet eller globalitet?	235
5. Konsumtion og aftalefrihed	235
5.1. Handel med bøger	236
5.2. Konsumtion eller aftalefrihed?	238
5.2.1. Dansk ret: Ohl § 19 og præceptivitet	239
5.2.1.1. Sammenfatning: Dansk ret	245
5.2.2. Amerikansk ret: UCITA-loven og aftalefrihed	246
5.2.3. Delkonklusion: Statusorienteringen	252
6. Delkonklusion: Konsumptionsprincippet og statusorienteringen	253

Kapitel 7. Fortolkning af aftaler om overdragelse

af immaterialrettigheder	255
1. Aftalefortolkning	255
2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet	257
2.1. Fortolkning og ugyldighed	262
2.2. Specialitetsprincippet i praksis	263
2.2.1. Retspraksis	263
2.2.2. Ansættelsesforhold	266
2.2.3. Standardaftaler	270
2.2.4. Aftalelicens	272
2.2.5. Forvaltningsaftaler (musikforvaltning)	274
2.2.6. Sammenfatning	276
2.3. Ophavsrettens ideologi: Værkslæren og aftalefrihed	277
2.4. Specialitetsgrundsætningen og -princippet i 1995-Ohl	280
2.5. Delkonklusion ophavsretsftaler	285
3. Et almindeligt dansk immaterialretligt specialitetsprincip	286
4. Tysk ret	290
4.1. Zweckübertragungsprincippet	292
4.1.1. Zweckübertragungslæren og de almindelige fortolkningsregler i BGB og AGB-Gesetz	296

4.1.2. Zweckübertragungsprincippet og perspektivforskydningen	298
4.1.2.1. »Urhebervertragsrecht«	300
4.1.3. Diskussion: Tysk ret og belønningsprincippet	303
5. Delkonklusion: Fortolkningen af immaterialretsaftaler og statusorienteringen	306
Kapitel 8. Fortolkning af patentkrav	309
1. Patentkravet	309
1.1. Patentkravs- og aftalefortolkning	312
2. EPK og patentkravsfortolkning	315
2.1. Patentkravet i den europæiske patentansøgning	319
2.2. Patentkrav og beskrivelse	320
2.3. Patentkrav og ugyldighed	322
2.4. Artikel 69 og Protokollen	324
2.4.1. Gennemførslen i national ret	325
2.4.2. Artikel 69 og Protokollen: »Fairness«	327
3. International praksis	330
3.1. Tyskland	330
3.2. England	332
3.2.1. 1977-patentloven og EPK	336
3.2.2. <i>Epilady-dommen</i> og EPK	337
3.3. USA	340
3.4. Sammenfatning: National patentfortolkning	345
4. Patentfortolkningens regionalisering: »Harmonisering« og »konsistens«	345
4.1. Harmonisering: Ækvivalensprincippet	346
4.1.1. Ækvivalensprincippetets betydning for den praktiske patentkravsfortolkning	349
4.1.2. Ækvivalensprincippet og international fortolkningsharmonisering	352
4.1.3. Sammenfatning: Ækvivalensprincippet	353
4.2. Konsistens	354
4.2.1. Særligt om fortolkningen af »funktionelle krav«	354
4.2.2. Fortolkning af krav med »turbulente baggrundsvilkår«	355
4.2.3. Fortolkning og gyldighed: <i>Biogen v. Medeva-dommen</i> fra House of Lords	356
4.3. Diskussion: Fremtidens patentfortolkning	359

4.3.1. En dynamisk fortolkningslære?	362
4.3.2. Perspektivering: Patentfortolkning og patentrettens ekspansion	364
5. Delkonklusion: Patentfortolkning og statusorienteringen	366

III. DEL

Konklusion og perspektivering

Kapitel 9. Statuslæren, obligationsretten og fremtiden	371
1. Indledning og plan for det følgende	371
2. Statuslæren	372
3. Statuslæren og obligationsrettens almindelige del	373
4. Statuslæren og samfundsinteressen	375
4.1. Aftalefriheden i nutidens samfund	375
4.2. Immaterialretsaftaler og status	377
4.2.1. Patentlicenssaftaler	377
4.2.2. Konsumptionsprincippet	377
4.2.3. Fortolkning af immaterialretsaftaler og patentkrav ..	378
4.3. Perspektivering: Fremtiden mellem kontrakt og status	379
5. Afslutning	381
Summary in English	383
‘Intellectual property agreements – from contract to status in the law of obligations’	383
Anvendt litteratur med forkortelser	391
Stikords- og domsregister	425

I. DEL

Fugleperspektiv
Fra kontrakt til status

KAPITEL 1

Indledning

Udviklingen inden for computer-, kommunikations-, informations- og bioteknologien og økonomiens internationalisering er karakteristiske træk ved nutidens samfund. Immaterialretten – patent-, ophavs-, design- og varemærkeretten m.v. – står centralt i denne udvikling. Den nye teknologi kan i sig selv beskyttes via ophavs- og patentretten. Dertil kommer, at den information i form af lyd, billeder (film m.v.) og tekster, som cirkulerer på Internettet, og som transmitteres over TV-satellitter m.v., ofte nyder beskyttelse via ophavsretten. Hele entertainmentindustrien (TV, film, musik og spil m.v.) er således baseret på immaterialretten. Det samme gælder den globale marketing, som forudsætter en effektiv og velfungerende varemærkeret.

Der er for så vidt intet overraskende i immaterialrettens centrale placering. Immaterialretten er født med et stærkt internationalt præg, jf. herved det moderne immaterialretlige systems grundlove Pariserkonventionen (1883) og Bernerkonventionen (1886), og beskyttelsen af ny teknologi udgør selve immaterialrettens begrundelse. I takt med immaterialrettens voksende økonomiske betydning og den internationale udvikling har vilkårene for immaterialrettens udvikling og udøvelse imidlertid ændret karakter. For Danmarks vedkommende udgør EU den primære internationale påvirkning, og konturerne af en samlet regional immaterialret begynder at tegne sig. På det globale niveau er der navnlig grund til at notere sig TRIPs-aftalen under Verdenshandelsorganisationen (WTO), som til dels har overtaget de klassiske konventioners og institutioners (WIPO) rolle som drivkraft for immaterialrettens udvikling. Immaterialretten er herved anerkendt som en økonomisk faktor af global betydning på linje med handlen med varer.¹ Den internationale

1. En kvantificering af immaterialrettens samfundsøkonomiske betydning er vanskelig at give. Hos *Schovsbo* (1997), p. 923f. omtales en række undersøgelser, som alle

Kap. 1. Indledning

immaterialretlige udvikling har navnlig haft som formål at styrke, udbrede og ensrette immaterialretten. Immaterialrettens centrale betydning for nutidens samfund og økonomi skyldes således i vid udstrækning, at immaterialretten er ekspanderet i takt med den teknologiske udvikling, således at immaterialretlig beskyttelse i dag er mulig inden for en række områder, som ligger meget fjernt fra den klassiske immaterialret, f.eks. computerprogrammer, databaser og gener.

Immaterialrettens ekspansion mødes dog af en tendens til øget *skepsis* over for de immaterialretlige systemer. Immaterialrettens øgede økonomiske betydning medfører i sig selv en skærpelse af bedømmelsen, men hertil kommer, at konkurrenceretten m.v. er ekspanderet parallelt med immaterialretten. Udviklingen i så henseende har været særligt klar inden for EU-retten, hvor EF-domstolen med støtte i traktatens konkurrenceregler – og reglerne om varernes fri bevægelighed – har trukket ganske skarpe grænser for immaterialrettens udøvelse. På globalt niveau diskuteres for tiden med udgangspunkt i TRIPs, hvorledes en målsætning om frihandel forenes med en effektiv immaterialret. Skepticismen næres desuden af en ideelt betonet frygt for, at ophavsretten skal hindre informationsudvekslingen (videnssamfundet), at patentering af menneskelige gener skal føre til en monopolisering af sygdomsbekæmpelse, at en effektiv varemærkeret skal føre til for høje forbrugerpriser osv. Disse hensyn afspejler ligeledes immaterialrettens ekspansion og kræver at blive tilgodeset i retsudøvelsen.

Handel med immaterialrettigheder i form af aftaler om anvendelse af informations- og bioteknologi udgør således en central bestanddel af, hvad der ofte – og med en noget uskarp formulering – kaldes *den »nye økonomi«*.² Værdien af de virksomheder, som beskæftiger sig med bio- og informationsteknologien, overstiger i mange tilfælde gamle velrenommerede virksomheders. Det er her, de store penge kan vindes; og (på det seneste: især) tabes. Den nye teknologiske betydning er ikke begrænset til Internet-virksomhederne m.v. Også de klassiske industrier og varehandlen anvender i dag i vid udstrækning informationsteknologi, bioteknologi m.v. med henblik på produktion, kontrol, økonomistyring og distribution. Der findes i dag næppe en virksomhed i den indu-

bekræfter immaterialrettens store og i gennem de senere år øgede økonomiske betydning.

2. Jf. Koktvedgaards indlæg på NIR-mødet i Åbo 28.8.2000: »Den nye økonomis krav til Immaterialretten«.

strialiserede del af verden, som ikke betjener sig af informationsteknologien, og som derfor har behov for at indgå aftaler om udnyttelsen heraf.

Handel med immaterialrettigheder har eksisteret lige så længe, som der har eksisteret egentlige immaterialrettigheder. Visse af disse aftaletyper er således ganske velkendte – patentlicensaftaler – nogle endog klassiske – forlagsaftalen – hvorimod andre aftaleformer er af nyere beskaffenhed – f.eks. diverse merchandisingaftaler. Det gælder dog helt alment, at den teknologiske udvikling, de øgede økonomiske værdier, internationaliseringen m.v. har medført, at vilkårene for handlen med immaterialrettigheder har ændret karakter. Inden for f.eks. ophavsretten er den teknologiske udvikling i dag så hurtig, at det ofte er meget vanskeligt at forudse de mulige udnyttelsesformer blot et par år frem i tiden. På patentrettens område findes en ganske detaljeret konkurrenceretlig regulering, hvortil kommer, at licensaftaler vedrørende bioteknologiske patenter giver anledning til vanskeligheder af både praktisk og etisk art med hensyn til fastlæggelsen af parternes indbyrdes beføjelser og patentrettens udstrækning. For varemærkeretten indebærer regionaliseringen, at adgangen til at foranstalte parallelimport giver anledning til spørgsmål af handels- og konkurrencemæssig art. Set ud fra en obligationsretlig betragtning kan man notere, at immaterialretsafspraken tilbyder gode eksempler på de fleste af de karakteristika, som gerne fremhæves som karakteristiske for nutidens aftale: Vedvarende karakter, turbulente baggrundsvilkår, komplekst grundlag, international karakter, styrkeulighed og væsentlig samfundsmæssig interesse. Diskussionen af de kontraktsretlige spørgsmål, som knytter sig til immaterialretsafspraken, må derfor forventes at have betydelig almen interesse for den kontraktsretlige diskussion.

På trods af, at handel med immaterialrettigheder således har stor både praktisk og principiel betydning, indeholder den immaterialrelige lovgivning og lovgivningen i øvrigt kun i ganske begrænset omfang særlige regler, som tager særligt sigte på forholdet mellem aftaleparterne i forbindelse med en aftale om overdragelse af immaterialrettigheder eller beskyttede produkter. I det omfang der findes sådanne regler, hvilket navnlig er tilfældet for ophavsrettens vedkommende, er reglerne generelt dårligt skikket til at imødekomme nutidens krav. Bedømmelse af, om der er indgået en immaterialretsafspraken, fastlæggelsen af aftalens indhold og af parternes indbyrdes forpligtelser og gennemførslen heraf, følger således i vid udstrækning af de almindelige obligationsretlige (kontraktsretlige) regler og principper.

Kap. 1. Indledning

De centrale dele af obligationsretten er i dansk ret ulovhjemlede, idet en vis vejledning dog kan søges i de »almindelige« love såsom Købeloven (Kbl) og Aftaleloven (Aftl), som stammer fra tiden omkring 1900. Årsagen til, at de klassiske grundsætninger og principper har overlevet frem til i dag, er bl.a., at de til dels er så indarbejdede og åbenbare, at de udgør en del af vores kulturgrundlag.³ De centrale dogmer – aftalefrihed – og principper – aftaler skal holdes – gælder også for informationssamfundets nye økonomi. Den teknologiske udvikling og internationaliseringen m.v. påvirker imidlertid også vilkårene for aftaleindgåelse og indebærer en forskydning af perspektiverne bag de klassiske dogmer og principper. Den øgede internationalisering viser sig inden for kontrakt- og obligationsretten både ved den øgede handel over landegrænserne og ved en øget regional (EU) og global (bl.a. CISG og UNIDROIT Principles) regulering.

Som udtryk for, at kontraktsretten for tiden befinder sig i en søgende periode, kan da også henvises til, at en række af nutidens centrale diskussionstemaer – kodifikation fra »oven« (à la *Thibault*) eller fra »neden« (à la *von Savigny*) og aftalerettens fundering i løfte- eller kontraktprincippet – er de samme, som blev drøftet for godt 100 år siden, hvor kontraktsretten også befandt sig i en brydningstid ved overgangen til industrisamfundet. I dag står vi på tærsklen til, hvad der gerne kaldes »informations-/videnssamfundet«.

Den første iagttagelse i denne afhandling er således, at den teknologiske og internationale udvikling medfører et pres på hele retssystemet samt at karakteren og indholdet af dette pres med fordel kan studeres ud fra flere synsvinkler – her den immaterialretlige og obligationsretlige. Hermed opnås en form for retsvidenskabelig pendant til patentrettens »mosaik-/kombinationsmodhold«: Ved fastlæggelsen af, hvad der må anses for (aner)kendt inden for et givent (rets)område (»state of the art«), bør fagmanden kombinere sin viden inden for flere forskellige områder.

1. Afhandlingens tema og gang

Det almene tema for nærværende afhandling er de retlige konsekvenser af nutidens udvikling for obligationsretten. Til brug for en bearbejdelse af dette tema drøftes konkret *immaterialretsaftaler*, dvs. aftaler, som angår

3. *Strömholm* (1987), p. 539 (»basisprincipper«).

2. Terminologi: Obligations- og kontraktsret

overdragelse af rettigheder – f.eks. forlagsaftaler og patentlicensaftaler – eller immaterialretligt beskyttede genstande – f.eks. køb og salg af mærkevarer. De centrale spørgsmål vedrører således indgåelse af immaterialretsaftaler og fortolkning og opfyldelse heraf.

I denne afhandlingens *første del* drøftes en række mere almene forhold vedrørende obligationsrettens udvikling med henblik på at tilvejebringe en samlet analyseramme til brug for de senere diskussioner. Det er herved påstanden, at

udviklingen har medført en øget betoning af eksterne hensyn, således at den klassiske kontraktsrets opfattelse af parternes subjektive forhold som kontraktsrettens omdrejningspunkt ikke længere kan opretholdes. Udviklingen kan beskrives som en bevægelse »fra kontrakt til status«.

Med henblik på en mere intens analyse og illustration af statusorienteringen stilles i afhandlingens *anden del* skarpt på immaterialretsaftaler. Efter en introduktion til emnet og en drøftelse af de retskildemæssige og andre metodiske spørgsmål, som emnet rejser, behandles tre forhold, som tilsammen dækker de typiske problemer, som immaterialretsaftalen giver anledning til: Aftaler om overdragelse af rettigheder (patentlicensaftaler) i *kapitel 5*, aftaler om overdragelse af genstande (konsumptionsprincippet) i *kapitel 6* og fortolkningsspørgsmål (aftaler og patentkrav) i *kapitel 7* og *8*. På baggrund af erfaringerne herfra diskuteres i afhandlingens afsluttende og *tredje del* i *kapitel 9* statuslærens almene betydning, herunder for obligationsretten.

2. Terminologi: Obligations- og kontraktsret

Vurderingen af om der er indgået en retligt forpligtende aftale, fastlæggelsen af aftalens *indhold* og af parternes indbyrdes *rettigheder og forpligtelser* og *gennemførslen* heraf udgør de centrale dele af den del af formueretten, som traditionelt er behandlet i »*obligationsretten*«. Siden *Ussings »Aftaler«* har de to første emner dog været udskilt til særlig behandling i »*aftaleretten*«.

Af fremstillingsmæssige årsager anvendes i det følgende udtrykket *obligationsret* som en samlebetegnelse for de ovenfor nævnte problemområder. Udtrykket *kontraktsret* anvendes – som i anglo-amerikansk ret (»*Law of Contract*«) – parallelt hermed og for den sproglige variations skyld.

KAPITEL 2

Udviklingslinjer i obligationsretten: Fra kontrakt til status

1. Aftalefrihed

1.1. Det traditionelle udgangspunkt

Aftalefrihedens princip indeholder to momenter: 1) En frihed for den enkelte til at afgøre, om og i givet fald på hvilke vilkår han vil forpligtes og 2) læren om aftalers forpligtende karakter (*pacta sunt servanda*). Man kan ikke på baggrund af disse to principper alene deducere retsvirkninger: »Vatten är vått, klot är runda, och avtaler skall hållas«. ¹ Aftalefriheden og forholdet mellem princippets enkeltkomponenter er imidlertid udmærket til brug for en beskrivelse af kontraktsrettens indretning og værdier.

I ideologisk og historisk henseende er aftalefriheden et barn af oplysningstiden, jf. herved *Atiyah*, hvorefter *Freedom of Contract*-princippet historisk og idémæssigt fødtes i 1770-erne og i retlig og faktisk henseende kulminerede omkring 1870: »The movement towards Freedom of Contract was not primarily a legal movement. ... Freedom of Contract began as an economic and even political ideal ...« ² Det er *aftalen* og »the precense of opportunity«, ³ som kendetegnede det (dengang) moderne, liberalistiske samfund, og som adskilte dette fra tidligere tiders fastlåste og immobile samfund. Dette er da også indholdet af *Henry Maines* berømte beskrivelse af udviklingen i »Ancient Law«: »The move-

1. *Hellner* (1986), p. 348 og nærmere, *samme* (1997b), p. 363f.

2. *Atiyah* (1989), p. 601. Tilsvarende *Ramberg* (1997), p. 27f. Aftalefriheden udgør omdrejningspunktet for *Atiyahs* hovedværk fra 1979: »The Rise and Fall of Freedom of Contract«. Se også *Bryde Andersen* (1997), p. 52f., som fører aftalefriheden tilbage til Grundlovens frihedsrettigheder.

3. *Bergman* (1991), p. 209.

ment of the progressive societies has *hitherto been a movement from Status to Contract.*»⁴

Den liberalistiske og individualistiske grundopfattelsen indebar et krav om manglende indblanding i aftaleforhold: Friheden *fra* staten,⁵ jf. således beskrivelsen i anglo-amerikansk ret af aftalen som »hellig« (»Sanctity of Contract«⁶) og Code Civil, art. 1134 (1): »Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.« Aftalen – parterne egen lovgivning – er et privatanliggende, som det ikke tilkommer andre end aftalens parter at blande sig i. Statsmagten – domstolene – skal gennemføre aftalen, ikke vurdere dens indhold. I forhold til reguleringen indebar dette et principielt krav om fraværet af præceptive regler angående aftalers indhold (»freedom to contract«), og regler, som pålagde parterne en kontraheringspligt (»freedom from contract«).⁷ Overladt til sig selv vil parterne finde den rigtige løsning på deres mellemværende, dvs. en løsning, som tilgodeser begge parter, idet der er ligevægt mellem parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser: »Qui dit contractuel, dit juste.«⁸

Opfattelsen af det kontraktuelle forhold som grundlæggende privat var ikke ensbetydende med, at man ikke i visse tilfælde anerkendte, at en forpligtelse ikke skulle gennemføres efter sit indhold. Allerede i romerretten kendtes henvisninger til »bona fides« o.lign.,⁹ og i klassisk tysk ret udviklede Windscheid med udgangspunkt i læresætningen *clausula rebus sic stantibus* en forudsætningslære (klausullæren), som indebar, at en aftale i visse tilfælde kunne fraviges.¹⁰ Udgangspunktet var imidlertid, at parterne måtte se sig for i forbindelse med aftaleindgåelsen, idet en efterfølgende tilpasning kun kunne komme på tale, hvis den

4. Maine (1891), p. 170 (første udgave i 1861).

5. Reichold (1993), p. 82: »Die alte Freiheit des liberalen Rechtsstaats war Freiheit vom Staat ... kurz: die Freiheit des Sacheigentümers, 'für sich allein' zu bleiben.«

6. Se som eksempel på tankegangen Sir Jessel M.R. i *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, L.R. 19 Eq. 462, 465 (1875): »... if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice«. Se nærmere om betydningen heraf Kessler (1943), p. 631.

7. Bergman (1991), p. 209. Se også Knoph (1927), p. 1037f.

8. Collins (1999), p. 258 – »... so the adage goes«.

9. Tamm (1997), p. 81 og 118f. og Schermaier (2000), især p. 88-92. Se også Gordley (2000) om loyalitetsprincippets historiske udvikling.

10. Nærmere hos Stang (1935), p. 487ff.

ene part på grund af den senere udvikling ikke kunne siges at have haft vilje på aftaletidspunktet, idet han ikke ville have indgået aftalen, dersom han havde haft kendskab til udviklingen.¹¹ Situationen optrådte kun sjældent, hvilket bl.a. skyldtes forholdene ved den klassiske aftalesituation, som var kendetegnet ved, hvad *Grönfors* kalder »stabile baggrundsvilkår«.¹² Parterne kendte typisk hinanden, var handelsvante, aftalen afvikledes hurtigt (køb og salg af fungible genstande), og markedet var gennemsigtigt og relativt stabilt. Den klassiske kontraktret beskrives således almindeligvis som udtryk for handelsmændenes ret, jf. således om dansk ret *Stig Jørgensen*: »Aftaleloven synes at passe som hånd i handske til århundredskiftets individualistiske og liberale en gros-handel. To ligestillede parter udveksler tilbud og accept«.^{13 14}

Det kan således noteres som et væsentligt træk ved den klassiske opfattelse af aftalefriheden, at der er nær sammenhæng mellem aftalefrihedens to komponenter, idet retsfaktum – »aftaler« – og retsfølge – »skal holdes« – forholder sig til hinanden som ret- og pligtside: Parterne afgør selv, om de vil indgå aftale, og på hvilke vilkår aftalen skal indgås, men indgåede forpligtelser skal til gengæld honoreres i overensstemmelse med deres indhold. Parterne står til ansvar for hinanden; ikke for samfundet: Aftalefrihed under (parts)ansvar.

For kontraktsrettens regler og indretning fulgte af det individualistiske udgangspunkt en fokusering på *parterne* og disses individuelle og subjektive forhold. Den konkrete udmøntning af de subjektivistiske hensyn gav sig forskelligt udslag i de nationale systemer. I *tysk* ret fik viljes-

11. Nærmere *Stig Jørgensen* (1965), p. 45f. og om forudsætningslærens recepering i dansk ret *Julius Lassen* (1917-1920), p. 112ff. og *Stig Jørgensen*, a.st., p. 52ff.

12. *Grönfors* (1995b), p. 20.

13. *Stig Jørgensen* (1965), p. 80 (og a.st., p. 119 om Købeloven). Se også *Lynge Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997), p. 30f., der bl.a. påpeger, at Aftalelovens første kapitel oprindeligt indgik i forslag til en ny købelov, som omfattede køb og salg inden for engros-handlen, »hvor tilbud om køb eller salg af kul, cement, bomuld og lignende grovvarer og hertil svarende accept eller afslag udveksles pr. telegram eller brev mellem parter, som ikke samtidig er til stede«. Se endvidere – og helt i samme retning – *Hellner* (1984), p. 756, *Grönfors* (1995b), p. 57f. og 60ff. og *Ramberg* (1997), især p. 28f.

14. Også BGB beskrives gerne som indrettet på handelsmændenes forhold og som i denne henseende knyttet til en bestemt samfundepoke, jf. *Köhler* i Staudinger, BGB Vorbem § 433 Rdn 6: »Die Redaktoren des BGB ließen sich bei Regelung des Kaufs von einem Wirtschaftsmodell leiten, wie es dem vorindustriellen, agrarisch-handwerklich strukturierten Zeitalter entsprach« (note udeladt her). Tilsvarende *Zweigert & Kötz* (1998), p. 149.

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

teorien afgørende betydning med udviklingen af viljeserklæringen som kontraktsrettens centrale begreb.¹⁵ I *engelsk* ret ledte påvirkningerne fra tysk ret ligeledes til en »will theory« i slutningen af 1800-tallet,¹⁶ men her nedtonedes dog lærens subjektive – indre – tilknytning, idet man lagde afgørende vægt på aftalens eksplicitering og manifestation som handel (»bargain«): »An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain.«¹⁷ I *dansk* ret overtog man centrale dele af den tyske lære, idet viljesteorien dog tidligt afvistes til fordel for tillidsteorien, som, skønt uomtalt i Aftaleloven, traditionelt er anset for at udgøre det almindelige grundlag for beskrivelsen af løftets bindende kraft i dansk ret.¹⁸

Forholdet mellem vilje og erklæring går »likt en rød tråd«¹⁹ gennem en række af Aftalelovens *ugyldighedsregler* (»om ugyldige viljeserklæringer«, jf. §§ 28-30 og 32-34).²⁰ Se om aftalefortolkning i det følgende. Det subjektive omdrejningspunkt forklarer også bl.a. den afgørende sondring mellem kontraktsansvaret – hvis indhold fastlægges af parterne – og deliktsansvaret – hvis indhold fastlægges udefra af retsordnen. Også den klassiske erstatningsret var præget af et subjektivistisk udgangspunkt, og også her kan der spores en objektivisering, jf. *Ulfbeck* (2000), især p. 79ff. (»objektivisering« og »kollektivisering«).

1.2. Nutiden

Parternes frihed til at afgøre, om de vil kontrahere, og i givet fald på hvilke vilkår, er i dag underlagt retlige begrænsninger i videre udstrækning end før. Sammenhængen mellem retsfaktum – »aftaler« – og rets-

15. Nærmere *Ulfbeck* (2000), p. 35.

16. Nærmere *Lieberman* (1998) og *Ibbetson* (1999), p. 220ff. og for en belysning af teorien i komparativ og idéhistorisk sammenhæng *Gordley* (1998).

17. *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 19. I følge læren om *consideration* er et løfte dog ikke i sig selv retligt bindende. Dertil kræves ud over en vilje til forpligtelse, at løftemodtager har ydet noget til gengæld for løftegivers løfte. Se nærmere om *consideration* begrebet hos *Atiyah* (1995), p. 118ff., *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 73ff. og om princippets ideologiske baggrund hos *Friedman* (1965), p. 21.

18. *Julius Lassen* (1917-1920), p. 30f. (med henvisning til navnlig AftL § 32, stk. 1): »Den danske Rets Løfteprincip (Kontraktsprincip) er saaledes ikke Viljesdogmet men Forventningsprincippet (Tillidsprincippet) ...« (a.st., p. 31). Se nærmere om den historiske baggrund *Stang* (1935), p. 246ff., *Grönfors* (1993), p. 22, *Bryde Andersen* (1997), p. 78ff. For *norsk* ret afviste *Stang*, a.st., p. 254, tillids- og viljesprincippet og erklærede i stedet *erklæringsprincippet* for afgørende, se herom i det følgende.

19. *Ramberg* (1997), p. 33.

20. Se også *Stig Jørgensen* (1965), p. 54ff. og 59 om forudsætningslærens udvikling og tilknytning til viljesprincippet.

følge – »skal holdes« – er ikke længere så tæt og indlysende som tidligere. En række forfattere noterer, hvorledes der herved er sket en grundlæggende *perspektivforskydning* inden for den centrale kontraktsret: *Fra* et udgangspunkt i partsviljen *mod* en vurdering af »avtalshelheten« på baggrund af standardiserede normer (*Ramberg*);²¹ *fra* formelle *mod* materielle kriterier for den aftaleretlige vurdering (*Wilhelmsson*)²² og *fra* et princip om, at »aftaler skal holdes«, og *mod*, at »aftaler skal gennemføres« (*Grönfors*).²³ *Bryde Andersen* noterer, hvorledes den øgede betoning af samfundshensyn i kontraktsretten markerer en bevægelse *fra* markedsøkonomi *mod* blandingsøkonomi.²⁴ *Vibe Ulfbeck* ser udviklingen som en almen *objektiveringstendens* af kontraktsretten.²⁵

Som konsekvens af denne forskydning mister en række af de traditionelle løsninger og diskussioner deres relevans, se i den forbindelse *Grönfors*, som angiver nutidens område for »aftalefrihed« til 20 pct. og samtidig noterer, at »aftalefrihedsprocenten« på tidspunktet for Aftalelovens tilsynekomst var 70.²⁶ Det giver ingen mening at diskutere procentangivelserne. Meningen er klar nok: Aftalelovens regler og princip-

21. *Ramberg* (1997), p. 29: »Inom viktiga områden av avtalsrätten förskjuts perspektivet från de individuella avtalsparternes subjektiva viljor och uppfattningar till andra mer standardiserade normer.« Se også *samme* (1999), p. 105f.
22. *Wilhelmsson* (1993), p. 500-501: »... det är fråga om en förskjutning av tyngdpunkten från formella mot materiella kriterier för avtals bindende verkan, d.v.s. från kriterier som enbart fokuserar på parternas förfarande vid avtalsslutet mot kriterier som i någon grad ockå tar hänsyn till avtalets innehåll ock dess skälighet«.
23. *Grönfors* (1995b), p. 23.
24. *Bryde Andersen* (1997), p. 341f.
25. *Ulfbeck* (2000), p. 57 og 58: »... aftalefriheden er i dag i ikke ubetydelig grad begrænset. Partsautonomien fremstår ikke længere som kontraktsrettens klare omdrejningspunkt. I konsekvens heraf nedtones i den almindelige kontraktsteori betydningen af de snævert partsrelaterede viljes- og tillidsprincipper til fordel for partseksterne kriterier ... Man kan i den forbindelse tale om en objektiveringstendens i kontraktsretten.«
26. *Grönfors* (1993), p. 29. Se også *Grönfors* (1995a) p. 28: »Det hållar på att växa fram en ny avtalsrätt« og *samme* (1988), p. 318 og 320ff. *Ramberg* (1995), p. 501ff. påpeger, at det klassiske udgangspunkt om frihed fra regulering set i lyset af nutidens tætte regulering via lovgivning og standardaftaler er så usædvanligt i praksis, at en kontraktsretlig diskussion ikke længere kan tage sit udgangspunkt heri. Tilsvarende *Gorton* (1999), p. 112: »... den succesiva eroderingen av de avtalsrättsliga principen som tidigare ansetts fundamentala, dvs. principerna om avtalsfrihet parad med principen om att avtal skall hållas ...«. Se om *engelsk ret Collins* (1999), bl.a. p. 196ff

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

per er formuleret med henblik på ganske andre forhold end nutidens og bør derfor kun anvendes med forsigtighed.²⁷

Det er til dels meningsløst at diskutere omfanget af »aftalefriheden«: Aftalefrihed er – som påpeget af *Hellner* – et produkt af den retlige regulering.²⁸ Det forekommer i den forbindelse at være uomtvisteligt, at parternes adgang til at afgøre, om de vil forpligtes og i givet fald på hvilke vilkår, har ændret sig afgørende i løbet af de seneste godt 100 år af regler, som tager sigte på at hindre misbrug, beskytte den svage aftalepart osv. Nutidens aftalefrihed fremstår således i langt videre udstrækning end tidligere som et produkt af den retlige regulering. Frihed gennem regulering og ikke fra regulering er det karakteristiske for nutidens aftalefrihed. Det er – med *Knophs* udtryk fra 1927 – i stadig stigen- de grad samfundshensynet og ikke partsviljen, der fører ordet.²⁹ I takt hermed mister aftalen sin centrale placering for fastlæggelsen af retsforholdet mellem parterne.

Nedtoningen af det traditionelle partsrelaterede udgangspunkt fremhæves også ofte i *amerikansk Contract Law* som karakteristisk for den nyere udvikling, jf. således *Lawrence M. Friedmann* (1972), p. 159, hvorefter moderne Contract Law »... is becoming increasingly institutionalized ... This is another way of saying that public law now vitally affects and modifies the law of contract« og *Schreiber*: »The important story, for the twentieth century history of contract, is that 'developments in public policy ... systematically robbed contract of its subject matter'.«³⁰

Den samme udvikling kendetegner *engelsk* ret, idet udgangspunktet dér dog har været noget forskelligt fra det amerikanske, idet de engelske domstole traditionelt har været meget tilbageholdende med at vurdere aftalers indholdsmæssige »rimelighed« (»substantial fairness«). Man har i stedet koncentreret bedømmelsen af omstændighederne i forbindelse med aftaleindgåelsen (»procedural fairness«) og, dersom alt var i orden i så henseende, gennemført aftalen efter sin ordlyd (medmindre der forelå fraud, duress eller andre åbenbart urimelige forhold). Denne tilbageholdende indstilling er under afvikling, hvilket ledte *Ibbetson* (1999), p. 261, til følgende konklusion: »... by the end of the twentieth century the Will Theory had been severely compromised. No longer could it be said without considerable qualifications that contract law was based on the assumption that effect should be given to the agreement of the parties.«

27. *Gomard* (1996), p. 15, noterer, at der »også i nutiden består der en udbredt kontraktfrihed«

28. *Hellner* (1997b), p. 363f.

29. *Knoph* (1927), p. 1025.

30. *Schreiber* (1998), p. 153-154 m.henvs. til *Kevin M. Teeven*. Se også *Eisenberg* (1984), p. 1167 om begrundelse for »The Responsive Model of Contract Law«. *Leff* anbefalede i bogen »Contract As Thing« (1970), især, p. 144ff., at det masseproducerede produkts *aftaler* behandles på samme måde som produktet selv med bl.a. lovregler angående »farlige« egenskaber.

2. Obligationsrettens form

2.1. Det klassiske udgangspunkt:

»Obligationsrettens almindelige del«

Et andet karakteristikum for kontraktsrettens klassiske periode er systembygningen og udviklingen af den (rets)videnskabelige kontraktsret.³¹ Den centrale systematiker i dansk obligationsret er *Julius Lassen*, hvis »Haandbog i Obligationsrettens Almindelige Del« udkom første gang i 1892³² (3. udgaven – »Obligationsretten – almindelig Del« – udkom i 1917-1920). *Julius Lassens* »Almindelig del« fik en stormende velkomst og havde straks stor gennemslagskraft med »Betydning næsten som en Lovbog«. ³³ En væsentlig del af bogens succes skyldtes, at den opfyldte et retligt tomrum som følge af manglende lovgivning på det formueretlige område.³⁴ *Julius Lassen* leverede dette overblik i form af en samlet og systematiseret fremstilling, idet han yderligere – og som noget nyt – inddrog dansk retspraksis, således at fremstillingen kunne siges at udtrykke gældende ret med stor styrke.³⁵

I sin afskedsforelæsning beskrev *Julius Lassen* sin arbejdsmetode således:

»Det Stof, jeg ... havde samlet, maatte jeg selvfølgelig bearbejde. For det første – i saa Henseende hentede jeg, næst fra mine udmærkede Lærere *Aagesen* og *Goos*, navnlig min Belæring fra den tyske Retsvidenskab – maatte jeg bringe Stoffet i systematisk Orden, til Sammenfattelse af det som en Helhed, og til den

31. I Tyskland fik obligationsretten sit monument med BGB, som trådte i kraft den 1.1.1900. Den centrale skikkelse ved formuleringen af den videnskabelige amerikanske Contract Law er *Christopher Columbus Langdell*, som i 1871 udgav »A Selection of Cases on the Law of Contract«. Også for engelsk ret fremhæves 1880-erne af *Atiyah* som Contract Laws blomstringstid.

32. En første »Kort Fremstilling af den danske Obligationsret« udkom i 1883, 3. udgave i 1887. Første udgave af »Obligationsrettens Specielle Del« udkom i 1897.

33. *Bentzon* (1883), p. 104-105.

34. *Bentzon* (1883), p. 99.

35. Se *Julius Lassen* (1918), p. 17, hvorefter opgaven med fremstillingen bestod i at levere »... en Fremstilling af den gældende danske Ret, en saavidt mulig paalidelig Oplysning om, hvad det er for Retssætninger, der virkelig leves paa i det danske Samfund ... Opgaven var for saavidt nærmest en historisk. Lovstof var der jo paa mit Omraade ikke meget af. Jeg gik den Vej – jeg havde dengang embedsmæssigt ikke andet at gøre end af besørge de pligtmæssige Forelæsninger og Øvelser, og Studenternes Antal var ikke stort, saa jeg havde megen Tid til min Raadighed – at ekstrahere og rubricere de danske Domme, som forelaa i Domsamlingerne. Undertiden maatte jeg gaa bagved disse og granske i Retsprotokollerne. Omtrent 3 Aar regner jeg, at dette Arbejde varede.«

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

enkelte Regels Belysning maatte jeg søge at anbringe Retsreglerne paa deres rette Plads, under iagttagelse af deres reale Grunde og deres Indførelse under de almindelige Grundsætninger, som de var Udslag af.«³⁶

Midlerne er induktion og deduktion. Gennem iagttagelsen af virkeligheden – afgørelser, regler osv. – induceres hovedregler. Fra disse regler deduceres løsningen af nye konflikter. Metoden kaldes den »konstruktive metode« og er således kendetegnet ved sin *vertikale* karakter: Løsningen på retlige spørgsmål skal søges inden for – under – den ramme, som hovedreglerne danner (via deduktion). Hovedreglerne opsamles og bearbejdes i den »almindelige del«, hvor man finder »de regler, der gælder for skyldforhold i almindelighed eller dog for vigtigere grupper af dem«. ³⁷ Særreglerne bearbejdes i den »specielle del« (køb, leje, fragt m.v.). Forfatteren er den objektive betragter (videnskabsmanden), ³⁸ der søger at ordne og systematisere retten i grene og familier, hovedregler og undtagelser; »en Begrebernes Stamtavle«. ³⁹ Den almindelige del er et produkt af videnskabens laboratoriearbejde; et »kunstprodukt« med Gomards udtryk. ⁴⁰ Konstruktivismen – opstillingen af lovmæssigheder gennem iagttagelsen af virkeligheden – hviler således på det samme videnskabsmæssige fundament som naturvidenskaben, og heri lå der en pointe af stor ideologisk betydning. I kraft af den konstruktive metode indtog juraen sin plads blandt videnskaberne. ⁴¹

36. Julius Lassen (1918), p. 18. Se også Hagerup (1888), p. 27.

37. Ussing (1967), p. 9.

38. Julius Lassen (1918), p. 18: »... jeg søgte at løse Opgaven saa objektivt historisk som muligt, og at holde mig selv tilbage. Og det ærgrede mig undertiden, naar juridiske Forfattere, der omtalte mit Arbejde, talte om hvad 'Jul. Lassen mener'; jeg saa hellere, at de talte om, hvad jeg havde oplyst om gældende dansk Ret. Men helt holde mig tilbage kunde jeg naturligvis ikke. Der var selvfølgelig Huller i det fundne Stof. Her maatte jeg udfylde, men jeg søgte stedse at foretage denne Udfyldning i Konsekvens med det fundne. Undertiden viste der sig i fundne Retssætninger bristende Logik og Inkonsekvenser. Her maatte jeg søge at udjævne. Og navnlig maatte jeg gøre min egen Opfattelse gældende paa Punkter, hvor det, der anerkendtes som gældende Ret, forekom mig uretsindigt, forekom mig, at føre ind paa Retsafgørelser, som en retsindig Dommer maatte kvie sig ved at træffe. Der maatte jeg tage fat og enten søge at oplyse om, at Lovgivningen var misforstaaet, eller trænge paa med Krav om Retsforandring.«

39. Hagerup (1888), p. 38 med henvs. til Jhering.

40. Gomard (1979), p. 86.

41. Bentzon (1883), p. 100: »Kun naar Videnskaben har gennemarbejdet hele Retsstoffet, har paavist de ledende Principper og afgjørende praktiske Hensyn, og endelig ved sin Systematik har sammenstillet det Ensartede og udsondret det Forskjelli-

2. Obligationsrettens form

I retskildemæssig og metodisk henseende kunne man som følge af reglernes principielle udspring (induktionsgrundlaget) i præjudikater, lovgivning, litteratur m.v. påstå, at de almindelige principper som destillatet af de øvrige retskilder måtte rangere »højere« end disse øvrige. Man kunne dernæst påstå, at der forelå en metodisk eller retskildemæssig forpligtelse til at anvende den almindelig regel eller følge den almindelige metode. Noget sådant må i dag afvises. Alle retskilder er lige, jf. herom i det følgende, og almindelige formueretlige principper har, som påpeget af Gomard (1979), p. 82, ikke »grundlovskarakter«.

Videnskabeligheden og den vertikale tænkning udgør et fællestræk for den klassiske kontraktsret, herunder *anglo-amerikansk Contract Law*.⁴² Lawrence M. Friedman har i den forbindelse beskrevet udgangspunktet for klassisk amerikansk ret således:

»The 'pure' law of contract is an area of what we can call abstract relationships. 'Pure' contract doctrine is blind to details of subject matter and person. It does not ask who buys and who sells, and what is bought and sold.«⁴³

Den retssystematiske bearbejdelse indebærer en almengørelse af det centrale princip om, at aftaler skal holdes, hvilket princip gælder uanset, hvem der sælger og hvad der sælges. I takt med, at det i kraft af den øgede regulering får større betydning, hvem der sælger og køber (f.eks.

gartede – kun da kan det opnaas, at Praktikere, som staa overfor Løsninger af de isolerede Retstilfælde, faa Ensartethed i deres mange Enkeltafgjørelser, den Ensartethed, som er betingende for, at Retsplejen bliver Velgjørende for Samfundet.« Se også Hagerup (1888), p. 19ff., især 23f. og 38f. med henvisning til *von Savigny*: »At udfinde de ledende Grundsætninger og udgaaende fra dem at finde de juridiske Begrebers og Sætningers Sammenhæng og Arten af deres Slægtskab, hører til vor Videnskabs vanskeligste Opgaver, ja er egentlig det, der giver vort Arbejde dets videnskabelige Karakter« (p. 21). Se også Wolf (1983), p. 242 (i anledning af forslaget til ændring af BGB): »Die Anerkennung eines logisch geschlossenen Systems – ein anders gibt es nicht – ist das notwendige Merkmal jeder Wissenschaft einschließlich des Rechtswissenschaft.«

42. Nærmere Eisenberg (1984), p. 1108f. Posner (1990), p. 14-15, beskriver metoden hos »the American legal formalists« (personificeret ved Langdell) således: »On one level the formalists were Platonists, believing that there existed a handful of permanent, unchanging, indispensable principles of law imperfectly embodied in the many thousands of published judicial opinions, and that the goal of legal reasoning was to penetrate the opinion to the principles ... On another – more interesting but not sharply distinct – level the formalists had reconceived law as an inductive science ... The reports of appellate decisions were the data from which the principles of the common law could be inferred ...« Forholdet mellem det individualistiske udgangspunkt for kontraktsretten og den retlige formalisme, som fulget af Contract Law-systemet, drøftes af Atiyah (1979), p. 459.

43. Friedman (1965), p. 20.

forbruger køb), hvad der sælges (f.eks. farlige produkter), og på hvilke vilkår købet finder sted (f.eks. »good faith and fair dealing«), bliver det stadigt vanskeligere at opretholde de traditionelle abstraktioner og aftalens centrale placering.

De konkrete udslag af det fælles videnskabsideal varierer fra system til system. I *Tyskland* udgjorde BGB kulminationen på videnskabeligheden i form af formuerettens kodifikation i en samlet, altomfattende lovbog. BGB markerede ikke blot det 20. århundredes begyndelse, retsvidenskabens succes og Tysklands samling (1871).⁴⁴ Loven står også som monument over en samfundsudvikling: »[BGB ist] mehr Endprodukt des 19. als Auftakt des 20. Jahrhunderts« lyder et ofte brugt citat om BGB.⁴⁵

2.1.1. Særligt om udviklingen i Danmark og Norden

For traditionel dansk obligationsret har den tyske påvirkning været drivkraften. Den tyske påvirkning af formueretten – den historiske skole og *von Savigny* – går tilbage til dansk retsvidenskabs fader *A.S. Ørsted*⁴⁶ og omfatter den følgende generation af formueretlige teoretikere – *Evaldsen*, *Goos*, *Nils Lassen* og *Aagesen*.⁴⁷ *Julius Lassen* trådte således ind

44. I 1870-erne indledtes arbejdet med kodificeringen af hele den tyske privatret. Det første forslag til lovbog fremkom i 1874. Forslaget blev kritiseret voldsomt bl.a. på grund af den formelle struktur. I 1896 blev 2. – stort set uændrede – forslag vedtaget. BGB trådte i kraft den 1. januar 1900. Se *Zweigert & Kötz* (1998), p. 142. BGB blev navnlig kritiseret for sin teoretiske tilgang, som ikke tilbød et tilstrækkelig livsnært fundament for lovbogen. Disse temaer er fortsat centrale, jf. således *Säcker* i *Münchener Kommentar*, BGB §§ 1-240 Einleitung, Rdn. 18, der betegner BGB som »eines geschlossenen wissenschaftlichen Rechtssystem« kendetegnet ved anvendelse af abstrakte begreber og formelle kategorier og inddelinger og *Hübner* (1985), p. 43, der beskriver loven som »... einer hochrationalisierten rechtswissenschaftlichen Methodik« båret af »eine mathematisch-rationalistische Denkweise«.

45. *Zweigert & Kötz* (1998), p. 148.

46. *Tamm* (1982), især p. 45ff. og (1996), p. 283ff. og *Høiland* (1998), p. 55ff.

47. Se *A.C. Evaldsens* litograferede forelæsningsnoter »Dansk Obligationsret – almindelig Del« (1874-75) og »Obligationsrettens specielle Del« (udateret, er udgivet efter den »almindelige del«). *Aagesen*: »Indledning til den Danske Formueret« udgivet posthumt i 1881 (v. *A.C. Evaldsen* og *C. Goos*). Fra tidligere dansk ret bemærkes i øvrigt *G.W. Grams* »Den danske Formueret« bd. 1 (»Læren om Fordringsretsforholdene eller de obligatoriske Retsforhold«, 1860) og 2 (»Om de enkelte Fordringsretsforhold i Særdeleshed«, 1864) og *Niels Lassens* disputats »Villien som Forpligtelsesgrund – Bidrag til Løsningen af et brændende Spørgsmaal i Formueretten« (1874). *J.E. Larsen*, »Privatrethlige Foredrag II – Forelæsninger over den danske Obligationsret« (1858) afgrænser emnet for obligationsretten og skærer navnlig familieretten og arveretten fra.

i en fast tradition, idet han med sin Obligationsretten udbyggede slægtskabet til tysk ret i henseende navnlig til den teoretiske bearbejdelse og systematisering af stoffet.⁴⁸ Som den vigtigste direkte inspirator for Julius Lassen nævnes gerne *Bernhard Windscheid*, hvis »Lehrbuch des Pandektenrechts« udkom første gang i 1863 (2. udg. 1906).⁴⁹

Windscheid fremholdes almindeligvis som indbegrebet af tysk begrebsjurisprudens, jf. således *Stang*, der betegnede *Windscheids* hovedværk som »dette uhyggelige arbeid som fremstiller den daværende tyskeromerske rett i en slags dødsstivhet«.⁵⁰ For nordisk ret har det i den forbindelse en vis betydning, at retsudviklingen i *Norge* – hvor tysk retsvidenskab efter *Hagerups* artikel fra 1888 stod særlig stærkt – især blev præget af (den ældre) *Jhering* (»interessejurisprudencen«⁵¹), jf. herved *Knoph* (1927), som indleder med det berømte *Jhering* citat: »Der Schöpfung ist der Schöpfer des ganzen Rechts.« Det er da også karakteristisk for klassisk norsk ret i modsætning til dansk ret, at diskussionerne og redegørelserne dér føres med langt større lydhørhed over for samfundsmæssige og internationale strømninger, jf. således *Stang*, som understregede *Julius Lassens* systemtænkning og – i relation til Aftl § 33 – bemærkede, at »han [*Julius Lassen*] motsatte sig alt, som gikk utenfor hans kategorier ...«⁵², og *Knophs* bemærkninger om trustlovens⁵³ betydning for det retlige system i artiklen fra 1927: »Det forekommer mig klart at det er trustlo-

48. *Julius Lassen* (1917-20), p. 23f. fremhæver også bl.a. engelsk ret som en inspirationskilde, men også de engelske forfattere, han nævner, beskriver *Tamm* (1982), p. 47, som præget af tysk ret. Se også *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 12f. og *Ibbetson* (1999), p. 220f., som dog navnlig fremhæver den franske jurist *Robert-Joseph Pothier*, som den primære inspirationskilde for engelsk ret omkring 1800.

49. *Tamm* (1996), p. 291, kalder ligefrem *Julius Lassens* bog for »et dansk sidestykke« til *Windscheids* »Lehrbuch des Pandektenrechts«. Se også *Iuul* (1970), p. 112. En god oversigt over udviklingen i tysk ret herunder om pandekterne giver *Dawson* (1968), p. 450ff., som endvidere, a.st., p. 461ff. beskriver den store rolle, som domstolene via generalklausulerne har spillet for den tyske retsudvikling, hvilket har bibragt BGB-systemet den nødvendige smidighed til at bestå igennem to verdenskrige og 1920-ernes hyperinflation (se især den klassiske dom, RGZ 107, 1923.78). *Zweigert & Kötz* (1998), p. 150 beskriver virkningen af § 242 som en »'moralization' of contractual relations«. *Gordley* (2000), p. 116 påpeger, hvorledes generalklausulerne i BGB (§ 242) slet ikke var tænkt at skulle indeholde et princip af betydning for en vurdering af aftalers indhold, men blot en fortolkningsregel.

50. *Stang* (1942), p. 21.

51. Nærmere herom *Ross* (1934), p. 174f.

52. *Stang* (1942), p. 41.

53. Lov om kontroll med konkurranseinskrenkninger og om prismisbrug af 12.3.1926.

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

ven og ikke avtalelovens regler som i særlig grad er karakteristisk for vår tid og for den rettsutvikling vi står midt opppe i.«⁵⁴

Receperingen i nordisk ret i 1800-tallet af den tyske retsvidenskab forløb således noget uensartet med Danmark og Norge præget af tysk retsvidenskab på den ene side («Vestnorden») og Sverige og Finland («Østnorden») på den anden side.⁵⁵ I Sverige udvikledes ikke en almindelig del i den danske og norske forstand, idet *Almens* kommentarer til Købeloven (1906-1908) og Aftaleloven (1916) udgjorde grundlaget for retsudviklingen.

Et fællesnordisk retsgrundlag på obligationsrettens område opstod i forbindelse med de store fællesnordiske formueretslove – Købeloven, Aftaleloven, og Kommissionsloven – som medførte en form for kodifikation.⁵⁶ På trods heraf bør man altid være forsigtig med at fremkomme med udtalelser, der omfatter hele Norden.⁵⁷ Fra den seneste udvikling henvises herved navnlig til retsudviklingen inden for *køberetten*, hvor Danmark som det eneste land i Norden har bevaret den klassiske Købelov (1906-loven) for indenlandsk køb. I det øvrige nordiske lande er de køberetlige regler formuleret over CISG,⁵⁸ idet en ganske omfattende lovgivning i især Norge («kontrolansvaret») derved har tilvejebragt et lovgivningsmæssigt grundlag for diskussionen af en almindelig del på området for misligholdelse, som ikke er til stede i dansk ret.

54. Knoph (1927), p. 1037.

55. Stang (1935), p. 153 og Hagstrøm (1999), 143ff.

56. Også i nordisk ret spørgte tankerne om en egentlig kodifikation, uden at dette dog udmøntede sig i fælles lovbøger à la BGB eller Code Civil. Julius Lassen anbefalede dog en fælles nordisk kodifikation af formueretten i 1899, men tanken fængede ikke i, jf. nærmere Julius Lassen (1919), p. 231ff. og H. Tamm (1972), p. 195ff. om kodifikationstankernes behandling på de nordiske juristmøder, herunder med henvisning til Julius Lassens festtale ved Københavns Universitets reformationsfest 16.11.1899. Samme sted omtales Fr. Vinding Kruses »udkast til en fælles nordisk lovbog« af 1948 (2. udg. i 1962). Et andet samlende moment var *Juriststævnerne*, hvor første møde blev afholdt i København i 1872. Se herom H. Tamm (1972), p. 11ff., der som baggrund for møderne fremhæver dels den nordiske bevægelse fra midten af 1800-tallet (skandinavismen), dels inspirationen fra Tyskland, hvor man siden 1860 havde afholdt regelmæssige juristmøder. Se også Modéer (1996), p. 157f. Et emne på det første møde var »Overensstemmelse i de nordiske Rigers Veksellovgivning bør søges gennemført«. Et andet emne var i øvrigt »Om den litterære og kunstneriske Ejendomsret«.

57. Se også Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker (red.) »Good Faith in European Contract Law« (2000), hvor Danmark og Norge («the West Nordic countries») behandles samlet, mens Sverige behandles for sig.

58. Se nærmere Lando (2000b), især p. 110ff.

2.2. Nutiden: Hensynsafvejning og kontraktsrettens værdier

I takt med, at de almindelige løsninger fortrænges af specialregulering m.v., som medfører individualiserede løsninger på baggrund af almene hensyn så som aftalens type og parternes beskaffenhed, bliver det stadig vanskeligere at operere med hovedregler i den traditionelle betydning (*Lassen/Ussing*). Med objektivering og standardisering følger således også en rettens specialisering og »civilrättens splittring« (*Bengtsson* (1991)). Specialiseringens betydning øges i den forbindelse af, at reglerne i stigende grad formuleres uden udgangspunkt i dansk ret, men i bl.a. EU og FN. Herved bliver stadig flere regler inden for obligationsrettens område af fremmed herkomst, hvilket yderligere forøger vanskelighederne med at opstille en samlet, national ramme for reglernes bearbejdelse.

En række forfattere anbefaler, at man på den baggrund opgiver den traditionelle almindelige del, jf. således allerede *Stig Jørgensen*, som i 1966 noterede, at det i en højt udviklet og specialiseret verden er vanskeligt at opretholde den almindelige dels abstraktioner: »Der synes ikke længere at være megen plads for en formuerettens eller endog obligationsrettens Almindelige Del i denne nye Verden.«⁵⁹ Alternative modeller er da også foreslået. *Knut Rodhe* kritiserede i »Obligationsrätt« (1956) både den traditionelle fremstilling af obligationsretten og opstillet ny systematik, hvor fokus skulle rettes mod de fælles *problemer* frem for – som i den »almindelige del« – de fælles løsninger (hovedregler).⁶⁰ En omfattende og principiel debat af berettigelsen af »obligationsrettens almindelig del« fandt sted i forbindelse med udgivelsen i 1966 af *Arnholms »Privatrett III – Almindelig obligationsret«* (2. reviderede udgave i 1974). *Bengtsson*, *A. Vinding Kruse* og *Rodhe* var alle enige om at afvise en almindelig fremstilling i den traditionelle, tyske aftapning.⁶¹

59. *Stig Jørgensen* (1966), p. 618.

60. Den svenske diskussion sammenfattes af *Hellner* (1996a), p. 23, således: »Det viktigaste allmänna problem som här uppstår rör det mått av *saklig och begreppsmässig enhetlighet* som kan råda mellan olika förpliktelser och påföljer i kontraktsrätten. Ett genomgående tema i denna framställning blir, tyvärr, att det brister åtskilligt i denna enhetlighet i svensk rätt och att därigenom generella principer ofta inte kan påvisas. Detta spelar kanske mindre roll vid tillämpning av en särskild lag, men det blir desto mera betydelsefullt för avtal som inte berörs av lagstiftning och för överblicken över kontraktsrätten som helhet. Från saklig syns punkt förefaller olikheterna ofta slumpmässiga.« Se også *samme* (1997a), p. 181 og (1997b), p. 363 og 369f. og *Agell* (1997), p. 59.

61. Hhv. TfR 1975.98-107 (anmeldelse af 1974-udgaven), TfR 1967.19-24 og SvJT 1971.173-188. *Bengtsson* og *Vinding Kruse* fremhævede, at den almindelige del kan have en vis pædagogisk værdi, men at opfattelsen af hovedregler som hjælp ved

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

Ser man på den seneste udvikling, er billedet til dels noget broget. Lærebogen i faget obligationsret ved Københavns Universitet hedder i dag blot »Lærebog i obligationsret« (Bryde Andersen & Lookofsky); og netop ikke »obligationsrettens 'almindelige del'«. Den tidligere anvendte lærebog i faget (Gomards »Obligationsret«) var heller ikke »almindelig«. ⁶² Den seneste »almindelige del« er således Ussings, hvis 4. og sidste udgave udkom i 1967 (ved Anders Vinding Kruse). Set ud fra en vis betragtning er den almindelige del således død, jf. herved Gilmores »Death of Contract« (herom straks i det følgende). Det ville dog være noget overilet at udstede en egentlig dødsformodningsdom over den almindelige del, som dels påberåbes i litteraturen – senest navnlig Peter Mortensen⁶³ – dels udgør rygraden i faget obligationsret.

Der er på den anden side ingen tvivl om, at obligationsretten har ændret afgørende karakter i løbet af de senere år. Hos Bryde Andersen & Lookofsky – i Lærebog i Obligationsret – anføres, at obligationsrettens »almindelige« reglers almindelige karakter »udspringer af, at de har rod i basale hensynsafvejninger og argumentationsmønstre, og at de gælder ligeså langt disse betragtninger har relevans i det enkelte retsforhold«. ⁶⁴

deduktionen af løsninger inden for nye, retstomme områder var forældet på grund af den stadige specialisering.

62. Gomard (1994), p. 9, angiver hovedpunkterne i det program, som »Obligationsret« bygger på, således: »at give et overblik over obligationsretten ... at gøre rede for retskilderne på området, navnlig regler af generel karakter i lovgivning og retspraksis som har betydning mellem erhvervsdrivende eller i kunderelationer, samt at illustrere samspillet mellem forskellige regler«.
63. Mortensen (1999), p. 122: »... aftaler om forpagtning [kan] være et eksempel på, at der er behov for – eller at det i hvert fald er hensigtsmæssigt at have – en »obligationsrettens almindelige del«. I det omfang, der ikke er lovregler, aftaler eller praksis, er udgangspunktet for at fastlægge retsstillingen de retsgrundsætninger om inter partes-forholdet i vedvarende kontraktsforhold, som indeholdes i obligationsrettens almindelige del.«
64. Bryde Andersen & Lookofsky (2000) p. 19. A.st., p. 19f., anfører som eksempel på et »almindeligt« princip den metodiske indfaldsvinkel, der generelt anvendes til at finde frem til, hvad den forpligtedes løfte til den berettigede indebærer, herunder 1) retsgrundlaget (er der en gyldig aftale), 2) ydelsen (fortolkning og udfyldning af aftalen) og 3) opfyldelse eller beføjelser. Som endnu mere »almene« problemkredse noteres derpå, a.st., p. 20ff., regler om kreditor- og debitorskifte, om ophør og om solidariske skyldforhold. Som indeholdt i obligationsrettens »specielle del« angives bl.a. reglerne i Kbl [jf. dog, a.st., p. 23], Fal og Pakkerejseloven, samt »... de obligationsretlige spørgsmål, der opstår i forbindelse med de mange kontraktstyper, der ikke direkte reguleres ved nogen skreven lov ...«.

Se i samme forbindelse *Bryde Andersen*,⁶⁵ som til den »almindelige del« vil henføre udviklingen af *basal hensynslære*, »der begrunder aftalens forpligtende kraft, og som derfor rummer kimen til de argumentationsmønstre, der udfolder sig i de enkelte formueretlige delområder«. ⁶⁶ Herfra er der ganske langt til den »begrebernes stamtavle«, som udgør målet for den klassiske obligationsret (*Lassen/Ussing*).

Også i fremmed ret diskuteres kontrakts- og obligationsrettens form. Diskussionen har i den forbindelse været særligt markant i *amerikansk ret*, hvor *Gilmore* i 1974 erklærede Contract Law som beskrevet hos *Friedman* (2.1) for at være død (»Death of Contract«): »We are told that Contract, like God, is dead. And so it is«. ⁶⁷ Rygterne om kontraktsrettens død har siden vist sig noget overdrevne⁶⁸ – *Farnsworth* (1992) erklærede den for ikkedød – men der er udbredt enighed om, at de klassiske Contract Law positioner er under pres (»objektiveringen«), og at dette også påvirker Contract Law-systemet som sådant. I takt med, at det i stigende grad har betydning, *hvem* der køber og sælger og *hvad* der købes og sælges, bliver det stadig vanskeligere at opstille en kontraktsretlig model for den retlige regulering, som tager udgangspunkt i aftalen og parternes vilje.⁶⁹ Medvirkende til den omfattende amerikanske diskus-

65. *Bryde Andersen* (1997), p. 3: »... at fastholde en »almindelig del« i traditionel betydning er nærmest blevet umuligt p.g.a. den formueretlige lovgivningstradition, der efterhånden er dannet ved implementering af EU's direktiver på formuerettens – og herunder navnlig forbrugerrettens – område. Vore gamle formueretslove (aftaleloven, købeloven, gældsbrevsloven m.v.) udsprang af grundige kommissionsforarbejder. Det gør EU-direktiverne ikke.« Se også, a.st., p. 47: »Vanskelighederne med at fastholde fundamentale tankesæt taler for, at man i dag bør sætte parantesen for, hvad der er obligationsrettens 'almindelige del' langt tidligere, end der har været tradition for i dansk formueret. Til støtte herfor taler også, at de hidtidige sontringer ikke har fæstnet sig med en sådan sikkerhed, at fordelene ved at opbygge de almindelige regler har stået mål med anstrengelserne.«

66. *Bryde Andersen* (1997), p. 47. På baggrund heraf udvikles principperne for den »aftaleretlige argumentation«. Som momenter i den samlede »hensynsafvejning« nævnes bl.a. traditionelle partsrelaterede hensyn (vilje og forventning) og almene samfundsmæssige hensyn (bl.a. retsøkonomiske, sociale og loyalitetsmæssige).

67. *Gilmore* (1974), p. 1.

68. *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 24, fn. 17, bemærker lakonisk: »In his entertaining book *The Death of Contract* Professor Grant Gilmore argues that in American law, general contract theory was an invention of the Harvard Law School. Professor Gilmore held a Chair at Yale.«

69. Se nærmere *Eisenberg* (1984), p. 1107f. og 1165ff.

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

sion har også været retsøkonomiens store betydning for den amerikanske ret.

Se fra tysk ret Reichold (1993), p. 82, der beskriver udviklingen således: »Die alte Freiheit des liberalen Rechtsstaats war Freiheit vom Staat ... kurz: die Freiheit des Sacheigentümers, 'für sich allein' zu bleiben ... Die neue Freiheit des sozialen Rechtsstaats ist eine deutlicher durch Staat vermittelte Freiheit ... kurz: die Freiheit 'durch Geselligkeit'.«

Som følge af den manglende oplevelse af en »indre« sammenhæng i kontraktsretten kan det ikke overraske, at et karakteristisk træk ved den nyere litteratur er en søgen efter mere *almene kontraktsretlige værdier*. Taxell nævnes som »avtalsrättens baggrundsfaktorer« demokrati, grundrettigheder, moral, velfærd, retsstat og markedsøkonomi.⁷⁰ Særligt i tysk ret har demokratibegrebet og – mere alment – forfatningens grundrettigheder haft stor konkret betydning for kontraktsretten, og der foreligger bl.a. en række domme fra den tyske forfatningsdomstol om kontraktsretlige emner. Den forfatningsmæssige forankring har medført, at socialstatstanken i tysk ret har fået et særligt bid, som ikke kendes i nordisk ret, jf. senest Jörg Neuners monografi »Privatrecht und Sozialstaat« (1999),⁷¹ men tendensen til en øget inddragelse af grundrettigheder er helt almen, se således fra dansk ret Caroline Heide-Jørgensens afhandling »Liberale erhverv« (2000) om grundrettighedernes betydning for den almene erhvervsmæssige regulering.⁷² Med udgangspunkt i *velfærdsstaten* er et egentligt program for en ny kontraktsret foreslået af (bl.a.) finske Thomas Wilhelmsson, som i monografien »Social Civilrätt« (1987) formulerede det grundlæggende spørgsmål således: »... i vilken grad kan man

70. Taxell (1997), kapitel 2. Disse faktorer er uden direkte betydning ved løsningen af konkrete retsspørgsmål, men giver også en vis almen vejledning, jf. a.st., p. 32f. Som de centrale almene »aftaleprincipper« anføres aftalefrihed, princippet om aftalers bindende kraft og beskyttelsesprincippet, a.st., p. 34ff. Se også, a.st., p. 66, hvor den beskyttelse af den svage aftalepart, som indgår i det almindelige princip om loyalitet, henføres til »demokratins jämlikhetstanke«.

71. Se for en oversigt Reichold (1993), p. 67 og 68ff. og om immaterialretten særligt Leinemann (1998) (»Die Sozialbindung des 'Geistigen Eigentums'«).

72. Heide-Jørgensen (2000) definerer, p. 31, »grundrettigheder« som »... et samleudtryk for de forfatningsretlige og menneskeretlige regler om erhvervsfrihed, foreningsfrihed og reklame [kommerciel ytringsfrihed]«. A.st., p. 71 opstilles den tese – som siden bekræftes – at »grundrettigheder og konkurrenceret har samme reale virkning for de liberale erhverv, idet resultatet af anvendelsen af de to regelsæt fører i samme retning«. Se i samme forbindelse Retsvidenskabeligt Institut Bs Årsskrift »Grundrettigheder« (2000).

ersätta den traditionella kontrakträttens *autonomi* med socialrättens *solidaritet* då man bygger upp kontrakträttens *allmänna läror*?⁷³ Den sociale civilret har givet anledning til en vis diskussion – senest *Madell*⁷⁴ – og det forekommer da også ganske tvivlsomt, om solidaritet kan siges at udgøre det naturlige arkimediske punkt for kontraktsretten. For f.eks. aftaler mellem erhvervsdrivende har andre forhold end de sociale betydning, bl.a. hensynet til den effektive konkurrence. Sådanne aftaler står til gengæld centralt i *retsøkonomien*, som fremhæver aftalens betydning som middel til en effektiv fordeling af samfundets ressourcer. Det karakteristiske for den retsøkonomiske kontraktsopfattelse er således – som i den »sociale civilret« – opfattelsen af aftalens betydning som middel (*instrument*) til opnåelse af et alment samfundsgode, der i retsøkonomien identificeres med en effektiv ressourcefordeling.⁷⁵ Som en sidste almen værdi kan nævnes opfattelsen af kontrakts- og obligationsrettens øgede rolle som redskaber til *konfliktforebyggelse*. Denne opfattelse er navnlig fremtrædende inden for de amerikanske bevægelser »Relational Law« (*MacNeil*) og »Responsive Law« (*Eisenberg*),⁷⁶ hvor behovet for en smidig tilpasning af aftalevilkår understreges. Også *Grönfors* – »aftaler skal gennemføres«⁷⁷ – indgår i denne strømning.

Henvisningerne til retfærdighed, demokrati, ytrings- og erhvervsfrihed, solidaritet og effektivitet m.v. er udtryk for en *instrumentalistisk* opfattelse af aftalen.⁷⁸ Aftalen opfattes som en del af det bredere erhvervsmæssige mønster, idet den retlige regulering indrettes med henblik på realiseringen af disse almene hensyn. Aftaler skal ikke længere blot

73. *Wilhelmsson* (1987), p. 46. Som konkrete konsekvenser af dette drøftes bl.a. anerkendelse af »social force majeure« i tilfælde af f.eks. sygdom, arbejdsløshed eller skilsmisse, a.st., p. 184ff.

74. *Madell* (1998), p. 90ff. og 118ff. Se også *Sandgren* (1992/I og II) og (1993). *Stridbeck* (1992) anlægger en socialcivilretlig synsvinkel på aftaler om levering af elektricitet til forbrugere, se især p. 303ff.

75. Se nærmere *Raaschou-Nielsen & Juul Foss* (1997), p. 16 om »markedssvigt«, hvorefter en retsøkonomisk betragtning kan føre til, at man må anbefale statslige indgreb med henblik på at etablere grundlaget for en effektiv aftaletransaktion (bl.a. i tilfælde af »ufuldkommen information«). Effektivitet i retsøkonomisk forstand er således ikke (altid) ensbetydende med et fravær af regler.

76. Der har været fremsat en række modeller for en ny basis for Contract law i amerikansk ret. Se en god oversigt over den omfattende amerikanske diskussion hos *Hillman* (1997).

77. *Grönfors* (1995b), p. 23.

78. Se hertil også om kontraktsrettens »tingsliggørelse« *Leff* (1970) (»Contract As Thing«).

Kap. 2. Udviklingslinjer i obligationsretten ...

»holdes«. De skal »gennemføres« og »virke«. Og de skal virke i samfundets interesse. Perspektivet bag aftaleretten forskydes herved fra aftalen til de almene hensyn.

3. Delkonklusion: Fra kontrakt til status

På baggrund af ovenstående kan den *klassiske* kontraktsrets udgangspunkt beskrives på følgende måde: Kontraktsrettens regler og principper er formuleret med udgangspunkt i en subjektivistisk og partsorienteret opfattelse af aftalefriheden med aftalen som det absolutte omdrejningspunkt. De centrale begreber er partsautonomi, princippet om at aftaler skal holdes, partsviljen, partsforventningen og ligevægt (på partsniveauet). Kravet til retsordenen er, at staten skal lade parterne være i fred og sikre, at indgåede forpligtelser honoreres: »Frihed fra stat«. Kontraktsrettens primære opgave består i at sikre, at aftaler holdes, dvs. at aftaler gennemføres i overensstemmelse med deres indhold og parternes vilje. Kontraktsrettens form er i denne klassiske model præget af idealet om et lukket system karakteriseret ved indre og ydre sammenhæng. Den almindelige del sikrer konsistens i kraft af hovedreglerne, idet det forudsættes, at hovedreglerne almindeligvis anvendes ved udformningen af nye løsninger. Retsanvendelsen beror på en vertikal opfattelse – deduktion og induktion.

Nutidens udgangspunkt er helt forskelligt herfra. Det er i stigende grad eksterne hensyn, som har betydning for vurderingen af, om der foreligger en forpligtelse og for forpligtelsens indhold. Parternes subjektive forhold udgør ikke længere kontraktsrettens naturlige omdrejningspunkt. Aftalens betydning for fastlæggelsen af retsforholdet mellem parterne aftager. I stedet har aftaletypen og parternes beskaffenhed fået større betydning. Aftalen skal »virke«, og den skal virke til gavn for samfundet, idet den medvirker til at sikre, at de almene hensyn, som er forbundet med den pågældende aftaletype, gennemføres. I takt med, at de eksterne forhold får øget betydning og den retlige vurdering i stigende grad specialiseres, øges vanskelighederne med opstillingen af en rent kontrakts- og obligationsretlig referenceramme.

4. Statusbegrebet

Nutidens kontraktsret er præget af *objektivering*, *standardisering* og *instrumentalisering* på baggrund af *eksterne hensyn*. Som samlebetegnelse for udviklingen i så henseende anvendes i det følgende udtrykket (kontraktsrettens) *statusorientering*, idet udviklingen i kontraktsretten herefter kan beskrives som en bevægelse »*fra kontrakt til status*«.

Statusterminologien fungerer i forhold til objektiveringen, standardiseringen og instrumentaliseringen som en samlebetegnelse. Med statusterminologien udtrykkes endvidere, at konsekvensen af udviklingen i henseende til objektiveringen m.v. er en udskillelse af en række *aftaletyper* baseret på typeantagelser vedrørende *aftaleparternes beskaffenhed*: I standardaftalretten tilrettelægges reguleringen på baggrund af en typeantagelse vedrørende parternes styrkeforhold, i aftalefortolkningslæren betones i dag den retlige normalløsning i aftaleforhold af den pågældende type; forbrugeraftalens parter undergives en særlig bedømmelse, som kræver en præjudiciel kvalifikation af aftalens status som »forbruger«/»erhvervsdrivende«, bedømmelsen i henhold til Aftl § 36 (og den almindelige loyalitetslære) indebærer en vurdering baseret på en samlet afvejning af parternes indbyrdes relationer – status – baseret på en typeantagelse vedrørende normalsituationen.

Konsekvensen af dette er, at aftalen indtager en stadig mere sekundær rolle ved fastlæggelsen af det kontraktsretlige forhold mellem to aftaleparter. Vægten i den retlige bedømmelse forskydes i retning af en vurdering af parternes status, som dermed bliver vigtigere end aftalens indhold.

Statusterminologien er ikke ukendt i den retsdogmatiske del af juraen, hvor den er anvendt i forbindelse med beskrivelsen af retsområder, hvor reguleringen og almene hensyn er særlig markant, jf. herved *Strömholm* (1987), p. 548, *Svensäter* (1991), p. 222f. og *Fahlbeck* (1998), p. 33-38, alle om arbejdsretten.

Status som retligt begreb blev introduceret af *Sir Henry Maine* i »Ancient Law« (1. udg. i 1861), som beskrev udvikling i samfundet, som en udvikling »*fra status til kontrakt*«. *Maine* identificerede statuspositionen med det primitive samfund (idet *Maine* dog tog udgangspunkt i romerrettens behandling af familiebegrebet), som er organiseret i fastlåste grupper og strukturer. Det er tilhørsforholdet til f.eks. stammen eller familien, som er afgørende for individers rettigheder og forpligtelser. *Kontraktsamfundet* derimod er præget af dynamik, formfrihed, mobilitet (specialisering). Retspositionen fastlægges ikke ved tilhørsforholdet til en fast gruppe, men via individuelle forpligtelser – via aftale – og individerne kan ændre og forbedre deres placering i samfundet.

KAPITEL 3

Nærmere om statusorienteringen

I det følgende skal statusorienteringen analyseres nærmere i forbindelse med en drøftelse af en række emner fra den centrale kontrakts- og obligationsret med henblik på at dokumentere, hvorledes

udviklingen har medført en øget betoning af eksterne hensyn, således at den klassiske kontraktsrets opfattelse af parternes subjektive forhold som kontraktsrettens omdrejningspunkt ikke længere kan opretholdes. Udviklingen kan beskrives som en bevægelse »fra kontrakt til status«.

1. Standardaftaleret

En standardaftale er en aftale, som er beregnet til at blive anvendt i en række ensartede tilfælde, og hvis indhold derfor almindeligvis ikke gøres til genstand for individuel forhandling i forbindelse med aftaleindgåelsen.¹ Herunder falder både de såkaldte *agreed documents* (fællesaftaler), dvs. aftaler, som er forhandlet af de repræsentative organisationer på det pågældende område,² og *adhæsiionsaftaler*, dvs. aftaler, som er ka

1. Jf. AGB § 1, 1. led: »Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für ein Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartie (Verwender) der anderen Vertragspartie bei Abschluß eines Vertrages stellt.« Se også dir. 93/13/EØF (urimelige kontraktvilkår), art. 3 og UPICC, art. 2.19.
2. Eksemplet par excellence på en fællesaftale er AB92 om arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. AB92 er formuleret på baggrund af et omfattende udvalgsarbejde forestået af Boligministeriet, som involverede en bredt sammensat gruppe af repræsentanter fra både offentlige og private interessegrupper inden for byggeriet. AB92 har vidtgående betydning for aftalepraksis inden for betingelsernes område, f.eks. bet. 1246/1993, p. 22: »Reglens karakter af et sammenhængende og afbalanceret afaledokument taler ... imod fravigelser. AB er et sæt rimelige

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

rakteriseret ved, at vilkårene er formuleret af den ene part, og at aftalen og aftalegenstanden fremstår som et samlet »take it or leave it«-tilbud.

De kontraktsretlige vanskeligheder består i, at standardaftalerne kun vanskeligt lader sig forklare ud fra en traditionel subjektiv model: Vilkårene er fastlagt på forhånd af (typisk) sælger, og der finder ingen individuel forhandling sted desangående. Beskrivelsen af aftaleindgåelsen som en proces bestående af parternes udveksling af tilbud og accept mister dermed sin betydning, og henvisningen til parternes vilje/forventning antager en rent formel karakter.³ Standardaftalerettens primære problemer består således i på den ene side at sikre rammerne for etableringen af et retsforhold, og på den anden side at sikre kontrol med indholdet heraf. Disse emner er for så vidt klassiske. Det første problem angår aftalens vedtagelse og det andet aftalens fortolkning og gyldighed. Det er imidlertid karakteristisk for vurderingen af standardaftalen, at analysens enkeltkomponenter nedbrydes, således at temaet for vurderingen bliver hele aftalesituationen, idet resultatet »efter behag«⁴ kan søges i reglerne og principperne for fortolkning, vedtagelse eller gyldighed. Der skal f.eks. mere til at anse en aftale for vedtaget, hvis den indeholder et overraskende vilkår, end hvis vilkårene er normale.

Ussing angiver som udgangspunkt, at i tilfælde, hvor der ikke findes særlige lovregler, er en part ikke bundet ved et ensidigt fastsat aftalevilkår, som er *usædvanligt*, og som stiller ham væsentligt ugunstigere end almindelige retsgrundsætninger, medmindre han har kendt bestemmelsen, eller den har været fremhævet således, at han ikke kunnet undgå at lægge mærke til den.⁵ Synlige vilkår er normalt bindende, uanset deres indhold. Usynlige vilkår derimod er kun bindende, hvis de er »sædvanlige«.⁶

retsregler for byggeprocessen og ikke blot et udgangspunkt for, at de enkelte bygherrer eller entreprenører selv kan udforme vilkårene på AB-dækkede områder.« Kravene til vedtagelser er derfor små, jf. bet. 1246/1993, p. 22, *Vagner* (1993), p. 34 og *Johansen* (1999), p. 27f. og 36ff.

3. *Treitel* (1999), p. 2: »This practice of contracting on standard terms is now very common; and it is arguable that a customer who contracts on such standard terms has them imposed on him, and does not really 'agree' to them at all.«
4. *Gomard* (1996), p. 261. Tilsvarende *Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997) p. 26.
5. *Ussing* (1950), p. 185.
6. Se i samme forbindelse *Lookofsky* (1998b), p. 495ff. om dansk ret og med henvis. til amerikansk ret og UPICC artikel 2.20: »(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party. (2) In determining whether a term is of such a character regard is to be had to its content, langu-

Modellen er baseret på den meget rimelige antagelse, at parternes evne til at tilvejebringe den endelige ligevægt beror på adgangen til information. *Ussing* opstiller i den forbindelse en risikoafvejning. Parten må selv bære risikoen for ikke at have forstået tilgængelig (»synlig«) information, herunder information, som parten burde have været bekendt med. Modellen går med andre ord ud på via en formodningsregel at simulere grundlaget for den klassiske aftalemodel i form af ligevægt (symmetri) i information. Modellen lægger i så henseende op til en formel tilnærmelse til aftalelovens kontraktsmodel: Ved at simulere – via synlighedskravet – at løftemodtager havde information på tidspunktet for løftets indgåelse, opnås en formaliseret begrundelse for aftaleretlig forpligtethed inden for den traditionelle matrix. Viljen til at være forpligtet omskrives til mulighed for at gøre sig bekendt med forpligtelsens indhold og forventningen til en vurdering af aftalens sædvanlighed. Sigtet bliver at opnå en løsning, som henset til parternes status er »normal«, snarere end en løsning, som afspejler parternes individuelle vilje/forventning.

Kontrolbehovet⁷ er ud over fraværet af traditionelle mekanismer begrundet i en frygt for, at den ene aftalepart (»sælger«) skal misbruge sin overlegne *styrkeposition* i forhold til den anden part (»forbrugeren«). Hermed tænkes almindeligvis ikke på markedsmagt i klassisk økonomisk og konkurrenceretlig forstand. Sælger vil kun sjældent indtage en dominerende position på markedet i konkurrenceretlig forstand.⁸ Uligevægten knytter sig til ulighed i henseende til information, almen viden og retlige ressourcer. Uligevægten er således af markedsstrukturel art og er knyttet til en typeantagelse om parternes indbyrdes *status*. Formålet med retsreglerne bliver herved via retlige regler og principper at erstatte de kontraktsretlige balancemekanismer, og herigennem opnå den ligevægt, som er aftalerettens ideal. Aftalefrihed *gennem* regler, og ikke – som i den traditionelle model – *fra* regler, er standardaftalerettens grundsynspunkt.

Standardaftalen har endelig betydning for kontraktsrettens form. *Bernitz* har for nordisk ret formuleret en »*standardaftaleret*« som en kon-

age and presentation«. I følge *UNIDROIT Principles*, p. 58f. anses et vilkår for »overraskende« »... whenever the content of the term in question is such that a reasonable person of the same kind would not have expected it in the type of standard term involved« (min kursivering).

7. *Hellner* (1979), p. 281ff. og 298.

8. I det omfang, der anvendes standardiserede aftalevilkår i en hel branche kan billedet dog være et andet.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

traktsretlig særdisciplin.⁹ Denne opfattelse kan dog ikke siges at have vundet fodfæste i nordisk ret for så vidt angår den metodiske placering af standardaftaleretten, men der er dog enighed i litteraturen om, at standardaftalen giver anledning til en række særlige problemstillinger, som endvidere ofte drøftes separat (bl.a. vedtagelseslæren og fortolkningen).¹⁰ Set i lyset heraf er det til dels en smagssag, om man vælger at fuldbyrde specialiseringen med en egentlig udskillelse. I realiteten udgør standardaftaleretten en kontraktsretlig særdisciplin.

Se generelt om standardaftaler hos *Olsson (1957)*, p. 14ff., hvis artikel gav startskuddet til den mere koncentrerede diskussion i Norden. Fra ældre nordisk ret ses i øvrigt navnlig *Lando (1966)*, som under henvisning til bl.a. *Kessler (1943)* og *Olsson (1957)* erklærede en række af de almindelige kontraktsretlige regler for uanvendelige på standardaftaler, og som på den baggrund anbefalede en særlig regulering.

I Tyskland ret findes en særlig lov vedr. standardaftaler: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), som trådte i kraft i 1977. I amerikansk ret har spørgsmålet givet anledning til en både omfattende og principiel debat. I den centrale artikel fra 1943 fastslog *Kessler*, at standardaftalens fremkomst måtte lede til, at enhedsopfattelsen af kontraktsretten blev opgivet. Fra den amerikanske diskussion af standardaftaler (»contracts of adhesion«) er der i øvrigt grund til særligt at bemærke *Leffs* betydningsfulde artikel fra 1970 »Contract As Thing«. Se om UCITA-loven i det følgende. I engelsk ret har den mere principielle diskussion aldrig rigtig fået luft under vingerne, hvilket følgende passus fra *Cheshire, Fifoot & Furmston (1996)*, p. 22, illustrerer bedre end mange ord: »The French, though not the English, lawyers have a word for it ... contract d'adhésion ...« I den engelske lovgivning berøres området imidlertid ved de principielt meget vigtige regler i the Unfair Contract Terms Act 1977 og the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1994. Se generelt om standardaftaler i engelsk ret hos *Cheshire, Fifoot & Furmston (1996)*, p. 19ff. og om lovgivningen, a.st., p. 184ff.

9. Senest *Bernitz (1996b)*. I Sverige findes på området også Lag 1984:292 om avtalsvillkor mellan näringsidkare og Lag 1994:1512 om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (se navnlig § 11), som etablerer et ganske omfattende kontrolsystem på området.
10. *Bryde Andersen (1997)*, p. 268, betoner bl.a., at der i standardaftalens udbredelse (navnlig i form af agreed documents) ligger en *kollektivisering* af aftaleretten og en udvikling i retning af *formularret*, dvs. »... et retsområde, hvis retlige problemer og regulering udledes af formularen ud fra parternes typiske ønske om at anvende den som aftalegrundlag«. *Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997)*, p. 25 hæfter sig ved, at standardaftalen tjener et *rationaliseringsbehov* og bidrager til en *differentiering* af aftaleforhold (»det nærmeste alternativ til generel retlig regulering«). *Ramberg (1997)*, p. 137f. og 144f. og p. 26 ser standardaftalen som udtryk for en generel *standardiseringstendens* af kontraktspraksis og fremhæver bl.a. aftaleformens betydning i forbindelse med rationaliseringen og præciseringen af aftaleindgåelsen, jf. herved også *Ramberg (1994)*, p. 503 (»... standardisering och kollektivisering av avtalstekniken ...«). Se også *Hellner (1979)*, p. 298.

2. Aftalefortolkning

For *aftalefortolkningen* medfører en traditionel subjektiv opfattelse, at fortolkningens centrale opgave bliver at fastslå parternes vilje/forventning,¹¹ jf. herved BGB § 133, hvorefter man ved fortolkningen af viljeserklæringen skal søge »... der *wirkliche Wille* ... und nicht dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks ...«. ¹² For dansk ret kan det subjektive udgangspunkt forklare den traditionelt skarpe sondring mellem »fortolkning« og »udfyldning«. ¹³

Også for aftalefortolkningen beskrives nutiden ofte som præget af objektivering og standardisering. *Grönfors* hævder således, at fortolkningslæren i det moderne samfund – »den övervakade och rudimentäre avtalsfrihetens stadium« ¹⁴ – helt har forladt partsrelationen og »... bara [meningsfullt] kan vara samhällsorienterade«. ¹⁵ Tilsvarende *Adlerkreutz*, som om udviklingen i fortolkningslæren noterer, at »tendensen har længe varit en strävan mot en *objektivering* av avtalsrätten och en starkt ökad begränsning av avtalsfriheten«. ¹⁶ En objektiveret fortolkningsstil følger også af CISG, jf. således *Honnold*, der noterer om fortolkningsreglen i artikel 8 (straks nedenfor), at »... current references to 'will' as the basis for contract resemble the echoes of distant thunder from a storm that has passed«. ¹⁷

Fortolkningens primære opgave forskydes herved fra en (formel) udlægning af parternes subjektive forhold (vilje) i retning af en (materiel) og objektiveret vurdering af aftalens resultat set i lyset af normalloesnin-

11. *Ussing* (1950), p. 422.

12. Den »virkelige« vilje opfattes dog som en henvisning til den *erklærede vilje* (»der bekundete Wille«) og ikke til en rent indre (subjektiv) vilje, jf. *Mayer-Mally*, i *Münchener Kommentar*, § 133 Rdn 10. *Fikentscher* (1997), § 126, konkluderer på denne baggrund, at tysk ret principielt er baseret på et *viljesprincip* (og ikke et »tillids-/forventningsprincip«), men at viljesprincippet i praksis modificeres ved en række hensyn, der betoner løftemodtagers forhold. I praksis er forskellen mellem dansk og tysk ret således næppe afgørende.

13. *Ussing* (1950), især p. 432. Sondringen opretholdes ikke længere i sin rene skikkelse, se *Ramberg* (1995), p. 504ff. og 512 og *Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997), p. 414f.

14. *Grönfors* (1988), p. 320f.

15. *Grönfors* (1988), p. 321. Se også *samme* (1993), p. 29: »Avtalsfriheten kan inte längre vara 'grundbulten' i en avtalstolkningsslära med anspråk på att i dag användas i svensk rätt och därmed i nordisk rätt över huvud.«

16. *Adlerkreutz* (1996), p. 12. Min kursivering.

17. *Honnold* (1999), § 106.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

gen. Den traditionelle opfattelse af fortolkningens karakter af en aretlig og sproglig udlægning af teksten ændrer herved karakter i retning af en retlig *bevisvurdering*, hvor det centrale spørgsmål bliver om parterne med fornøden klarhed har fravalgt den normale løsning.¹⁸ Fortolkningslæren indgår herved i statusorienteringen, idet fortolkningen medvirker til en standardisering af kontraktsforholdet i form af en tilslutning til *normalløsningen for den pågældende aftaletype, som den fremgår af baggrundsretten for den pågældende aftaletype*.¹⁹

CISG Artikel 8 lyder således: »(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties«. *Honnold (1999)*, § 107, noterer, at de fleste fortolkningsspørgsmål i praksis vil skulle løses efter artikel 8, stk. 2, dvs. den »objektive« regel.

UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (UPICC) er formuleret i overensstemmelse hermed, jf. art. 4.1 (»the subjective test«) og 4.2 (»the reasonableness test«, men hertil kommer art. 4.3 ang. »relevant circumstances«, som i følge *Ramberg (1999)*, p. 99, indebærer en særlig objektivisering af fortolkningen. Regler om fortolkning findes i *Principles of European Contract Law* (PECL) artikel 5:101ff., jf. navnlig 5:102 (hvorved de relevante omstændigheder præciseres, bl.a. »good faith and fair dealing« (g)) og 5:103 (koncipist/contra proferentem-reglen). Bestemmelserne er formuleret på en noget afvigende måde, men objektiviseringstendensen er til stede også her, jf. således at princippet om redelig forretningsskik i kommentaren angives dels som udtryk for en objektiviseret fortolkningsstil (*Lando & Beale (2000)*, p. 291 (note 4)), dels som det ofte i praksis afgørende moment (a.st., p. 293, jf. artikel 1:201 (»Good Faith and Fair Dealing«)).

Den internationale regulering af aftalefortolkning har karakter af et kompromis mellem den traditionelle tyske model (lige ovenfor) og den traditionelle *anglo-amerikanske fortolkningsstil*. Sidstnævnte er kendetegnet ved sin ekstreme objektive karakter, jf. herved *Justice Holmes*, som i 1897 (i »the Path of the Law«) udtalte om hensig-

18. *Grönfors (1988)*, p. 322: »Varför skall avtalet vara den alldeles dominerande rättskällan, när *avtalsmönstren* till alldeles övervägande del och för flertalet viktiga avtalstyper är så noga utarbetade i lagstiftningen?«. Se tilsvarende *Wilhelmsson (1998)*, p. 265f.

19. *Ramberg (1999)*, p. 105f. noterer i samme forbindelse, hvorledes bedømmelsen af, om der er indgået en aftale, i nutidens aftaleret koncentrerer om aftalens »hovedingredienser« og spørgsmålet om parternes vilje i så henseende. Detaljerne drøftes ikke, men udledes typisk fra et standardaftalegrundlag.

2. Aftalefortolkning

tens betydning for aftaleforpligtelsens indtræden (og for fortolkningen), at »nothing is more certain than that parties may be bound by a contract to things which neither of them intended, and when one does not know of the other's assent«.²⁰ For aftalefortolkningen betyder det objektive udgangspunkt, at ordlyden bliver afgørende. Det afgørende er ikke, hvad parterne har ment, men hvad de har udtrykt (skrevet).²¹ Opgaven for fortolkeren i denne objektive stil består i at udlede den almindelige, leksikale betydning af aftalen: »The Golden/Plain Meaning Rule«. Bevis for en fælles hensigt – »real intent«, som er forskellig fra det tilkendegivne – »apparent intent« – er som udgangspunkt ikke tilladt, jf. *Straughton* (1998), p. 306 (om engelsk ret).²² Det traditionelle udgangspunkt er, at aftalen af domstolene skal udfyldes med de aftalevilkår, som parterne ville have vedtaget, dersom de havde været opmærksom på spørgsmålet, idet vilkårene så at sige allerede ligger i aftalen (»arises of the contract«).²³ Dette udgangspunkt er i realiteten udvandet voldsomt især i kraft af udviklingen af læren om *implied terms*. *Harrison* (1997), §§ 1.21-1.23 påpeger således, at læren om *implied terms* i praksis har ført til udviklingen i engelsk ret af et almindeligt princip om *good faith*.

20. *Holmes* (1897), p. 463. Det skal dog bemærkes, at den citerede udtalelse fremkom i forbindelse med en advarsel mod at sammenblande ret og moral (a.st., p. 459): »We talk about a contract as a meeting of the minds of the parties, and thence it is inferred in various cases that there is no contract because their minds have not met ... Yet nothing [se ovenfor for fortsættelsen]«.
21. *Eisenberg* (1984), p. 1107. I amerikansk ret er udgangspunktet nu et andet, jf. herved *Restatement (Second) of Contracts* § 201(1): »Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning« (se også § 202(3)), og nærmere *Eisenberg* (1984), p. 1126.
22. Resultatet i dansk ret er helt forskelligt herfra, jf. *Ussing* (1950), p. 422ff., *Bryde Andersen* (1997), p. 239 og *Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997), p. 356. Alle de danske forfattere henviser til maksimen: *falsa demonstratio non nocet* (»en falsk erklæring skader ikke«). Det er imidlertid ikke ved grundlaget, at dansk ret adskiller sig fra engelsk. Princippet hyldes således også i engelsk ret som »a rule of good sense«, jf. *Lewison* (1989), p. 191 og nærmere i §§ 8.05 og 8.06 om principets betydning i engelsk ret. Hertil er vel blot at sige, at »if it hadn't been in Latin nobody would have called it a principle«.
23. Se generelt *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 136ff. Se også a.st., p. 147 om den traditionelle »officious bystander-test« fra *MacKinnon LJ i Shirlaw v. Southern Foundries* (1926) Ltd., (1939) All Er 113, p. 124: »Prima facie that which in any contract is left to be implied and need not be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if while the parties were making their bargain an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress him with a common 'Oh, of course'«. Se nærmere hos *Lewison* (1989), § 5.50. Den moderne aftalevirkelighed ligger i mange tilfælde meget fjernt fra dette udgangspunkt, se således især *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 145ff. om udviklingen inden for arbejdsretten.

3. Formkrav og retlige typer

Formfriheden, dvs. friheden for parterne til at vælge den måde, hvorpå de vil kontrahere, er nært beslægtet med aftalefriheden: Afgørende for en forpligtelses indtræden er ikke den ydre form, men den indre vilje.²⁴ Det er på denne baggrund et vigtigt træk ved den nyere udvikling, at formkrav – især krav om skriftlighed – i stigende grad dukker op i lovgivningen, navnlig inden for beskyttelsesreguleringen; Lejeretten (Ll § 4), ansættelsesretten²⁵ og forbrugerretten. Inden for sidstnævnte område er det navnlig EU-direktiverne, som har medført skriftlighedskrav.²⁶

Baggrunden for skriftlighedskravet er et ønske om at beskytte den ene af parterne – typisk »forbrugeren« – på grundlag af en typeantagelse vedrørende denne aftaleparts relative svaghed. Skriftlighedskrav anvendes således ofte i kombination med krav om tilvejebringelsen af bestemte oplysninger om f.eks. købesum, betalingsvilkår eller tilbagetrædelsesret. Beskyttelsen består i, at skriftligheden tvinger parterne til at eksplicitere aftalens indhold. Resultatet er en *objektivering* og *formalisering*, idet den blotte vilje ikke er tilstrækkelig til at etablere en retlig forpligtelse.

En yderligere formalisering (objektivering) følger af den øgede anvendelse i lovgivningen af *retlige typer*. Nogle typer er klassiske, f.eks. sontringen i Kbl mellem handelskøb(er) og civilkøb(er), men typefikseringen er i dag langt mere udbredt og omfatter f.eks. »lejereren«, »arbejdstageren«, »parallelimportøren« og den »dominerende virksomhed« eller »virksomheder«, der indgår konkurrencebegrænsende »aftaler«.

For retsanvendelsen indebærer kombinationen af beskyttelsespræceptiv regulering – forbrugerreglerne – og kontrolregler af offentlig karakter – konkurrenceretten – en tendens til en formalisering af diskussionen²⁷ og til en objektivering af retsanvendelsen. Et afgørende moment

24. Den konkrete formfrihed varierer fra retssystem til retssystem. Navnlig engelsk ret har traditionelt været formbundet, og også i dag er engelsk ret på en række punkter mere formel end dansk, se nærmere om *Ibbetson* (1999), p. 236ff. I svensk ret kræves skriftlighed og iagttagelsen af særlige formkrav i forbindelse med gaveløfter, jf. *Ramberg* (1995), p. 46.

25. Nærmere *Hasselbalch* (1997), p. 104f. Se også f.eks. Lov om handelsagenter og handelsrejsende (L 272/2.5.1990), § 3

26. Se direktiverne 1985/577/EØF (fjernsalg), art. 4; 1987/102/EØF (forbrugerkredit), art. 4; 1990/134/EØF (pakkerejser), art. 4 og 1999/44/EF (forbruger køb og garantier), art. 6, stk. 3.

27. Se som eksempel herpå *Lando* (1998a), som diskuterer, om reglerne for »forbrugere« i Dir. 93/13 (urimelige kontraktvilkår) bør udstrækkes til at gælde for også »mindre erhvervsdrivende« (i modsætning til de »store«).

ved bedømmelsen af f.eks. en aftale om køb er en præjudiciel bedømmelse af aftalen som en »forbrugeraftale« og derved parterne som hhv. »forbruger« og »erhvervsdrivende«. *Betydningen af aftaleparternes tilhørsforhold til en bestemt gruppe – f.eks. en forbruger – og fastlæggelsen af retsvirkninger på baggrund af denne karakterisering udgør det centrale eksempel på statusorienteringen.*

Typerne er særligt fremtrædende i EU-retten, hvor definitioner generelt har en større betydning end i dansk ret. I takt med den øgede EU-harmonisering vil de retlige kvalifikationsspørgsmål, som definitioner giver anledning til, få større betydning, hvorved retsanvendelsen vil formaliseres yderligere.

4. Generalklausuler (Aftl § 36)

Aftalelovens store generalklausul i § 36 anvendes ikke videre i praksis,²⁸ men bestemmelsen tillægges på trods heraf stor principiel betydning.²⁹ På det formelle plan kan det i den forbindelse noteres, at § 36 i retsteknisk henseende indebærer en afstandtagen fra en traditionel subjektiv kontraktsopfattelse. De traditionelle henvisninger til parternes vilje og tillid, som udgør ryggraden i Aftalelovens (subjektive) model, er forladt til fordel for en henvisning til »rimeligheden«.³⁰ Med § 36 måles parterne ikke med deres egen private alen, men med samfundets. *Generalklausulens primære formål er således at operationalisere inddragelsen af ekster-*

28. En oversigt i form af referater af trykte domme fra hele Norden findes hos *von Post* (1999), p. 309-350. Bestemmelsen beskrives af *Grönfors* (1995a), p. 218 som lovens måske mest betydningsfulde bestemmelse. § 36 tillægges formentlig en noget større tyngde i svensk end i dansk ret, men der er dog almindelig enighed om, at § 36 ikke kan begrænses til forbrugerforhold, men også finder anvendelse i rent kommercielle forhold, jf. herved især *von Posts* monografi fra 1999: »36 § avtalslagen med inriktning på rent kommercielle forhold« (1999). Også i Sverige anses forbrugerforhold dog for at udgøre bestemmelsens kerne, jf. *Ramberg* (1987), p. 510f. og (1997), p. 221 og 231f. og *Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997), p. 237f. For dansk ret ses også U 1998.281H, hvor bestemmelsen fandt anvendelse i forholdet mellem to arbejdsgiverorganisationer.

29. Se *Bernitz* (1987), p. 107, der fremhæver § 36 som *kulminationen* på en generel udviklingstendens i kontraktretten i form af en øget mulighed for domstolene til at gribe ind i aftaleforhold i form af ændring eller tilsidesættelse af aftale eller aftalevilkår. Se også *samme* (1996b), p. 75f. Allerede *Knoph* (1948), p. 8 noterede en »stigende tilbøjelighed til å bruke standarder i lovgivningen«.

30. Nærmere *Ramberg* (1997), p. 221. Se også *Hagstrøm* (1994), p. 147: »[§ 36] er ... en såkaldt afveiningsnorm og ikke en hovedregel med unntak«.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

ne hensyn i vurderingen af aftalevilkår med henblik på at afdække de typeantagelser, som set ud fra en samfundsmæssig betragtning er relevante, f.eks. at den ene part misbruger sin styrke, at aftalen som følge af en uventet udvikling leder til et urimeligt resultat, eller at aftalen i øvrigt støder an mod »almindelige rettfærds- og rimelighedsbetragtninger«.³¹

Den nærmere anvendelse af § 36 forudsætter – med *Knophs* udtryk – en »rationalisering« af rimelighedsstandarden,³² dvs. en nærmere identifikation af de typehensyn, der kan inddrages ved rimelighedsedømmelsen. Denne opgave er vanskelig. Hovedopgaven i forbindelse med rationaliseringen består således i at tilvejebringe en vis klarhed i retsanvendelsen, uden at man dermed sætter den konkrete rimelighedsvurdering og muligheden for opnåelsen af en rimelig løsning over styr. I forbindelse med denne rationalisering er der særlig grund til at notere, at karakteren af de hensyn, som kan inddrages under § 36-vurderingen, ikke er begrænset til partsrelaterede forhold, jf. herved *Bryde Andersen*, der bemærker, hvorledes Aftl § 36 fungerer som et retligt vehiculum for inkorporeringen i kontraktsretten af almene hensyn så som »god markedsføringsskik« (Mfl § 1) og for inddragelsen af nye normer (UPICC og PECL),³³ og *Bernitz*, som anfører, at også hensynet til konkurrencefrihed, som det er kommet til udtryk i konkurrencelovgivningens kartelregler, vil kunne inddrages i § 36-vurderingen.³⁴

§ 36 adskiller sig herved ikke blot i formel, men også i material henseende fra Aftalelovens normale model. Resultatet af denne »neutralisering af individualismen«³⁵ er, at aftalens grundlæggende private karakter sættes afgørende under pres, jf. herved *Lookofsky*, der sammenfatter virkningen af § 36 således: »... the Danish assault on the traditional

31. *Hagstrøm* (1994) p. 144.

32. *Knoph* (1948), p. 29ff. Ved denne rationalisering opstår der en risiko for, at man udvander standarden, jf. herved a.st., p. 40ff. Spørgsmålet om rationalisering af Mfl § 1 diskuteres udførligt af *Lunde* (2000), især p. 146ff.

33. *Bryde Andersen* (1997), p. 328 og 332.

34. *Bernitz* (1999), p. 65: »Tiden synes vara inne för en ökad integration mellan de konkurrensrättsliga och de avtalsrättsliga normsystemen.« Jf. også *von Post* (1999), p. 150.

35. *Iuul* (1970), p. 132 (om BGB § 242).

5. Et almindeligt loyalitetsprincip

citadel, the 'idol' of freedom of contract now³⁶ seems complete«. ³⁷ ³⁸ Resultatet er en objektiveret bedømmelse i form af en nedtoning af de traditionelle subjektive kriterier og aftalens indhold til fordel for en friere vurdering på baggrund af samfundshensyn.

5. Et almindeligt loyalitetsprincip

Generalklausulen i Aftl § 36 er med sin operationalisering af almene hensyn til rimeligheden nært beslægtet med det almindelige princip om loyalitet (»redelig forretningsskik«) i kontraktsforhold (»good faith and fair dealing«), som nu anerkendes i dansk ret.³⁹

Kontraktsretten har altid kendt til krav om »loyalitet«, jf. ovenfor om *bona fides* i romerretten. Parternes gensidige varetagelse af interesser er et centralt moment i loyalitetslæren.⁴⁰ Herunder falder f.eks. en forpligtelse for parterne til at oplyse om forhold af betydning for vurderingen af aftalegenstanden (den »loyale oplysningspligt«) eller mere alment for medkontrahentens varetagelse af sine interesser (»diligenspligten«).

Loyalitetsprincippet har hermed nær tilknytning til partsrelationen. Den interessevaretagelse, som er det centrale i loyalitetsprincippet, har imidlertid omvendt fortegn: Parterne skal ikke varetage deres egne, men *modpartens* interesser. Kravet om, at »... man bør være mod andre, som man forventer, at de skal være mod en selv«, ⁴¹ indebærer en objektiveret og standardiseret bedømmelse baseret på en typeantagelse vedrørende bl.a. »... den forretningsetik, der på aftaletidspunktet hersker på det for transaktionen relevante marked ...«. ⁴² Virkningen af loyalitetsprincippet er således en objektiveret og standardiseret vurdering, hvori aftaleparternes beskaffenhed og aftaletypen indgår med stor vægt.

36. Hermed sigtes til ændringen ved Lov 1098/21.12.1994, hvorved ordlyden af § 36, stk. 1, blev ændret således, at aftaler med støtte i bestemmelsen »kan ændres eller tilsidesættes« (og ikke blot tilsidesættes).

37. Lookofsky (1998a), p. 498.

38. Se også Gomard (1996), p. 21: »[§ 36] giver domstolene til opgave at udøve en rimelighedscensur med indholdet af kontrakter«.

39. Gomard (1998), p. 45f.

40. Bryde Andersen (1997), p. 350, Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997), p. 407ff. og Gomard (1998), p. 45ff.

41. Bryde Andersen (1997), p. 350.

42. Bryde Andersen & Lookofsky (2000), p. 65 og i øvrigt, a.st., p. 64, om betydningen af typeforudsætninger for vurderingen af oplysningspligtens indhold.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

En væsentlig ulempe i forbindelse med retlige standarder og almene principper angår regelanvendelsens *uforudsigelighed*. Det er undertiden usikkert, om den ene aftalepart har optrådt iloyalt. Det er væsentligt ikke at overvurdere denne risiko. Man måtte forvente, at usikkerheden med en retlig standard ville være størst i forbindelse med internationale transaktioner. Det er på den baggrund vanskeligt at forklare, hvorfor krav om »good faith and fair dealing« indtager en så fremtrædende placering i den *internationale kontraktsregulering* som tilfældet er, jf. således navnlig UPICC artikel 1.7 (»good faith and fair dealing«) og 2.15 (»negotiations in bad faith«) og PECL artikel 1:201. Baggrunden for dette er formentlig, at den usikkerhed, som principperne medfører, opvejes af muligheden for en *dynamisk tilpasning og vurdering* f.eks. baseret på udviklen i aftaleforløbet. Det traditionelle krav om formel klarhed i retsanvendelsen er udformet med henblik på en klassisk, statisk aftalesituation kendetegnet ved »stabile baggrundsvilkår« og passer ikke til nutidens aftaleforhold, der er kendetegnet ved deres tidsmæssige udstrækning og turbulente baggrundsvilkår.⁴³ Bevægelsen fra, at »aftaler skal holdes« og til, at »aftaler skal gennemføres«, forudsætter indgrebsmuligheder.⁴⁴ Loyalitetsprincippet bidrager hermed til at sikre, at aftalen gennemføres på en normal måde; objektivisering og standardisering.

Henvisningerne i UPICC og PECL til »good faith and fair dealing« er udtryk for en international tendens, der i *engelsk* ret ses som et væsentligt led i en bredere bevægelse »from principle to pragmatism«, hvor den traditionelle Contract Law identificeres med »princippet«, og hvor udviklingen peger i retning af »pragmatisme«.⁴⁵ Bevægel

43. Grönfors (1995), p. 21ff.

44. Nærmere Ulfbeck (2000), p. 57 bl.a. om den øgede anvendelse af »hardship«-klausuler i nutidens standardaftaler.

45. I anglo-amerikansk kender man ikke til en »obligationsrettens 'almindelige' del«. Hermed er dog ikke sagt, at man ikke i engelsk ret har, hvad der svarer til en »almindelig del«: »In English law ... we start from the position that in principle the law of contract is the same for all contracts« (min kursivering), jf. Cheshire, Fifoot & Furmston (1996), p. 24. Betegnelsen »Law of Obligations« kendes vel i traditionel engelsk ret, men har ikke de samme systematiske implikationer som i dansk ret, jf. nærmere Atiyah (1995) p. 1. Obligationsrets-terminologien er dog muligvis på fremmarch, jf. således Tettenbourns »An Introduction to the Law of Obligations« fra 1984 (der dog ikke slog an) og senest Ibbetsons monografi fra 1999: »A Historical Introduction to the Law of Obligations«, jf. også Collins (1999), p. 42ff. En »kodifikation« å la BGB ligger engelsk tænkning fjernt, jf. herved Furmston (1999), p. 382 med henvisning til The Victorian Law Reform Commission (Australien), som i 1992 fremlagde et forslag til en kodifikation af the common

5. Et almindeligt loyalitetsprincip

sen var hovedtema for både *Atiyahs* og *Treitels* tiltrædelsesforelæsninger, hhv. »From Principle to Pragmatism« (1978) og »Doctrine and Discretion in Contract Law« (1981).⁴⁶ Som baggrund for udviklingen henvises til den almindelige samfundsudvikling, bl.a. forbrugerbevægelsen og den øgede lovgivningsaktivitet, herunder EU-direktiver o.lign., idet navnlig direktivet om urimelige kontraktvilkår har givet anledning til meget omfattende diskussion i engelsk ret.⁴⁷ Sidstnævnte hensyn fremhæves af navnlig *Collins* i dennes monografi »Regulating Contracts« (1999), som desuden noterer betydningen af vedvarende aftaleforhold som et træk ved den moderne samhandel, der har medvirket til at undergrave den traditionelle Contract Law opfattelse af forholdet mellem autonomi og regulering.⁴⁸ Tendensen i retning af øget intervention i partsforhold øges i den forbindelse som følge dels af reguleringens retning, dels af den øgede anvendelse af brede regler i form af generalklausuler o.lign. Et almindeligt loyalitetsprincip betegner vel nærmest syntesen af denne udvikling og er ikke anerkendt i engelsk praksis.⁴⁹ I teorien derimod afvises et sådant ikke længere automatisk se *Adams & Brownsword* (1995), p. 203ff., *Atiyah* (1995), p. 213,

law of contract og i den forbindelse noterede: »The code can also be easily read and understood by people who are not lawyers. Indeed, it is possible to read the entire code in the time it takes to travel the 2 kilometres between Collins Street, Melbourne and Grattan Street, Carlton by the number 19 tram«. *Furmston* tilføjer i note 5, a.st., at hensigten med beskrivelsen ikke er at gøre opmærksom på særlige trafikale vanskeligheder i Melbourne.

46. *Atiyah* (1978) anvender beskrivelsen *from Principles to pragmatism* som udtryk for dels, at udviklingen indebærer en afvisning af den klassiske Contract Law, som af *Atiyah*, p. 5 og 17ff. identificeres med »Principles«, dels at domstolenes afgørelser i sager, som involverer Contract Law, i stigende grad har opnåelsen af et konkret rimeligt resultat som deres erklærede formål (»pragmatism«). Som midler hertil anføres navnlig »standards of reasonableness« (p. 12f.). *Treitel* (1981), p. 2 anfører om baggrunden for »the current movement from doctrine to discretion« øget lovgivning, hvorved domstolene opnår adgang til at gribe ind i aftaleforhold. Lovgivningen tager form dels af præcise regler desangående, dels af »open-texture rules« (»generalklausuler«).
47. *Beatson* (1998) noterer de betydelige vanskeligheder med at gennemføre direktivet i praksis og beskriver endvidere, p. 968, hvorledes en virkning af direktivet kunne blive en introduktion i engelsk Contract Law af et bredere, almindeligt princip om »good faith«. Se også *Whittaker* (2000), p. 98ff.
48. *Collins* (1999), bl.a. p. 196ff.: »The classical law of contract ... strove to achieve through formal legal rationality using a clear set of rules and doctrines a fixed set of contractual entitlements. This legal formalism was suitable for supporting business expectations in the kind of legal relations found in the developing market economy, where small businesses entered into many discrete contracts with suppliers and customers. In the twentieth century, however, long-term supply contracts, distribution systems based upon franchises, and employment relations in a career hierarchy require the law the evolve mechanism for recognizing and supporting expectations of flexibility and co-operation.« A.st., p. 360 peges på *globaliseringen* af markederne som den afgørende udfordring for kontraktretten.
49. Snarere tværtimod, jf. herved *Walford v. Miles*, (1992) 2 AC 128 (ang. »negotiations in good faith«) og om dommen *Cheshire, Fifoot & Firmston* (1996), p. 69f.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

Cheshire, Fifoot & Furmston (1996), p. 27 og Collins (1999), p. 286, hvorimod Teritel (1981), p. 17 er noget tilbageholdende.

Amerikansk ret adskiller sig fra engelsk ved, at princippet om »good faith« er lovfæstet med UCC sec. 1-203.⁵⁰ Også her fremhæves princippet som et afgørende moment i den nyere udvikling, jf. således Beatson & Friedmann (1995) p. 16, der beskriver moderne Contract Law som karakteriseret ved kontrol, overvågning og indgreb med hensyn til både aftaleindgåelse (formation) og forpligtelsens indhold (content; bl.a. krav om good faith) og konkluderer, at på det teoretiske niveau »... the approach which attributes the main body of contract law to the parties' intention has been largely abandoned«. Som de primære årsager hertil nævnes den øgede lovgivning inden for kontraktsrettens område, forbrugerbevægelsen, standardaftaleretten og udviklingen af en almindelig loyalitetsstandard (»substantive justice«). Tilsvarende Reiter (1983), p. 714, 718, 729ff.

6. Regelværkets eksplosion og specialisering

På det tidspunkt, hvor Julius Lassen formulerede sin »almindelige del«, fandtes af lovgivning i dansk ret på formuerettens område stort set kun Chr. V's Danske Lov (1683), hvortil kom en række mindre love, bl.a. Tyendeloven (1854), Konkursloven (1872) og Vekselloven (1880). Julius Lassen kendte alle love og havde – ifølge eget udsagn – læst stort set alle relevante domme. I dag kan ingen have et sådant overblik, jf. således Pagh's artikel fra 1998: »Er uvidenhed en retskilde – bl.a. om hvordan man forholder sig til 7.482 sider Lovtidende om året«.⁵¹ Ud over udviklingen i lovmaterialet – som desuden bliver stadig mere internationalt – kommer en række øvrige retskilder (bl.a. PECL og standardaftaler). Induktionsgrundlaget er kort sagt eksploderet siden 1880-erne.

Induktionsgrundlaget udgør den konstruktive metodes akilleshæl. Julius Lassens (induktions)grundlag er stort set gældende formueret. Hos senere forfattere må der foretages en udvælgelse, og ambitionerne bliver som påpeget af Ole Steen-Olsen mindre og mindre: Fordringer »i almindelighed« eller for »vigtigere grupper« af sådanne (Ussing), »vanlige« tilfælde (Arnholm) eller blot regler for »forskellige« kontraktstyper (Augdahl).⁵² Skaden kan begrænses, hvis man vælger sit induktions-

50. »Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement«. Se også og helt generelt *Restatement of Contract Second*, sec. 205 (»good faith and fair dealing«).

51. Pagh (1998), især p. 219, hvor regelængden er opgjort fra perioden 1925 til 1996. A.st., p. 220 fn. 11 angives tykkelsen (sic!) af EF-tidende afdeling L således: 1981: 99 cm; 1992: 114 cm; 1995: 92 cm. 1999-udgaven måler 108 cm.

52. Ole Steen-Olsen (1973), p. 107.

grundlag godt, dvs. hvis man i *regelgrundlaget* kan identificere og udlede klare principper. Heri består der også – og navnlig for dansk ret – en række problemer, som især knytter sig til *Købeloven* fra 1906, som fortsat udgør den centrale almindelige lov.⁵³ Købelovens autoritet er imidlertid i stærk aftagen i takt med køberettens internationalisering og specialisering. For *internationale* købsaftaler haves CISG, som på en lang række punkter adskiller sig afgørende fra Kbl.⁵⁴ Lovens direkte betydning er således begrænset til *indenlandske* køb, men selv dette område er præget af specialisering. For *forbruger*køb har der siden 1979-ændringen⁵⁵ været særlige til dels præceptive i lovens §§ 4a og 72-86, jf. § 1, stk. 2 og 1a, stk. 2. I forbindelse med implementeringen af *direktivet om forbruger*køb og *garantier* (1999/44/EF) senest den 1.1.2002 må man forvente, at forbrugerkøb yderligere vil distancere sig fra den klassiske køberet, idet forbrugerkøberetten samtidig tilføres en række regler og principper vedrørende den centrale mangelslære, som afviger fra traditionel dansk ret. For *handels*køb findes der på visse områder væsentlige standardaftaler, jf. herved *Göran Ramberg*, som påpeger, at den svenske købelov fra 1990 inden for store dele af sit område kun har »marginell betydelse«, idet standardaftalerne har overtaget.⁵⁶

Man kunne hævde, at betydningen af den øgede lovgivning inden for den centrale kontrakts- og obligationsret var af begrænset betydning, idet man i det mindste måtte anse påvirkningen for begrænset til *beskyttelsespræceptive* (»tvingende«) regler, dvs. regler, som ikke kan fraviges ved aftale til skade for den part, som søges beskyttet ved lovreglen. Den

53. Det fremholdes gentagne gange i *Kbl-mot.*, at reglerne om misligholdelse »stemmer med gældende Ret«, er »hjemlet ved Sædvane« eller er i overensstemmelse med »herskende Retsanskuelse«, har »sikker Hjemmel i vor Praxis«, »følger af almindelig gældende Regler«, jf. f.eks. *Kbl-mot.* sp. 3395 og 3397, 3398 (§ 21), 3399 (§ 22), 3401 (§ 23), 3402 (§ 23), 3406 (§ 25) og 3443, 3444, 3447 (§ 42) og *Grundtvig* (1906), p. 156. Motiverne (bilaget) er forfattet af N. Lassen, Julius Lassen og L.A. Grundtvig. Henset til Julius Lassens direkte medvirken i arbejdet og til den vægt allerede samtiden tillagde hans fremstillinger (1892-udgaven af alm.del) er der næppe tvivl om, at der med almindelig og gældende ret i høj grad sigtes til Julius Lassens fremstillinger, og dermed til 1800-tallets praksis.

54. Nærmere *Lookofsky* (1996), p. 17f., som noterer væksten i særregler og CISG, men på trods heraf fremholder betydningen af studiet af Købeloven som grundlaget for tilegnelsen af den almindelige del. Se dog også, a.st., p. 34f., hvor det anføres, at Købelovens matrix – dens lodrette inddeling – er lidt for speciel til at kunne danne grundlag for fremstillingen, som i stedet tilpasses »obligationsrettens almindelige [vandrette] tanke-matrix«. Dette angives i øvrigt at svare til CISG.

55. Lov 147/1979, jf. bet. 1978/845 om forbrugerkøb.

56. *Göran Ramberg* (1999), p. 302 og 305f.

deklaratoriske regulering burde – kunne man hævde – holdes udenfor, idet denne type regulering respekterer aftalefriheden. Man kunne på denne baggrund hævde, at lovgivningens betydning var begrænset til forbrugerretten o.lign. særlige områder, men ikke angik den centrale obligationsret, dvs. aftaleforhold mellem kommercielle parter.

Denne betragtning er for formel.⁵⁷ Den øgede regeltæthed medfører i sig selv en retsvirkning, jf. således ovenfor om aftalefortolkningen, hvor der er en øget tendens til at fortolke aftaler i overensstemmelse med deklaratorisk ret og til at kræve en særlig klarhed, dersom parterne ønsker en retstilstand, som afviger herfra. Regeleksplosionen har således betydning for kontraktsrettens indhold, og dette gælder både for så vidt angår præceptive og deklaratoriske regler. Begge reguleringstyper medvirker – med forskellig intensitet – til den almene *objektivering* og *specialisering*. En traditionel vertikal beskrivelse af obligationsretten – induktion af hovedregler og deduktion på baggrund heraf – bliver herved stadig vanskeligere.

7. Aftalerettens konstruktion

Aftaleloven udgør en af den almindelige kontraktsrets bærepiller. Aftalelovens tre grundsten er viljesdogmet, tillidsprincippet og løfteprincippet. Som det er fremgået ovenfor, må det i dag afvises, at viljesprincippet udgør kontraktsrettens ubestridte omdrejningspunkt. I dette afsnit skal det vises, hvorledes de to øvrige grundsten i Aftaleloven i dag heller ikke fremstår med større klarhed eller autoritet.

Anerkendelsen af *tillidsprincippet* i dansk ret i 1880-erne havde karakter af en afvisning af »viljesprincippet«.⁵⁸ Det har næppe videre praktisk betydning, hvilket princip der anses for det bærende,⁵⁹ idet begge principper viser tilbage til den klassiske, subjektivistiske opfattelse af kontraktsretten.⁶⁰ Det har imidlertid afgørende signalværdi, at tendensen i

57. Grönfors (1988), p. 322 og Ramberg (1995), p. 501ff. og 512. Tilsvarende Wilhelmsson (1998), p. 265f.

58. Heri lå en vis objektivering, jf. henvisningen til »omsætningens sikkerhed« hos Ussing (1950), p. 151ff.

59. Zweigert & Kötz (1998), p. 408 og Hellner (1997b), p. 364.

60. Grönfors (1993), p. 27, hvorefter »overgangen« fra et viljeprincip til tillidsprincippet ikke krævede »... någon ommöblering av grundmönstret i avtalsläran ... bara en vridning av utgångspunkten etthundraåttio gradar – från avgivarens till mottagarens position«.

nyere dansk⁶¹ og svensk ret går i retning af en afvisning af tillidsprincippet til fordel for *erklæringsteorien*.⁶² Som baggrund for dette systemskifte fremhæver *Grönfors*, at erklæringsprincippet hviler på en sådan *objektiveret* bedømmelse,⁶³ som afspejler den moderne kontraktsrets vilkår bedre end den traditionelle subjektivistiske opfattelse, som tillidsprincippet (og viljesprincippet) hviler på.

Også *løfteprincippet* er under pres i disse år. Ifølge løfteprincippet er et tilbud bindende for løftegiver, når det kommer til løftemodtagers kundskab.⁶⁴ Tilbagekaldelse er herefter kun mulig, såfremt tilbagekaldelsen kommer frem til løftemodtager forinden eller samtidig med, at løftet kommer til hans kundskab (Aftl § 7). Alternativet til løfteprincippet er *kontraktsprincippet* (»overenskomstteorien«), hvorefter aftaler kan tilbagekaldes indtil det tidspunkt, hvor løftemodtager har accepteret tilbudet, uanset kundskabstidspunktet. Dette er den traditionelle anglo-amerikanske model.⁶⁵ Tendensen i den *internationale regulering* peger for tiden klart i retning af et (modificeret (denationalt)) kontraktsprincip, jf. herved både CISG,⁶⁶ PECL⁶⁷ og UPICC.⁶⁸ For så vidt angår CISG har Danmark (Norden) taget forbehold for konventionens anvendelse i så henseende, men herved er udviklingen i den internationale kontraktsret ikke sat i stå. Det forekommer således ikke utænkeligt, om Danmark på et tidspunkt måtte reoverveje løfteprincippets status. En anerkendelse af kontraktsprincippet ville næppe give anledning til praktiske proble-

61. *Bryde Andersen* (1997), p. 80f.

62. Dette er som ovenfor anført den traditionelle »norske« model. Ifølge *Bryde Andersen* (1997), p. 80 er erklæringsprincippet karakteristisk ved »... at lade det være afgørende, hvorledes en erklæring rent faktisk må forstås, uanset hvilken vilje, afgiveren har haft [cfr. viljesprincippet] og uanset, hvordan modtageren har læst den [cfr. tillidsprincippet]«.

63. I i form af en fokusering »... på den yttre iakttagbara förklaringen sådan denna framträder för en objektiv betraktare«, jf. *Grönfors* (1993), p. 20f. (»förklaringssteorin«).

64. *Julius Lassen* (1917-1920), p. 32ff. og *Ussing* (1950), p. 53ff.

65. Nærmere *Cheshire, Fifoot & Furmston* (1996), p. 58ff., som noterer, at løftegiver kan forpligte sig til at holde et tilbud åbent ved en selvstændig aftale herom, idet denne da skal opfylde de almindelige krav, herunder om consideration.

66. Art. 16 og nærmere *Lookofsky* (1996b), p. 33f.

67. Se artikel 2:202. Også her er der tale om en modificeret kontraktmodel, jf. således artikel 202(3)(a), hvorefter et tilbud ikke kan kaldes tilbage, hvis det fremgår af tilbudet, at det er »irrevocable«.

68. Artikel 2.4, som ligeledes modificeres i tilfælde af, at tilbudet af løftegiver er gjort utilbagekaldeligt.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

mer,⁶⁹ men har som erklæringsprincippet stor signalværdi: Kontraktsrettens denationalisering.

Fremtidens udvikling inden for aftaleretten må således forventes i vid udstrækning at bevæge sig ad baner, som er forskellige fra dem, som er angivet ved Aftaleloven. Aftalelovens betydning for nutidens og fremtidens kontraktsretlige udvikling og diskussionen er således – på samme måde som Købeloven – ganske begrænset.

8. Rettens denationalisering

Formueretten har traditionelt været meget lydhør over for internationale strømninger.⁷⁰ Internationaliseringen har imidlertid ændret karakter i løbet af de seneste ca. 20 år. For det første er handlen blevet mere international i kraft af forbedrede transport- og kommunikationsforhold. For det andet er den retlige regulering blevet mere international og intens. I sidstnævnte forbindelse kan påvirkningerne udsondres i to brede strømninger af almen betydning: *Regionaliseringen* (EU og PECL) og *globaliseringen* (i det følgende CISG og UNIDROIT). De internationale regler giver anledning til vanskeligheder i henseende både til de konkrete regler (bl.a. kontraktsprincippet i del II) og for indplaceringen af reglerne i det traditionelle system.

8.1. Regionaliseringen

EU-rettens påvirkningen er særligt interessant og adskiller sig fra et traditionelt internationalt samarbejde på navnlig to måder, som til dels hænger nøje sammen: Harmoniseringens *midler* og harmoniseringens *indhold* (»værdier«).

Grundlaget for EU-reguleringen er givet med *EF-traktaten* (TEF, Amsterdam). Traktaten udgør i visse tilfælde det direkte grundlag for indgreb. Dette har navnlig betydning inden for det konkurrenceretlige område, jf. herved navnlig artikel 81 EF og de deraf afledte gruppefritagelsesforordninger, som inden for deres respektive områder – bl.a. teknologioverførselsaftaler (240/96) og vertikale distributionsaftaler (2790/99) – indeholder detaljerede regler. I andre tilfælde tilvejebringer Traktaten det fornødne hjemmelsgrundlag for sekundær lovgiving i form af navn-

69. Se nærmere Grönfors (1993), p. 24f., herunder om kritikken af løfteprincippet (etableringen af et »haltende retsforhold«). Se også Ramberg (1999), p. 105.

70. Julius Lassen (1917-1920), p. 22f.

lig *harmoniseringsdirektiver*. Inden for kontraktsretten er der i den forbindelse navnlig grund til at fremhæve den ganske omfattende mængde forbrugerdirektiver: 85/374 (produktansvar), 85/577 (dørsalg), 87/102 (som ændret ved 90/88 og 98/7) (forbrugerkredit), 90/314 (pakkerejser), 93/13 (urimelige kontraktvilkår), 94/47 (timeshare), 97/7 (fjernsalg) og 99/44 (forbruger køb og garantier).⁷¹

Direktiverne indebærer inden for deres respektive områder tilvejebringelsen af en mere eller mindre ensartet regeltilstand i form af en *direkte* harmonisering.⁷² Det kan i den forbindelse noteres, at den direkte harmonisering af kontraktsretten er af ganske fragmentarisk art, idet et par af direktiverne dog angår centrale områder; produktansvar, urimelige kontraktvilkår (standardaftaler) og forbruger køb. Direktivernes praktiske betydning er imidlertid ganske vanskelig at bedømme, hvilket navnlig skyldes, at fortolkningen af direktiverne påhviler EF-domstolen i overensstemmelse med Traktatens regler herom (art. 234 EF (ex 177) præjudicielle søgsmål). Man kunne således forestille sig en udvikling i domstolens praksis af mere almene EU-kontraktsretlige figurer, hvis anvendelse ikke er begrænset til de direktivregulerede områder. Dette har ledt visse forfattere til at beskrive virkningen af harmoniseringen som udlægningen i de nationale retssystemer af »time bombs«,⁷³ hvis raserende virkning kun vanskeligt lader sig forudse. Den *indirekte* harmonisering kan med andre ord udmærket række langt videre end det indtryk, man får ved en umiddelbar gennemlæsning af de foreliggende direktiver m.v.⁷⁴

71. Se for en oversigt over de vedtagne og nu foreslåede direktiver *Elmer & Skovby* (1999). Se om betydningen af Kontraktkonventionen i denne henseende *Quigley* (1997), p. I/5ff. Se nu og også fra den erhvervsmæssige kontraktsrets vedkommende Dir. 2000/31/EF om elektronisk handel, som indeholder regler om bl.a. elektroniske kontrakter (art. 9), oplysningspligt (art. 10) og ordreafgivelse (art. 10), som yderligere vil medvirke til at specialisere kontraktsretten.

72. Karakteren af ensretningen beror på direktivet. Direktiverne er typisk »minimumsdirektiver«, hvorved det overlades til de enkelte unionslande at etablere national lovgivning på et »højere« niveau end direktivets regler. Produktansvarsdirektivet er imidlertid et »maksimumdirektiv«, hvorved de enkelte lande afskæres fra at fastsætte egne regler, der går videre end direktivets.

73. *Wilhelmsson* (1994), p. 94 m.henvs.

74. En af de mest iøjnefaldende »bomber« er fortolkningen af »urimelige« kontraktvilkår i dir. 1993/13. Se herom *van Gerven* (1998), p. 100ff. og *Wilhelmsson* (1994), p. 99 og 150, som begge antager, at EF-domstolen i sin konkrete fortolkning vil anlægge en restriktiv linje. *Hesselink* (1998), p. 309 ser et princip om »redelig forretningskik« som et middel til at overføre til EF-domstolens »extensive powers«. Tilsvarende *Bernitz* (1996a), p. 115f., som anser direktivet for at have central be-

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

En række forfattere går dog endnu videre i deres beskrivelse af EU-rettens betydning for den nationale formueret. Ifølge disse forfattere kan EU-rettens betydning for formueretten ikke reduceres til den direkte og indirekte harmonisering. Den vigtigste påvirkning består i en mere eller mindre skjult nomtilpasning til den EU-retlige regionaliseringsmålsætning: *Privatrettens europæisering*⁷⁵ (»Vermeingeschaftung«) og rettens almene denationalisering.⁷⁶ Også »de danske erhvervsvirksomheders grundlov«⁷⁷ – Konkurrenceloven – indgår i denne bevægelse med sit erklærede formål om EU-konformitet.⁷⁸

I principiel henseende er det væsentligt at notere, at europæiseringen af kontraktsretten ud over at tilføre retssystemet flere og stadigt mere komplicerede og specialiserede regler også har betydning for den principielle opfattelse af kontraktsretten og aftalen som sådan. *Joerges* noterer således ud over rettens europæisering også rettens *rationalisering* i form af »... the replacement of practical and value-rational elements of law by methodically controlled, argumentatively and systematically structured doctrines«.⁷⁹ EU-retten kan herved siges at hvile på en *instrumentalistisk* opfattelse af aftaleforholdet: Aftalens ses som et middel til at realisere

tydning for en evt. kommende europæisk kodifikation (European Civil Code) og i samme retning *Whittaker* (2000), p. 119f. Se også om direktivet *Plesner Björk* (2000). Som et andet potentielt »almindeligt« begreb nævnes i litteraturen »forbrugers berettigede forventning« (»legitimate consumer interests«), jf. nærmere *Stuyck* (2000), p. 393ff. m.henvs. Begrebet er senest medtaget i dir. 1999/44, art. 2, d, hvorefter forbrugsvarer anses for at være i overensstemmelse med købsaftalen (og dermed ikke mangelfulde), hvis de »har den beskaffenhed og brugbarhed, der er sædvanlig for varer af samme type, og som forbrugeren med rimelighed kan forvente under hensyntagen til deres art ...« (kursivering tilføjet her). I følge *Stuyck* (2000), p. 395, er formålet hermed, jf. også direktivets præambel, punkt 5, »... to found the Community's competence in the field of consumer (contract) law ... to meet the consumers' expectations in the internal market«.

75. *Wilhelmsson* (1994) især p. 126f., *Joerges* (1996), *Micklitz* (1998), især p. 254f. og *Stuyck* (2000), p. 396f. Se også *Collins* (1994), p. 229: »The first wiffs of smoke from the furnace of ... EC law have now trailed over general contract law. The driving logic behind this federalism is clear enough: for a single market to function efficiently and competitively throughout Europe, the market must rest on harmonious ground rules« og *Michaels* (1998), p. 589: »Das gemeinschaftliche Konzept des Vertragsrechts, das in erster Linie das Funktionieren von Märkten anstrebt ...«. Se endvidere kommentarerne i CMLRev 1998.1013-1018 (»the creeping Europeanization of private law«) og 1997.207-212, især p. 207f. og 212.

76. *Joerges* (1996), især p. 78ff.

77. *Fejøl* (1997c).

78. Nærmere nedenfor, kapitel, 5.2.3.1.

79. *Joerges* (1996), p. 84, jf. også *samme* (1995), p. 179.

de regionale målsætninger. De retlige rammer for aftalereguleringen skal således findes inden for den almene regionale målsætning, herunder etableringen af det indre marked.

PECL

Et udtryk for en mere idealitisk betonet stræben efter opnåelse af EU-retsenhed i form af en fælles »EU-retskultur«⁸⁰ / »*A European Community Contract Law*« er *the Principles of European Contract Law* (PECL). Arbejdet hermed forestås af den selvbestaltede »Commission on European Contract Law« (»Lando-kommissionen«). Kommissionen, der primært består af videnskabsmænd, har i år 2000 udsendt et samlet udkast, som omfatter stort set hele den centrale kontraktsret: General provisions, formation of contracts, authority of agents, validity, interpretation, contents and effects, performance, non-performance and remedies in general or particular remedies for non-performance.⁸¹

Regionaliseringshensynet fremhæves som en del af princippernes grundlag – »The Facilitation of Cross-Border Trade Within Europe« og »The Strengthening of the Single European market«⁸² – men sigtet er videre og omfatter »a Foundation for European Legislation« og »a Modern Formulation of a Lex Mercatoria«.⁸³ Det er således nærliggende at opfatte PECL som første forsøg i retning af en kodifikation af den »europæiske« kontraktsret: »En europæisk lovbog på formuerettens område«.⁸⁴ PECL udgør i så henseende blot en brik i et større spil, som bl.a. omfatter arbejdet med »The European Civil Code«⁸⁵ og »The European Contract Code«.⁸⁶ I samme forbindelse kan

80. *Dougan* (2000), p. 856f., 860 og 884f. påpeger, hvorledes en »dybere« harmonisering, der berører Unionslandenes sociale organisering m.v., forudsætter en accept af retslig diversitet inden for rammerne af fælles (»minimums«) regulering. Dette kræver, for at kunne lykkes, at der eksisterer en fælles EU-retsbevisthed i de enkelte lande; en »dybdeharmonisering«. Se herom nedenfor om udviklingen inden for EU-konkurrenceretten, hvor EU-kommissionen som argument for en decentralisering anfører eksistensen af en fælles »konkurrencekultur i Europa«.

81. *Lando & Beale* (2000). Reglerne er ikke udformet med udgangspunkt i et bestemt retssystem. Både europæisk og amerikansk ret angives som inspirationsfaktorer (*Lando & Beale* (2000), p. xxv). Sigtet har således ikke været hverken at beskrive gældende ret (à la de amerikanske Restatements) eller at tilvejebringe et almindeligt sammenhængende retssystem. Reglerne er formuleret ud fra en opfattelse af, hvad der må anses for den almindelige – og i følge kommissionen hensigtsmæssige – løsning af et givet problem (»the common core«).

82. *Lando & Beale* (2000), p. xxi.

83. *Lando & Beale* (2000), p. xxiii.

84. Jf. *Lando* (1996) og (1998), som diskuterer bl.a. det klassiske kodifikationsspørgsmål: Fra »oven« (*Thibault*) eller fra »neden« (*von Savigny*)? Se hertil også *Lookofsky* (1997), som – forståeligt – er meget skeptisk over for en kodifikation »fra oven« af den europæiske formueret. Tilsvarende *van Gerven* (1998), p. 91.

85. Nærmere samlingen af artikler hos Arthur Hartkamp m.fl. (red.) »Towards a European Civil Code«, 1998, se især *Hondius* (1998), p. 18f.

86. Se for en oversigt over det aktuelle arbejde og for en historisk introduktion *Lando* (2000).

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

som eksempler på en begyndende fælleseuropæisk bevidsthed på kontraktsrettens område desuden nævnes *Quigleys* monografi »European Community Contract Law« (1997) og *Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker* (red.) »Good Faith in European Contract Law« (2000).⁸⁷

8.2. Globaliseringen

Det indtil nu klareste udtryk for kontraktsrettens globalisering er »the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods« – *CISG* (»the Vienna Convention«), som er tiltrådt af mere end 50 lande, som tilsammen står for godt to tredjedele af den globale samhandel.⁸⁸

Den direkte betydning af *CISG* for national ret beror på den konkrete gennemførelse. I Danmark har man i den forbindelse beklageligvis søgt at begrænse betydningen af *CISG* mest muligt. Dels gælder Kbl af 1906 uden tilpasning til *CISG* for »indenlandsk køb«, dels har Danmark – sammen med de øvrige nordiske lande – taget i forbehold i henhold til *CISG* artikel 94 for anvendelsen af reglerne i *CISG*, del II om »aftalens indgåelse«. Det kan i den forbindelse noteres, at *CISG* i de øvrige nordiske lande har haft (meget) større betydning, idet de nationale købelove dér i et vist omfang er modelleret over *CISG*,⁸⁹ hvortil kommer, at man – især i Norge – med udgangspunkt i *CISG* efterhånden har etableret et grundlag for en fælles, almindelig misligholdelsesregel i form af kontrolansvaret formuleret over *CISG*, artikel 45, stk. 1, b, jf. artikel 79.⁹⁰

Betydningen af *CISG* for dansk købe- og kontraktsret rækker dog videre, end en isoleret læsning af *CISG*-reglerne lader ane. En væsentlig indirekte påvirkning følger af de international (og harmoniserede) privatretlige regler, som i en række meget praktiske tilfælde medfører, at

87. Jf. nærmere *Whittaker & Zimmermann* (2000), p. 8f.

88. *Lookofsky* (1996b), p. 1.

89. Forbeholdet for del II er dog også taget af de øvrige nordiske lande. Seneste har *Island* bragt sin købeov i overensstemmelse med *CISG* (dvs. den norske model).

90. Se nærmere hos *Ulfbeck* (2000), p. 53f. med henvisninger, som dog påpeger, hvorledes kontrolansvaret (endnu) ikke i den svenske litteratur anerkendes som den »almindelige regel«. Se fra norsk ret også NOhl, § 39e, stk. 6: »Opphavsmannen kan kreve erstatning for skade som følge av mislighold. Dette gjelder likevel ikke i den grad det godtgjøres at skaden skyldes en hindring som er utenfor forleggerens kontroll, og som forleggeren ikke med rimelighet kunne forventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden eller å unngå eller overvinne følgene av. Ligger årsaken til skaden hos tredjemann som forleggeren har gitt i oppdrag å utføre handlinger til oppfyllelse av avtalen, er forleggeren fri for ansvar bare dersom også tredjemann ville ha vært fritatt for ansvar etter bestemmelsene i dette ledd.»

hele CISG – dvs. også reglerne om aftalers indgåelse (kontraktsprincippet) – finder anvendelse på købsaftaler, som involverer en dansk part (typisk en dansk køber).⁹¹ Hertil kommer en vis *skjult* harmonisering i form af en *almen denationalisering* af købs- og obligationsretten. Påvirkningen i så henseende lader sig ikke fastlægge endeligt, men har karakter af en dynamisk proces, jf. herved CISG, artikel 7, om fortolkningen af konventionen, hvorefter anvendelsen af CISG i national ret udgør en retskilde i forbindelse med anvendelsen af konventionen.⁹²

For dansk ret – som tilhører en gren af civil-law-familien – opleves denne udvikling således, at fremmede contract law-regler og principper – f.eks. kontraktsprincippet i del II og erstatningsbeføjelsens fremtrædende placering i misligholdelseslæren – dukker op på afgørende steder og gør identifikationen af de traditionelle regler som det naturlige omdrejningspunkt for kontraktsretten vanskelig. I anglo-amerikansk ret er udviklingen for så vidt parallel, idet man der noterer en indtrængen af klassiske civil law-principper, f.eks. naturalopfyldelse.⁹³ Henvisningen til common og civil law traditioner må dog ikke sløre, at der reelt er tale om en nedbrydning af de traditionelle grænser i form af en global, *denational* kontrakts- og obligationsret.

UPICC

Som det seneste globale initiativ på kontraktsrettens område bør nævnes *UNIDROIT*⁹⁴ *Principles of International Commercial Contracts* (UPICC) fra 1994. Principperne falder i syv afsnit: 1) General principles, 2) Formation, 3) Validity, 4) Interpretation, 5) Content, 6) Performance og 7) Non-Performance.

CISG udgør en central del af grundlaget for UPICC, som udtryk for et almindeligt internationalt udgangspunkt,⁹⁵ men ambitionerne rækker dog noget videre: »An international restatement of general principles of contract law«.⁹⁶ På visse væsentlige områder indebærer UPICC således en selvstændig retsudvikling. *Farnsworth* påpeger i den forbindelse især udviklingen i UPICC af en almindelig lære om redelig forretningsskik ved artikel 1.7 (»good faith and fair dealing«) og 2.15 (»negotiations in bad faith«).⁹⁷

91. *Lookofsky* (1996), p. 16 og 127.

92. *Honnold* (1998), p. 87ff.

93. *Beatson & Friedmann* (1995), p. 16f.

94. Institut International pour l'Unification du Droit Privé.

95. UNIDROIT Principles, p. viii.

96. UNIDROIT Principles, p. vii. Se om forholdet mellem UPICC og PECL hos *Bonell* (1996).

97. *Farnsworth* (1994), p. 63.

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

Lookofsky beskriver, hvorledes UNIDROIT-principperne i vid udstrækning inddrages i den juridiske uddannelse ved Københavns Universitet: »In this way, we openly acknowledge that the greatest influence on our *domestic law of contract* now comes from outside.«⁹⁸

9. Delkonklusion: Statusorienteringen

Statusorienteringens centrale moment er den øgede betydning, som eksterne hensyn indtager i forbindelse med den retlige bedømmelse af aftaleforhold. Det er i stigende grad samfundshensynet og ikke partsviljen, der fører ordet. For den konkrete retsanvendelse indebærer dette en tendens til en objektivisering og standardisering baseret på typeantagelser angående parternes beskaffenhed; deres *status*.

På baggrund af drøftelserne ovenfor kan statusorienteringen beskrives som kendetegnet ved følgende forhold (angivet med *kursiv*), idet de traditionelle positioner er angivet som modpol:⁹⁹

- *Objektiv* / subjektiv.
- *Individuel* / generel.
- *Dynamisk* / statisk.
- *Offentlig* / privat.
- *Denational* / national.
- ***Objektiv*/subjektiv** refererer til kontrakts- og obligationsrettens konkrete regler. Bedømmelsen af, om der er indgået en aftale, og fastlæggelsen af aftalens indhold beror i dag i vid udstrækning på almene hensyn og betragtninger angående parternes beskaffenhed, som enten er formuleret direkte i lovgivning, eller som det i kraft af generalklausuler o.lign. overlades til domstolene at udlede. Parternes subjektive forhold udgør ikke kontraktsrettens naturlige omdrejningspunkt.

98. *Lookofsky* (1998a), p. 486.

99. Se også *Wilhelmsson* (1995), p. 26ff., som noterer følgende træk ved den moderne kontraktsretlige udvikling (*kursiv*), som modstilles det traditionelle – »kontraktuelle« – udgangspunkt: *content-neutrality / content-orientation, static / dynamic approach, antagonism / cooperation, atomism / collectivism* og *abstract / person-oriented approach*.

9. Delkonklusion: Statusorienteringen

- **Individuel/generel** refererer til kontraktsrettens form, hvor det klassiske ideal (*Lassen/Ussing*) om et konsistent, lukket retssystem baseret på standardiserede (hoved)regler er sat under pres. Den konstruktive metode – induktion/deduktion – forudsætter en ensartethed i induktionsgrundlaget, som på grund af reguleringens specialisering ikke er tilstede i fornødent omfang. I stedet for en lighed i henseende til løsningerne søges obligationsrettens grundlag i dag i en lighed i henseende til typeantagelserne. Obligationsrettens primære formål overgår hermed fra at sikre en systemkonform løsning – formel klarhed – til at sikre en *konkret* rimelig løsning, som tilgodeser de involverede typeantagelser baseret på parternes status.
- **Dynamisk/statisk.** Turbulente baggrundsvilkår er i dag karakteristisk for en lang række aftaleforhold. Heraf følger et behov for en stadig tilpasning af aftaleforholdet, som kun vanskeligt lader sig forene med en bedømmelse, som tager sigte på vilkårene ved aftalens indgåelse. Kravet til retsordnen og obligationsretten er ikke længere blot at sikre, at indgåede forpligtelser honoreres, men at aftalerne virker i overensstemmelse med typeantagelserne knyttet til den pågældende aftale: »Aftaler skal gennemføres« er grundsynspunktet for denne bevægelse, som således også omfatter forskydningen *konfliktforebyggende/konfliktløsende*.
- **Offentlig/privat** angår både opfattelsen af aftalefrihedens indhold og karakter og den principielle opfattelse af aftalens betydning. Nutiden er herved kendetegnet ved, at aftalefrihed i videre udstrækning end tidligere må ses inden for retlige rammer vedrørende parternes typer. »Frihed gennem regulering« (og ikke *fra* regulering) er grundsynspunktet bag denne tendens. Aftalens betydning måles i stigende grad ud fra almene hensyn så som retfærdighed (demokrati), solidaritet, effektivitet og regionalisering. Aftalen skal tjene til at realisere en række almene hensyn og får derved karakter af et *middel* for samfundet til opnåelse af visse resultater; kontraktsrettens instrumentalisering.
- **Denational/national** refererer til, at de relevante retsregler og -principper i stigende grad formuleres uden for den nationale kontraktsret. Denationaliseringen medfører tilstedeværelsen i det nationale system af regler, som er »fremmede« i henseende både til deres form og indhold. Herved sættes den traditionelle systematik under yderligere pres, idet den konkrete regelidentifikation samtidig bliver mere kom-

Kap. 3. Nærmere om statusorienteringen

pliceret og ofte vil pege bort fra det nationale system mod f.eks. EF-domstolen, PECL, eller en udenlandsk domstols fortolkning af en regel i CISG.

10. Afhandlingens videre gang: Immaterialretsaftaler

Gennemgangen overfor har tilsigtet at støtte afhandlingens påstand om, at

udviklingen har medført en øget betoning af i forhold til parterne eksterne hensyn, således at den klassiske kontraktsrets opfattelse af parternes subjektive forhold som kontraktsrettens omdrejningspunkt ikke længere kan oprettholdes. Udviklingen kan beskrives som en bevægelse »fra kontrakt til status«.

I det følgende skal statustanken søges belyst og analyseret i forbindelse med en diskussion af immaterialretsaftaler.

KAPITEL 4

Immateriellaftaler

1. Immaterialret

Med »immaterialret« tænkes på summen af de retlige beføjelser, som er hjemlet ved de immaterialretlige love, dvs. Ophavsloven, Mønsterloven, Patentloven, Brugsmodelloven, Planteforædlingsloven, Halvledertopografiloven og Varemærkeloven (Fællesmærkeloven). Immaterialretsterminologien giver ikke anledning til tvivl,¹ men man udmærket spørge, hvilke forhold der mere alment begrunder slægtskabet mellem de immaterialretlige love?²

Det var i ældre tid almindeligt at søge en begrundelse for slægtskabet i en retsprincipiel enhed i henseende til beskyttelsesobjektets immaterielle karakter.³ Som påpeget af *Koktvedgaard* i »Immaterialretspositioner« giver en beskrivelse, som fokuserer på rettens genstand, imidlertid in-

1. Se for dansk ret især *Koktvedgaards* lærebøger i immaterialret og om de terminologiske spørgsmål *Koktvedgaard* (1965a), p. 3ff. Terminologien stammer fra tysk ret (»Immaterialrecht«) (og kaldes af *Knoph* (1936), p. 1, for et »usedvanlig heslig ord«). I engelsk og amerikansk ret anvendes normalt samlebetegnelsen »Intellectual Property (Law)«, hvilket for engelsk rets vedkommende vist kan føres tilbage til *Cornishs* lærebøger. I fransk ret er den almindelige samlebetegnelse »Propriété intellectuelle«, jf. herved den franske immaterialretslov »Code de la Propriété intellectuelle« af 1.7.1992.
2. Problemet beskrives smukkest af *Knoph* (1936), p. 2: »Stryker man i lav høide over åndsrettighetene i en åndelig flygmaskin, er det tilsynelatende helt uensartede landskaper man ser under sig. Rettighetene er ikke samlet i en felles lov, men reglerne om dem er spredt rundt omkring ... Som rettskildene er spredt, er også rettighetenes fysiognomi uensartet ... «
3. Dette er den klassiske tyske model (Immaterialgüter-læren), som dog også fremhæves af andre end tyske forfattere, jf. således *Knoph* (1936), p. 8ff. og *Godenhielm* (1996) (»Ist die Erfindung etwas Immaterielles?«). Se herom og om rettighedsdiskussionen generelt hos *Koktvedgaard* (1965a).

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

gen mening. I henseende til den retlige analyse kan rettens genstand ikke adskilles fra rettens indhold. Det er med andre ord ikke rettens manglende (rørlige) genstand, som udgør immaterialrettens kendetegn. Der består ej heller i henseende til immaterialrettens (manglende) genstand nogen retssystematisk forskel på immaterialretten til en bog som værk og ejendomsretten til bogen som eksemplar. Rettens indhold beror i begge tilfælde på den retlige regulering, der for ophavsrettens vedkommende (til dels) er samlet i Ophavsretloven, og for ejendomsrettens vedkommende må udledes af den almindelige retsorden.

Slægtskabet mellem de immaterialretlige love er således af strukturel og metodisk karakter.⁴ I henseende til lovenes struktur og den retstekniske konstruktion er samtlige love opbygget over et nogenlunde ensartet skelet bestående af regler om 1) beskyttelsens genstand (lovens emneverden, dens objekt), 2) retserhvervelse (de materielle betingelser for beskyttelse og eventuelle registreringskrav), 3) beskyttelsens subjekt, 4) en angivelse af beskyttelsens indhold (eneretten) 5) begrænsninger i denne eneret (saglig afgrænsning eller regler, som begrænser eneretten med henblik på tredjemands eller almenhedens adgang), 6) rettens udøvelse (bl.a. overdragelsesregler), 7) rettens ophør og 8) krænkelseslæren. Man kan således kende en immaterialretslov, når man ser den.

Immaterialretsaftaler kan herefter defineres som aftaler, der indebærer en udnyttelse i henseende til de immaterialretlige beføjelser, således som de fremgår af hjemmelsloven. Herunder falder både aftaler, som har en *genstand* som sit primære område, og aftaler som har en *rettighed* som sit primære objekt.

1.1. Immaterialrettens almene målsætning

Som et fællestreæk for de immaterialretlige love kunne man nævne genstandens (immaterielle) karakter af *information*. Informationsvinklen er især anvendt inden for retsøkonomien i forbindelse med diskussionen af, under hvilke omstændigheder etableringen af ejendomsrettigheder («property rights») er effektive set ud fra en samfundsmæssig betragtning.⁵ For immaterialretten noteres i den forbindelse (*public goods-teori*en), at udgangspunktet er, at den information, hvortil immaterialretten

4. *Koktvedgaard (1965a)*, p. 4: »Immaterialretten frembyder en mere eller mindre konkurrencepræget retsbeskyttelse, der er baseret på struktureringsbestemte sammenligningsregler.«

5. *Riis (1996)*, især p. 58ff. og *Cooter & Ulen (1998)*, p. 102ff. og 119ff. («laws creating property rights for ideas»).

giver eneret, er alment tilgængelig og uopbrugelig. Med henblik på at belønne frembringelsen af ny viden gives via immaterialretten eneret til den kommercielle udnyttelse heraf.

Opfattelsen af immaterialretten som knyttet til noget immaterielt og som sådan uopbrugelig er ikke snævert knyttet til retsøkonomien, jf. allerede *Knoph (1936)*, p. 9-10: »Når eireren av en potet spiser den op, blir han ganske vist mett selv, men ikke han som står og ser på. Denne beklagelige kjensgjerning må rettsordnen regne med, når eiendomsforholdene skal ordnes. De aandelige verdier er derimot av en annen sort. De kan samtidig nytes av alle uten at gaa til grunne.«

Informationsbeskrivelsen af immaterialretten er på en række punkter utilfredsstillende. »Viden om« f.eks. en særlig fremstillingsmetode er ikke i sig selv tilstrækkelig til at udløse patentret. Hertil kræves, at betingelserne i Patentloven om nyhed m.v. er opfyldt. Immaterialretten giver endvidere heller ikke eneret til information som sådan. Det, som kendetegner en patenthaver, er ikke, at han besidder en viden om en bestemt fremgangsmåde m.v., men at han har eneret til den kommercielle udnyttelse deraf, dvs. at han kan hindre tredjemands kommercielle udnyttelse af den patenterede teknologi. Patentretten har i øvrigt som et væsentligt formål at udbrede kendskabet til den information, som udgør opfindelsen. I ophavsretten gør andre hensyn sig gældende, men heller ikke her gives eneret til informationen som sådan (ideen/motivet), men blot til en konkret bearbejdelse heraf i form af et værk.

Informationslæren er imidlertid værdifuld til brug for en beskrivelse af et væsentligt træk ved den immaterialretlige eneret: Immaterialrettens *manglende faktiske eksklusivitet*. Det er således et særtræk ved den immaterialretlige eneret, at udnyttelsen af genstanden herfor ikke er faktisk eksklusiv i den forstand, at den er knyttet til et bestemt sted, et bestemt tidspunkt eller en bestemt person. Den patenterede metode til fremstilling af en kemisk forbindelse kan (typisk) udnyttes over alt på jorden og af mange personer samtidig, uden at opfindelsen derved forbruges. På samme måde kan et værk, som er lagret på en CD-rom, kopieres i det uendelige, uden at indholdet derved går tabt. Man kan ikke på baggrund heraf udlede konkrete retsfølger, ligesom der ikke herved tilsigtes udtalt noget om immaterialretten unikt.⁶ Når forholdet fremhæves her, skyldes det navnlig, at den manglende faktiske eksklusivitet har stor både principiel og praktisk betydning. I principiel henseende er det den manglende faktiske eksklusivitet, som ligger til grund for vanskelighe-

6. Se hertil fra den klassiske diskussion *Magnussen (1950)*, p. 40.

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

derne med at definere rettens objekt og subjekt og bl.a. reglerne om rettens ophør. Bestemmelsen af, *hvad* der skal beskyttes, *hvem* der skal have retten, og *hvor* og *hvor længe* og *mod hvad* retten skal kunne gøres gældende, er afgørende, fordi udgangspunktet er, at udnyttelsen i de tilfælde, som ikke falder inden for rettens område, er fri. I henseende til aftaleindgåelse følger heraf særlige problemer med at fastslå aftalens genstand og indhold, ligesom muligheden for gentagne overdragelser giver anledning til særlige problemer af loyalitetsmæssig art.⁷ For anvendelsen af de obligationsrelige regler opstår problemer med hensyn til bl.a. retsmangler og ophævelse (tilbagegivelsen)⁸ og vedrørende aftalegenstandens beståen

Etableringen af en immaterialret forudsætter egnet lovgivning. Beslutningen om at iværksætte sådan regulering kan kun forventes at blive truffet, hvis der derved opstår samfundsmæssige fordele. Som almene samfundsmæssige interesser i det immaterialretlige system kan der identificeres en gradvis udvikling og forskydning i perspektiverne bag hensynene.

Ifølge *innovationshensynet* indrømmes eneretten, fordi retten giver mulighed for en *belønning*, som medgår til at dække rettighedshaverens forsknings- og udviklingsomkostninger. I *ansporings teorien* henvises til, at immaterialretten giver virksomhederne et incitament for innovation. Med *kontrakt teorien* betones, hvorledes samfundets betaling i form af patentretten modsvares af patenthaveres offentliggørelse af den patenterede teknologi. Især ophavsretten kan desuden siges at være båret af mere ideelle hensyn; *ejendomsret teorien* (»åndelig ejendomsret«).⁹ Innovationshensynet og belønningslæren fremhæves traditionelt som bærende. Innovationshensynet er da også fortsat centralt, men må i dag læses inden for den *regionale* ramme: Det er regionens (EU) virksomheder, som skal belønnes for derigennem at klare sig i konkurrencen med virksomheder i verdens øvrige regioner. De regionale hensyn har efterhånden helt afløst de nationale og brydes nu med de *globale*, hvor de handels- og konkurrencemæssige strømninger løber sammen med andre og mere almene spørgsmål af f.eks. etisk og miljømæssig karakter, og hvor

7. Koktvedgaard (1999a), p. 362f.

8. Se nærmere hos Bryde Andersen (1988), især p. 335.

9. Ophavsretsbeskyttelsen har siden 1976 (Lov 1976:871) været nævnt udtrykkeligt i den *svenske forfatning* (regeringsformen 1974:152), jf. dennes § 19: »Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.« Se nærmere de Meij (1998), p. 318f.

de politiske, sociale og historiske forskelle vanskeliggør en entydig vurdering.¹⁰ For patentretten har udviklingen på det bioteknologiske område ledt til en række *etiske* og *økologiske* spørgsmål, som er ukendt for den klassiske patentret, f.eks. bevarelsen af den biologiske mangfoldighed.¹¹ For ophavsretten har hensynet til *ytringsfriheden* traditionelt haft en vis betydning, jf. bl.a. reglerne om citat og den manglende beskyttelse af »nyheder«,¹² men det forekommer nok rimeligt at antage, at fremtidens ophavsretlige udvikling i forbindelse med Internettet og databaser vil føre til en øget henvisning til ytringsfrihedens princip med henblik på at opnå adgang til beskyttede værker eller informationer, der befinder sig bag ophavsretlig lås og slå.¹³ Den såkaldte »Open source-bevægelse« – Linux-programmet – kan ses som et udtryk for denne tendens.

Et eksempel på de »bløde« værdiers øgede betydning for patentretten er også, at det klassiske patentretlige krav om teknisk information i disse år bliver suppleret af informationskrav af »*etisk*« beskaffenhed, jf. således pkt. 27 i bioteknologidirektivet: »Hvis en opfindelse angår biologisk materiale ... bør ansøgningen indeholde oplysninger om materialets geografiske oprindelse.« Bestemmelsen tager navnlig sigte på opfindelser, som hidrører fra regnskovens dyr, planter og mennesker m.v., og tilsigter at udgøre grundlaget for licensaftaler med befolkningen dér. En manglende efterlevelse af oplysningskravet kan dog ikke føre til patentets ugyldighed.¹⁴

10. Se som illustration af vanskelighederne *Burrells (1998)* beskrivelse af indførslen i Kina af ophavsretlig beskyttelse som et udtryk for kulturimperialisme.

11. Nærmere *Schovsbo (1998c)*, p. 479.

12. Dette er navnlig tydeligt i *tyisk* ophavsret, jf. herved *Melichar* hos *Schricker (1999)* UrhG Vor §§ 45ff. Rdn 16, men de samme hensyn ligger til grund for den danske lovgivning, jf. herved U 1997.259 H. I sagen ang. Kommissærens dagbog (Københavns byret, dom af 9. maj 1997 i sag nr. 19976/1996) påberåbtes EMRK art. 10 om ytringsfrihed og hensynet til nyhedsformidlingen til støtte for en frifindelse af redaktøren; uden held. Se i samme forbindelse *Dessermontet (1998)*, især p. 116ff., om betydning for ophavsretten af »the Freedom to Create« i FN's erklæring om borgerlige og politiske rettigheder, artikel 27(1): »Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.«

13. Også for varemærkeretten kan ytringsfriheden give anledning til spørgsmål, jf. således *Loughlan (2000)* om den amerikanske dom angående popgruppen Aquas adgang til at anvende ordmærket BARBIE i en populær popsang (»I'm a Barbie Girl«). En sådan udnyttelse bør ifølge forfatteren sikres som værende en »culturally significant« varemærkeanvendelse. Ak ja. *Posner (2000)* beskriver *økologiens* indtog på varemærkerettens område.

14. I pkt. 26 findes krav om informeret samtykke i forbindelse med opfindelser, som stammer fra humant materiale. Se nærmere Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget 10.2.2000 vedr. ændring af patentloven i anledning af bioteknologidirekti-

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

Se i samme forbindelse beslutningen fra den tyske Bundesverfassungsgericht af 10.5.2000 (Az. 1 BvR 1864/95) angående forholdet mellem bestemmelsen i den tyske forfatnings § 14, stk. 1, nr. 1 (»das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet«) og bestemmelsen i den tyske patentlov (§ 11, nr. 2), hvorefter forsøg er fri. Domstolen udtalte i den forbindelse, at »es ist mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG allerdings nur vereinbar, dem Patentinhaber solche Einbußen zuzumuten, die durch Gründe des *gemeinen Wohls* gerechtfertigt sind« (min kursivering).

Immaterialrettens øgede økonomiske betydning har udløst en række latente problemer i forholdet til den almindelige konkurrenceret (Krl og artikel 81 og 82 (EF)). For så vidt angår konkurrenceretten kan det først noteres, at immaterialretten i henseende til sin målsætning – innovation m.v. – er nært beslægtet med konkurrenceretten, som ligeledes har det velfungerende marked som mål.¹⁵ Ser man dernæst på immaterialrettens og konkurrenceretten konkrete virkemidler, er det dog klart, at grænseområdet er ladet med potentielle konflikter: »Eneret« over for »effektiv konkurrence«. Modsætningen er ikke af principiel art. Immaterialretten har som sagt ikke som målsætning at hindre den effektive konkurrence. Tværtimod. I immaterialretten anlægges blot et langsigtet – dynamisk – perspektiv. Den effektivitet, som konkurrenceretten tilstræber, omfatter også dynamisk efficiens, hvorved den immaterialretlige belønningslære m.v., kan indgå i den økonomiske effektivitetslære. I praksis viser erfaringen imidlertid, at der i visse tilfælde kan opstå problemer med hensyn til afgrænsningen af konkurrence- og immaterialretten i forbindelse med f.eks. licensnægtelse. Dette er navnlig tilfældet, når man, som tilfældet er i dag, i stigende grad baserer den konkurrenceretlige regulering på forbudsmodellen.¹⁶

Den moderne immaterialret befinder sig således for tiden i en brydningstid, hvor den almene *afbalancering* af interesser bliver stadig vanskeligere. Disse spørgsmål vil blive belyst undervejs, men der er grund til allerede nu at notere, at den almene *statusorientering* også for imma-

vet (L 412/31.5.2000 (LF 66 1999/2000)). Spørgsmålet påtænkes reguleret i registreringsbekendtgørelsen (374/19.6.1998) som § 3, stk. 5 og 6.

15. For at understrege slægtskabet fremstilles konkurrencerettens regler undertiden sammen med immaterialrettens under samlebetegnelsen »Markedsret«. Markedsretten som begreb blev introduceret af *Bernitz (1969)* (disputatsen »Marknadsrätt«) og er overtaget i dansk ret af navnlig *Palle Bo Madsen (1998/I & II)*. Se senest om afgrænsningen af konkurrence- og markedsretten hos *Heide-Jørgensen (2000)*, p. 54ff.
16. Se generelt om forholdet mellem immaterialretten og konkurrenceretten *Schovsbo (1996a)*, især p. 9-18.

2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler

terialretten indebærer en instrumentalisering, objektivering og standardisering.

2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler

2.1. Retskildespørgsmål

Den almindelige retskildelære befinder sig for tiden i en omstillingsperiode. Baggrunden herfor er til dels de samme forhold, som overfor er identificeret som drivkraften bag statusorienteringen: Bl.a. rettens internationalisering, EU-retten, rettens differentiering (»soft law«),¹⁷ standardaftaler og retlige standarder.¹⁸ Resultatet kan aflæses flere steder. Dels i form af en søgen efter nye rammer og modeller,¹⁹ dels ved en forskydning inden for den mere traditionelle ramme,²⁰ dels og endelig ved nedtoning af retskildelærens traditionelt offentligtretlige profil.²¹

I det følgende skal først drøftes nogle retskildemæssige spørgsmål, som har særlig almen interesse – standardaftaler og formuerettens internationalisering. Derpå drøftes nogle emner, som har betydning direkte for immaterialretsaftaler – lovgivning (herunder om Købelovens betydning) og domme. Retskildemæssige emner berøres i øvrigt undervejs.

2.1.1. Standardaftaler

Som retskilder betragter *Strömholm* alene faktorer med »normativ betydelse och generell användbarhet«. ²² En *aftale* mellem to parter er således normalt ikke en retskilde, som kan og bør inddrages ved bedømmelsen af forholdet mellem andre end aftalens parter. I det omfang aftalen er udtryk for en *retssædvane*, er denne en retskilde. Den traditionelle definition af en »retssædvane« er en adfærd, som har været fulgt 1) almindeligt, stadigt og længe, og 2) i den tro, at der var tale om en retlig forplig-

17. *Ruth Nielsen* (1999), bl.a. p. 17f., 23ff. og 131f.

18. *Nygaard* (1999), p. 200ff. og *Tore Lunde* (2000), p. 146ff.

19. *Zahle* (1999) og *Nygaard* (1999).

20. *Ruth Nielsen* (1999), p. 32: »Dommerskabt ret, retsvidenskaben og generelle retsprincipper synes at vinde frem, mens lovgivning, navnlig national lovgivning, og forarbejder er på retur.« Se også generelt, a.st., bl.a. p. 17f., 23ff. og 131f.

21. *Ulfbeck* (2000), p. 19f.

22. *Strömholm* (1996), p. 318. Den nærmere afgrænsning af »retskilderne« giver anledning til nogen diskussion. Som »retskilde« betragter *Ross* enhver faktor, som rent faktisk har betydning ved bedømmelsen af, hvad de er gældende ret på et givent område, jf. herved *Ross* (1971), p. 92: »Indbegrebet af de faktorer, der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel, hvorpå han basere sine afgørelser ...«

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

telse.²³ En fast aftalepraksis kan udgøre grundlaget for identifikationen heraf.

Retssædvanen tilpasses kun langsomt efter de forhold, som livet leves under, og har derfor ikke videre betydning inden for områder, hvor udviklingen er hurtig, som f.eks. immaterialretten, hvor både de faktiske og retlige vilkår forandres konstant. Her har *standardaftaler* i form af agreed documents derimod stor praktisk interesse, idet sådanne aftaler relativt hurtigt og smidigt kan etableres, jf. f.eks. modelkontrakten vedrørende faglitterære værker, som pr. 1.1.1998 blev godkendt af UBVA og Den danske Forlæggerforening til brug for udgivelse af videnskabelige og populærvidenskabelige værker. I denne aftale tages bl.a. stilling til spørgsmålet om digital udnyttelse, dvs. et område, som ikke traditionelt er reguleret i forlagsaftaler, og hvor der endnu ikke har manifesteret sig retssædvaner. Set ud fra en traditionel retskildemæssig betragtning ville reglerne i den nævnte modelkontrakt kun kunne anvendes i forholdet mellem parter, som ikke har vedtaget aftalen i deres indbyrdes forhold, hvis aftalen eller det pågældende vilkår havde karakter af en retssædvane.

Den retskildemæssige bedømmelse af standardaftalen (agreed documents) er imidlertid ikke åbenbar. Det giver vel ikke anledning til tvivl, at en traditionel aftale indgået af to parter efter indbyrdes forhandling almindeligvis kun bør have betydning for disse. Det forekommer imidlertid lige så åbenbart, at vurderingen af aftalen bliver vanskeligere i takt med, at aftalen antager en mere almen karakter, herunder navnlig i form af agreed documents, som er udformet efter forhandling mellem modstående organisationer. Med disse aftaler nærmer man sig egentlig (»privat«) lovgivning²⁴ og hermed en faktor af »normativ betydelse og generel anvendbarhed«.

I henseende til den retskildemæssige vurdering kunne man på den baggrund udmærket argumentere for en anerkendelse af standardaftalen (agreed document, som det klare eksempel) som en retskilde i sig selv, som kunne og burde tage i betragtning ved retsanvendelse allerede fra tidspunktet for aftalens indgåelse mellem de respektive organisationer. Ved at knytte standardaftalens legitimitet i retskildemæssig hense-

23. Wegener (2000), p. 21 m.hevns. til Bentzon.

24. I principiel henseende kan man med Göran Ramberg (1999) spørge: »Skal land bygges med lag eller med standardaftal?« Se i samme forbindelse Mortensen (1999), p. 646ff. og 696 om fordelene ved en fællesaftaleløsning på området for landbrugsforpagtning.

2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler

ende til omstændighederne i forbindelse med aftalens (formelle) vedtagelse frem for, som for retssædvanen, til den faktiske anvendelse, opnår man først og fremmest en dynamisk og hurtig retsudvikling. Den almindelige rets(kilde)lære er næppe til hinder for en sådan mere umiddelbar anvendelse,²⁵ som da også i praksis vil have stor betydning.

Også i mere principiel henseende kan der spores en ændret opfattelse af aftalen i retskildelæren, jf. således *Nygaard (1999)*, p. 295: »etter mitt syn bør ein festa seg ved at avtalen er det *primære retsgrunnlaget* for løysing av tvistor mellom partane i saka ...«. En tilsvarende opfattelse er fremsat i polycentrien, se henvisningerne hos *Ulfbeck (2000)*, p. 11. Se også *Zahle (1999)*, p. 9 og 14-19.

2.1.2. PECL og UPICC

Et første skridt i forbindelse med vurderingen af Princippernes betydning for en konkret tvist består i at overveje, om de har karakter af *retssædvaner* (kutymer) og i givet fald anerkende dem i så henseende. Man kunne i den forbindelse henvise til, at sædvaneretsdannelsen i merkantile forhold traditionelt har haft international karakter (*lex mercatoria*),²⁶ samt at sædvaneretten i øvrigt har sådanne aftaleforhold som et af sine centrale områder.²⁷ Principperne er dog ganske vanskelige at håndtere i denne sammenhæng. PECL og UPICC har karakter af kunstprodukter, hvis enkeltregler kun sjældent kan føres tilbage til identificerbare kilder, idet de udgør en »common core«. Dette kunne tale for at anse Princippernes direkte betydning som begrænset. Som det er anført ovenfor, bør man dog ikke lade en traditionel opfattelse af retssædvanen overskygge de reale forhold i forbindelse med nutidens retsudvikling. Formuerettens almene internationalisering og – for PECL – regionaliseringen taler herved for at tillægge Principperne noget større vægt og selvstændig betydning. Herfor taler også Princippernes erklærede målsætning om en denational, afbalanceret og »almindelig« løsning. *Lookofsky* betegner da også UPICC som »a new source of Danish law«,²⁸ men noterer samtidig, at der ikke herved er lagt op til nogen ukritisk anvendelse af reglerne.

25. Se ud over *Strömholm* især *Zahle (1999)*, p. 14-19 om standardaftaler (AB92) som »heteronom« regulering. Se også *Stuer Lauridsen (1992)*, p. 155f. og *Wegener (2000)*, p. 21f., som begge fremhæver, at retssædvaner udledes på baggrund af en friere vurdering og navnlig har betydning i forbindelse med udfyldningen af individuelle eller kollektive aftaler.

26. *Ruth Nielsen (1999)*, p. 117 og *Wegener (2000)*, p. 271f.

27. *Stuer Lauridsen (1992)*, p. 155.

28. *Lookofsky (1998a)*, p. 508.

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

For aftaleforhold, der som immaterialretsaftalerne har en betydelig international tilknytning, bør Principperne således inddrages i vid udstrækning ved den kontraktsretlige bedømmelse. Dette vil formentlig også blive resultatet i praksis, hvor man må forvente, at parterne ofte vil vedtage Principperne. Selv i de tilfælde, hvor en aftale ikke indeholder en udtrykkelig henvisning til Principperne, vil en anvendelse heraf ofte være velbegrundet.

2.1.3. Særligt om immaterialretsaftalens retskilder

2.1.3.1. Immaterialretslove

Den immaterialretlig lovgivning indeholder kun i meget begrænset omfang regler af konkret betydning for immaterialretlige aftaleforhold. En række af de vigtigste regler og principper vil blive drøftet i det følgende, bl.a. konsumptionsprincippet og de ophavsretlige regler om aftalefortolkning. På dette sted noteres blot, at den immaterialretlige regulering som oftest kun på meget alment plan indeholder regler af direkte betydning for immaterialretsaftaler.

En række figurer er dog nogenlunde stabile, idet de nærmere retsvirkninger altid må udledes af hjemmelsloven. Således indebærer *overdragelsen af et eksemplar ikke overdragelsen af immaterialretten hertil* (jf. udtrykkeligt Ohl § 53, stk. 2). Dette indebærer konkret, at fastlæggelsen af retsforholdet mellem rettighedshaver og køber af et beskyttet produkt (f.eks. en bog, en cd eller en mærkevare) f.eks. med hensyn til købers adgang til at videresælge eksemplaret eller udleje det forudsætter inddragelsen af immaterialretlige regler. I denne henseende gælder endvidere, at den principielle ramme til brug for vurderingen er nogenlunde klar: *Konsumptionsprincippet*. Heraf følger almindeligvis, at beskyttede eksemplarer, som er erhvervet i fri indenlandsk omsætning frit kan videresælges. Konsumptionsprincippet er temaet for afhandlingens kapitel 6.

2.1.3.2. Andre love (Købeloven)

I betragtning af fraværet af særlige regler om overdragelse af immaterialrettigheder kunne man spørge, om anden lovgivning kunne finde direkte eller analog anvendelse på immaterialretsaftaler. I praksis har man i den forbindelse navnlig diskuteret *Købelovens* anvendelighed i så henseende. CISG gælder ikke for immaterialrettigheder.²⁹

Anvendelsen af købelovgivningen giver ikke anledning til problemer for så vidt angår køb og salg af immaterialretligt beskyttede *eksemplarer*. Immaterialretlige mangler bedømmes som retsmangler, jf. CISG artikel

29. Honnold (1999), § 56: »... sales of patent right, copyrights, trademarks and 'know-how' are not governed by [CISG]«. Tilsvarende Lookofsky (1996b), p. 17.

2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler

42.³⁰ For så vidt angår aftaler om overdragelse af *rettigheder* – forlagsaftaler, patentlicensaftaler o.lign. – er spørgsmålet noget mere kompliceret.

Købelovens direkte område er aftaler om »køb«, dvs. aftaler, som indebærer en overdragelse af ejendomsretten til et formuegode mod penge.³¹ Heri ligger en vis begrænsning af lovens direkte betydning for aftaler vedrørende immaterialrettigheder, idet aftaler, hvorved erhverver blot indrømmes en partiel ret (licensaftaler), falder uden for lovens direkte anvendelsesområde.³² For sådanne aftaler kan en analog anvendelse af Købeloven dog diskuteres. Det er det almindelige udgangspunkt i den køberetlige litteratur, at loven finder direkte anvendelse ikke blot ved salg af rørlige genstande (løsøre) men også bl.a. immaterialrettigheder.³³

Spørgsmålet om Købelovens direkte eller analoge anvendelse kan ikke besvares på baggrund af en sproglig analyse af lovtekster eller ud fra betragtninger vedrørende købstransaktionen. Heller ikke lovens forarbejder kan give vejledning i denne sammenhæng. Bedømmelsen af Købelovens anvendelighed må derfor bero på en konkret vurdering af *retsvirkningerne* af anvendelsen af loven. Ifølge *Koktvedgaard* fører en sådan analyse til, at

»man i hovedsagen må bortse helt fra købeloven på dette område, og at den traditionelle antagelse, hvorefter købeloven er direkte anvendelig på overdragelse af immaterialrettigheder, må forkastes. Om overdragelse af immaterialrettigheder må man opstille *selvstændige regler*, der passer på disse rettigheders beskaffenhed.«³⁴

For immaterialretsaftaler giver Købeloven således en vis vejledning. Afgørende for den praktiske anvendelse af Købelovens regler er dog altid en vurdering af de konkrete konsekvenser af anvendelsen af reglerne. En

30. *Koktvedgaard* (1999a), p. 366f. med yderligere henvisninger.

31. *Ussing* (1985), p. 1.

32. For aftaler vedr. ophavsrettigheder er en fuldstændig overdragelse normalt ikke mulig, jf. Ohl § 3, stk. 3. Man kunne argumentere for, at dette udelukker enhver direkte anvendelse af Kbl vedr. ophavsretsaftaler, men et sådant argument er, som det vil fremgå, for formelt, og udelukker i øvrigt ikke en analog anvendelse af loven.

33. *Lassen & Ussing* (1923), p. 55, jf. også p. 66. Tilsvarende *Ussing* (1985), p. 1f. *Lookofsky* (1996a), p. 41, tilslutter sig dette, men ikke uden en vis usikkerhed: »Da Kbl gælder for køb af stort set alt, undtagen køb af fast ejendom, finder loven som *udgangspunkt* også anvendelse ved køb af edb-programmel, *rettigheder* (varemærker, patenter), goodwill, samt når ting og rettigheder sælges under ét (et bo eller en forretning).«

34. *Koktvedgaard* (1965b), p. 581.

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

automatisk eller på anden måde ukritisk direkte eller analog anvendelse af de køberetlige regler kommer ikke på tale, jf. som eksempel U 1994. 425H, hvor Højesteret overvejede, men afviste anvendelse af princippet i lovens § 5 i forbindelse med vederlagsfastsættelsen for antologier.³⁵

Den nærmere identifikation af det rene tilfælde af eksemplarsalg er undertiden vanskelig. Hvis aftalen indeholder immaterialretlige momenter, f.eks. i form af en tilladelse for erhverver til at kopiere eller ændre et computerprogram, i videre udstrækning end noget sådant følger af Ohl (§§ 36 og 37) således, at aftalen må siges at udgøre en *licensaftale*, beror Købelovens anvendelighed på de ovenfor anførte momenter. I praksis kan der herved opstå vanskeligheder især i forbindelse med forsøg på at maskere salgsaftaler som licensaftaler med henblik på f.eks. at undgå de *beskyttelses-præceptive* regler i Købeloven. I sådanne tilfælde bør man være varsom med at acceptere en omgåelse af forbrugerreglerne. Bedømmelsen må dog bero på en konkret vurdering, idet det f.eks. ikke altid vil være en fordel for forbrugeren at påberåbe sig Købelovens regler, jf. navnlig den et-årige reklamationsfrist i § 83.

2.1.3.3. Immaterialretlige domme

Der foreligger ganske få trykte danske domme om immaterialretlige spørgsmål. Der er ingen grund til at antage, at domme vedrørende disse spørgsmål skulle blive rapporteret til den juridiske litteratur i mindre omfang end domme inden for andre områder. Tværtimod tilbyder tidsskriftet NIR og andre specialtidsskrifter for netop immaterialretligt relateret praksis særligt gode muligheder for at få materiale frem, som ellers ikke ville blive almindeligt tilgængeligt. Fraværet af trykte domme er således givet udtryk for, at der kun verserer ganske få retssager om immaterialretsaftaler for de danske domstole. Noget tilsvarende gør sig gældende for udlandet. Der afgøres naturligvis langt flere sager i f.eks. Tyskland og USA om immaterialretlige spørgsmål³⁶ end i Danmark, men praksis er bemærkelsesværdig sparsom. Der mangler domme.

Manglen på domme skyldes formentlig, at tvister inden for de foreliggende områder i vid udstrækning løses i andre fora end ved de almindelige domstole. For *patentområdet* har voldgiftsavgørelser stor praktisk

35. Nærmere *Koktvedgaard* (1999a), p. 366. Se endvidere *Byde Andersen* (1987), p. 123-125 og (1989), p. 335ff. Spørgsmålet har været diskuteret ganske intenst i *svensk ret*, jf. *Hellner & Ramberg* (1991), p. 40, *Hultmark* (1993), se især p. 688, *Bernitz m.fl.* (1998), p. 265f. m. henvisninger og *Rehncrona* (1998), p. 296ff.

36. Det X. Civilsenat i den tyske højesteret afgør årligt ca. 100 sager angående patentspørgsmål. Den centrale amerikanske domstol på patentområdet er Court of Appeal for the Federal Circuit (CAFC), som i perioden 1997/1998 behandlede 331 patenttvister, jf. nærmere *Schneider* (2000), p. 867. I England har navnlig High Court, Patents betyding.

2. Den retlige regulering af immaterialretsaftaler

betydning. Tvister, som angår immaterialrettigheder i *ansættelsesforhold*, løses almindeligvis lokalt eller ved organisationers mellemkomst, således at egentlige retssager normalt undgås. De kollektive aftaler på *ophavsrettens* område har hidtil heller ikke givet anledning til videre sagsaktivitet i dansk ret, idet Ophavsretslicensnævnet på dette område har en vis betydning.

Fraværet af nationale domme opvejes i nogen grad af, at immaterialretten på grund af de klassiske konventioner – Pariserkonventionen (1883), Bernerkonventionen (1886) og nu TRIPs – er nogenlunde ensartet i sin struktur. Hermed er dog ikke sagt, at man ukritisk kan anvende domme fra fremmede retssystemer, men man oplever ganske tit i immaterialretten en lighed mellem forskellige retssystemer i henseende både til problemerne og deres løsning. For studiet af dansk immaterialret betyder dette, at udenlandsk retspraksis udgør en vigtig retskilde.

I forbindelse med anvendelsen af fremmed ret har det traditionelt været almindeligt at inddele verden i en række »cirkler«. Danmark (Norden) tilhører da den kontinentaleuropæiske *droit d'auteur* tradition. De toneangivende lande er her især Frankrig og Tyskland. Heroverfor står den anglo-amerikanske *copyright*-model. De *nordiske* lande indtager endvidere en særlig placering på grund af den traditionelt ganske store retsenhed på det immaterialretlige område inden for Norden. Varemærke-, patent-, mønster- og til dels ophavsretslovgivningen i Norden er således baseret på fællesnordiske kommissionsarbejder i 1950-erne, 60-erne og 70-erne.

De traditionelle, internationale grupperinger har i dag mistet betydeligt i relevans. De retlige systemer konvergerer i takt med den almene denationalisering, og dette gælder også for immaterialretslovgivningen.³⁷ Man kan således navnlig ikke på baggrund af betragtninger om domslandets tilhørsforhold til den ene eller anden tradition vurdere afgørelsens værdi for den danske diskussion. Dette må afgøres på baggrund af konkrete betragtninger. Dette kan udmærket indebære, at f.eks. en amerikansk dom naturligt kan indgå i overvejelserne, hvorimod en tysk dom ikke kan indgå i samme omfang. Det gælder dog fortsat, at især *tysk* ret har stor betydning for dansk ret. Også for *nordisk* ret gælder, at den retskildemæssige vurdering af domme ikke kan afgøres generelt. Den nordiske immaterialretslovgivning frembyder i international hense-

37. Ginsburg (2000), p. 255: »Le droit d'auteur international ressemblerait ... aujourd'hui à un calamar géant dont les tentacules représenteraient les multiples lois nationales, et dont le corps représenterait l'ensemble des normes internationales.«

Kap. 4. Immaterialretsaftaler

ende en enestående lighed, men der forekommer undertiden forskelle i nordisk lovgivning, som man må være sig bevidst i forbindelse med retsanvendelsen. Ved anvendelsen af national ret, som er baseret på *EU-direktiver*, har national retspraksis desangående stor betydning.

3. Sammenfatning: Immaterialrettens kilder

For de immaterialretsaftaler, som indebærer en *international* transaktion, udgør international praksis og UPICC og PECL retskilder af stor betydning. For *nationale* aftaler kan lovgivning uden for immaterialretsområdet – Købeloven – anvendes i et vist omfang. En retskilde af potentielt stor praktisk betydning er standardaftaler, som dominerer store dele af navnlig det ophavsretlige område. Også for studiet af dansk ret har den internationale praksis vægt. Dette gælder især de områder, som er EU-reguleret, men immaterialrettens grundlæggende internationale profil betyder, at udenlandsk praksis ofte indeholder gode fortolkningsbidrag.

I det omfang, de nævnte retskilder ikke giver konkret vejledning, findes det primære retsgrundlag i *forholdets natur*, dvs. obligationsrettens almindelige regler og principper. Det gælder for disse, som for f.eks. Købelovens regler, at anvendelsen heraf forudsætter en konkret vurdering af retsvirkningerne af regelbenyttelsen. Reglernes »almindelige« karakter indebærer ingen særstilling i henseende til deres anvendelse.

II. DEL

Nærbilleder Immateriaretsaftaler og statusorienteringen

KAPITEL 5

Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

1. Patentlicensaftaler

En patentlicensaftale er en aftale mellem indehaveren af et patent (licensgiver) og en »virksomhed« (licenstag) angående udnyttelse af et patent mod erlæggelse af et vederlag.¹ Licensaftalen sætter licenstag i stand til at foretage en række handlinger, som uden den pågældende aftale ville udgøre en krænkelse af licensgivers patent. Karakteren af handlingerne afhænger af det pågældende patents indhold, men vil typisk bestå i enten produktion af en beskyttet genstand (produkt-/stofpatent) eller udnyttelse af en beskyttet fremgangsmåde (fremgangsmåde-/syntesepatent) eller anvendelse (anvendelsespatent) ofte kombineret med salg af det således fremstillede. Også en *patentansøgning* kan gøres til genstand for overdragelse ved en licensaftale, men i det følgende tænkes alene på aftaler vedrørende meddelte patenter.²

Licensaftalen indebærer en partiel rettighedsoverdragelse og adskiller sig fra en aftale om *salg* af et patent ved, at »overdrager« – licensgiver – vedbliver at være ejer af patentet og således bevarer den uoverdragede del af retten. Til forskel for salgsaftalen er licensaftalen endvidere kendetegnet ved at have en udstrækning i tiden, f.eks. et bestemt antal år.

1. Den mest udførlige gennemgang af patentlicensaftaler i nordisk ret er fortsat *Sandgren (1974a)*, hvortil der henvises for en detaljeret drøftelse og beskrivelse.
2. Licensaftalen omfatter typisk en række forhold, som falder uden for patentets område, f.eks. i form af ikke beskyttet know how eller ophavs- eller varemærkerettigheder. Disse forhold drøftes ikke videre direkte i det følgende, som alene angår »rene« patentlicensaftaler.

1.1. Licensaftalen på partsniveau

Set ud fra et partsperspektiv er formålet med licensaftalen typisk at sikre parterne en fortjeneste. Bedømmelsen af, hvad der bedst kan betale sig for parterne, varierer fra branche til branche. Inden for f.eks. lægemiddelindustrien og andre områder med meget store, internationale virksomheder er licensaktiviteten typisk lav. Virksomhederne formår selv at udnytte egne patenter. I brancher, som er præget af små og mellemstore virksomheder, og hvor den teknologiske udvikling er hurtig – navnlig elektronikbranchen – er licensaktiviteten højere.

Som ved enhver anden kommerciel aftale er det afgørende parternes forventning til fremtiden. I den forbindelse gælder, at den kommercielle usikkerhed ved licensaftalen er betydelig. Risikomomentet i sig selv adskiller vel ikke licensaftalen fra andre kommercielle aftaler, men det gælder dog nok, at risikoen er særligt markant for denne aftaletypes vedkommende; Licensaftaler er risikoaftaler.³ Usikkerheden angår således ikke alene produktets fremtidige indtjeningssevne, produktionsforhold m.v. Oven i disse faktiske, kommercielle risici kommer den særlige patentretlige risiko, som knytter til *patentets beståen* og *patentrettens omfang*. Vanskelighederne kompliceres ofte yderligere af, at licensaftaler er stærkt internationalt prægede, samt at bl.a. krænkelserbedømmelsen varierer fra land til land. Risikoen afhænger dog ganske meget af, hvorledes aftalen er konciperet. Den særlige patentrisiko kan således i en vis udstrækning optages i aftalen f.eks. i kraft af en royalty-baseret vederlæggelse.

Licensgivers centrale ydelse består i at sikre licenstagere den aftalte markedsposition. I den forbindelse påhviler der licensgiver såvel positive som negative forpligtelser. Licensgivers primære middel er det gyldige patent, hvormed licensgiver kan sikre licenstagere, at tredjemand afskæres fra at foretage handlinger, der udgør patentkrænkelser. Kernen i licensaftalen er således en forpligtelse for licensgiver til at påtale krænkelser eller at tillade, at licenstagere gør patentretten gældende. Denne del af licensaftalen, der indebærer en garanti om en »patentretlig« eksklusivitet, retter sig (primært) mod tredjemand. *Tredjemandsvirkningen* er et særtræk ved patentlicensaftalen, og det er forventningen om en eksklusivitet i forhold til licenstagere konkurrenter, som udgør en del af målet

3. Risikoen fremhæves især i den patentretlige litteratur, se *Sandgren (1974)*, p. 114. I den mere »almindelige« litteratur er opfattelsen undertiden en anden, jf. *Hultmark (1993)*, p. 694ff.

for aftalen. Den anden del er adgangen til at benytte den patenterede teknologi.

Licensaftalen kombineres ofte med yderligere forpligtelser for licensgiver f.eks. til at undlade selv at producere i henhold til patentet inden for licensområdet (enelicens) og/eller til at undlade at give tredjemand sådan tilladelse (eksklusivlicens). Også denne del af licensgivers forpligtelse angår licenstagers markedsposition. I modsætning til den patentretlige eneret beror eksklusiviteten i denne sammenhæng imidlertid på licensgivers *undladelse* af at indgå aftaler med tredjemand eller udøve egenproduktion. Hvis licensgiver på trods af en sådan forpligtelse giver tredjemand licens, foreligger der en kontraktskrænkelse, som giver licenstagere adgang til at gøre de almindelige misligholdelsesbeføjelser gældende, herunder kræve erstatning.

Licenstagers centrale forpligtelse består i at erlægge den aftalte licensafgift. Ud over dette vil der typisk være aftalt en række forpligtelser med hensyn til patentets udøvelse – f.eks. kvalitetskontrol, best-effort-klausuler – eller udvikling – oplysninger om forbedringer og evt. meddelelse af licens på udnyttelsen af patenterede sådanne (»grant back«). Selv i de tilfælde, hvor der ikke foreligger nærmere aftale herom, påhviler der ofte licenstagere en række biforpligtelser af loyalitetsmæssig karakter bl.a. og navnlig med hensyn til hemmeligholdelse af ikke-patenteret information.

1.2. Licensaftalens samfundsmæssige betydning

Patentlicensaftaler har navnlig givet anledning til en mere principiel retlig diskussion i relation til den konkurrenceretlige regulering. Som den afgørende samfundsmæssige fordel ved licensaftalen henvises i den forbindelse gerne til hensynet til *teknologispredning*: Licensaftalen er grundlæggende ønskelig for samfundet, fordi aftalen sætter licenstagere i stand til at udnytte en teknologi, som han på grund af patentretten ville være afskåret fra at udnytte uden aftalen. Man kunne på den måde hævde – og det gjorde man i tidlig amerikansk patentret – at enhver aftalemæssig begrænsning i licensaftalen – f.eks. vedrørende videresalgspriser – burde accepteres, idet resultatet af en manglende accept kunne være, at aftalen slet ikke blev indgået og teknologien derved ikke spredt. En fornuftig bedømmelse forudsætter imidlertid en nuanceret afbalancering. Det er således det almindelige udgangspunkt i dag, at bl.a. aftaler om bindende videresalgspriser i licensaftaler ikke kan accepteres. Hensynet til teknologispredningen indgår således blot som et moment i den konkurrenceretlige vurdering. Det kan da også noteres, at karak-

teren af hensynet har ændret karakter i løbet af de senere år. I EU-retten må hensynet til teknologispredning således læses inden for rammerne af den almene integrationsmålsætningen (*regionaliseringen*): *Reguleringen* skal fremme spredningen af industri og produktion inden for Regionen og medvirke til at sikre, at regionens virksomheder har (mindst) samme udviklingsmuligheder som virksomheder i andre regioner (navnlig USA og Japan). Set i et *globalt* perspektiv er den internationale konkurrenceret – »TRAMS« (Trade Related Antitrust Measures) – endnu kun meget svagt udviklet.⁴ I forbindelse med en fremtidig udvikling i den forbindelse vil teknologispredningens betydning for udviklingen af den *tredje verden* givet indgå som moment, jf. således allerede TRIPs, artikel 7 og 40, stk. 1.⁵

1.3. Plan for det følgende

Det er hensigten med dette kapitel at dokumentere og analysere status-orienteringens betydning for aftaler om overdragelse af rettigheder i form af patentlicensaftaler. Det skal vises, hvorledes den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler indebærer en nedtoning af den traditionelle kontraktuelle (subjektive) bedømmelse til fordel for en vurdering, hvor vægten lægges på almene, samfundsmæssige hensyn.

I det følgende drøftes emnerne først mere alment i forbindelse med en redegørelse for de mere generelle tendenser i den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler. Derpå anvendes erfaringerne i forbindelse med en diskussion af de konkrete problemer af konkurrence-, patent- og obligationsretlig karakter som *ikkeangrebsklausuler* giver anledning til.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

2.1. Et historisk overblik

2.1.1. Norden: »Ligestilling ikke preferansestilling«

Ragnar Knoph angav i »Åndsretten« udgangspunktet for bedømmelsen af forholdet mellem patent- og konkurrenceretten således:

4. Nærmere Heinemann (1996), p. 247 og Meessen (2000).

5. Se nærmere Blakeney (1989), især p. 104ff. om WIPOs arbejde med bl.a. »transfer of technology patents«, der har til formål at sikre, at der finder reel produktion sted i de u-lande, der yder patentbeskyttelse. Se også Pacón (1996), p. 348ff.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

»Når både ophavsretten og patentretten har kjempet sig frem til anerkendelse som enerettigheder, er det bare andres rådighed som er utelukket, men ikke den kontroll med rettsudøvelsen som samfundet til enhver tid finder nødvendig. Ligestilling med andre subjektive rettigheder har været målet for ophavsmentenes kamp, men ikke nogen preferansestilling over for det offentlige, som skulde undta disse rettigheder fra det opsyn som alle andre må finde sig i af samfundsmæssige grunner.«⁶

Forholdet mellem immaterialretten og konkurrenceretten påkaldte sig bl.a. på grund af den udførlige diskussion hos *Knoph* tidligt opmærksomhed i Norge, hvis konkurrencelov (»trustloven«; Lov om kontroll med konkurranseinnskrenkninger og om prismisbrug af 12.3.1926) målt med datidens alen var enestående restriktiv. Hertil kom, at den norske konkurrencemyndighed (»Kontrollrådet«) i 1936 og 1938 traf afgørelse i to principielt vigtige sager vedr. patentret og konkurrenceretten: *Radiator* (NIR 1938.67) og *lydfilmpatent*-sagerne. *Radiator*-sagen udgør et klassisk eksempel på monopolmisbrug: Indehaveren af patentet på visse typer radiatorer meddelte fremstilleren af radiomodtagere (de såkaldte folkemodtagere), at man ikke ville levere de patentbeskyttede rør, hvis producenten anvendte rørene sammen med rør af andre (og billigere) fabrikater. Kontrollrådet anså leveringsnægtelsen for ulovlig i henhold til trustloven (§ 14). Sagen havde stor principiel betydning og medførte bl.a., at den norske patentlovs § 8 på initiativ af Norsk Rikskringskasting i 1936 blev ændret således, at adgangen for det offentlige til at udøve et patent uden samtykke blev udvidet.⁷ Efter disse afgørelser lå udgangspunktet klart i norsk ret: Konkurrenceloven går »foran« patentretten.⁸

Fra *Knoph*s beskrivelse i *Åndsretten* – »ligestilling ikke preferansestilling« – har nordisk teori og praksis bevæget sig i en stor cirkel, således at udtalelsen også kan anvendes som konklusion på traditionel nordisk ret før de nye EU-baserede konkurrenceloves ikrafttræden i løbet af 1990-erne.⁹ Diskussionerne fik fart to gange: I Norge i 1930-erne (lige ovenfor) og i Sverige i 1960-erne og 70-erne.

6. *Knoph* (1936), p. 567.

7. Se nærmere og om lovændringen *Wyller* (1937) og *Neumeyer* (1938). Sagen om *lydfilmpatenter*, der er refereret af *Thommesen* (1939), p. 70ff., minder om folkemodtager-sagen: To danske opfindere opnåede patent i Norge vedr. »lydløse film«, dvs. en særlig teknik, hvorved støjen i forbindelse med fremvisningen af film minimeredes. Metoden var kendt i bl.a. USA, men patent kunne på daværende tidspunkt alligevel opnås i Norge (»importopfindelse«, jf. om afgørelsen i så henseende NIR 1938.71). I kraft af patentet forlangte patenthaverne en afgift for visningen af film, som var fremstillet i henhold til teknikken, på mellem 1 og 1,50 kr. pr. løbende meter film. Afgiften var ifølge biograferne eksorbitant. Kontrollrådet så i fremgangsmåden et misbrug i strid med trustloven. Afgiften blev derpå fastsat til maksimalt 3 øre pr. meter.

8. Navnlig *Thommesen* (1939). Se også *Neumeyer* (1938) og *Bernt Lund* (1947).

9. Herom nedenfor 2.3.1.1.1.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Baggrunden for den svenske diskussion var revisionen af en række immaterialretslove. I Prop. 1966:40 forklaredes, at *patentrettighederne* undertiden kan udnyttes på en sådan måde, at der opstår problemer i forhold til konkurrenceretten.¹⁰ Bestemmelsen i Ptl § 47 burde i så fald stå til rådighed, men *inden* man faldt tilbage på tvangslicensreglen, burde det undersøges, om ikke forholdet mere naturligt kunne bedømmes inden for den almindelige konkurrenceret.¹¹ Holdningen blev forfinet i Prop. 1969:168 angående *mønsterretten*, hvor departementschefen præciserede, at et konkurrenceretligt indgreb kunne komme på tale, uanset om rettighedshaveren ved den pågældende begrænsning »gick utom ramen för sina rättigheter enligt mönsterskyddslagen«, eller om begrænsningerne »framstod såsom oantasteliga från rent mönsterrättslig synpunkt«.¹² Udtalelserne kunne tyde på en mere principiel tilgang til spørgsmålet. Henvisningen til »ramen« for immaterialretten har således klare mindelser om de amerikanske/tyske henvisninger til rettens »scope«/»Inhalt« (herom i det følgende). I praksis blev den pragmatiske linje imidlertid fastholdt. Kulminationen på den »anden bølge« i nordisk ret kom i 1972 med Marknadsrådets (Marknadsdomstolens) afgørelse i *Dubbman*-sagen.¹³

Patentlicensaftalen i *Dubbman*-sagen indeholdt bl.a. en prisaftale angående licenstagernes afsætningspris og et loft over mængden af enheder, som licenstagerne måtte fremstille. *Marknadsrådet* forklarede indledningsvis, at patenthaverens ret indebar en adgang for denne til at meddele licens på betingelse af begrænsninger i henseende til bl.a. aftalens løbetid, mængde og det geografiske område, inden for hvilket licenstageren må producere. *Prisbegrænsningen* blev dernæst erklæret for ulovlig, eftersom begrænsningen faldt uden for patentet og udgjorde et priskartel. *Kvoteringsordningen* faldt vel »inden for« patentrettens område, men blev på trods heraf erklæret for ulovlig på grund af vilkårets indvirkning på prisforholdene og aftalens alvorlige skade for konkurrencen på markedet i almindelighed.

Dubbman-afgørelsen samt udtalelserne i anledning af sagen fra især *Bernitz* og *Blok* sammenfatter det traditionelle nordiske udgangspunkt: En

10. Hermed tænkes på den dagældende konkurrencelov 1982:729.

11. Prop 1966:40, p. 179. Se nærmere hos *Martenius* (1985), p. 112 og *Carlsson, Göransson & Schue* (1993), p. 60ff. med henv. også til varemærkeretten.

12. Prop 1969:168, p. 52. Se nærmere og om den senere udvikling hos *Martenius* (1985), p. 112ff.

13. NIR 1972.443ff. Fra nyere svensk praksis ses *Hilti*-afgørelsen fra 1987 (NIR 1991. 307), hvor Näringsfrihetsombudsmanden udtalte, at »formellt föreligger inte hinder mot att i särskilda fall genom ett konkurrensrättsligt ingripande bryta in i patenträtten«.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

principiel afvisning af den amerikanske (Inherency-) og tyske (Immanenz-) lære, hvorefter aftalevilkår, der falder »inden« for patentets indhold, automatisk anses for tilladte, hvorimod vilkår, der falder »uden for« er genstand for den almindelige konkurrenceretlige bedømmelse.¹⁴ Immaterialretten indeholder en praktisk, men ingen principiel barriere for konkurrenceretten. Henvisningen til rettens »normale udøvelse« (»indhold«) har dermed blot betydning som et *sprogligt udgangspunkt* for diskussionen. Den endelige afgørelse af, om et konkurrenceretligt indgreb bør komme på tale over for indehaveren af en immaterialret, beror på reale overvejelser. Vanskeligheden består derefter naturligvis i at udpege de tilfælde, hvor immaterialretten må vige. I den forbindelse giver nordisk teori og praksis ikke megen vejledning. Den *normale* udnyttelse skal respekteres, men hermed er intet sagt om, hvad der er »normalt«.

Patentloven indeholder en række bestemmelser om *tvangslicens* (§§ 45-47), hvorved en række af de forudsigelige konfliktsituationer er søgt internaliseret i patentretten. Man kunne spørge, om tvangslicensreglerne på *udtømmende* vis gør op med de konkurrencemæssige spørgsmål i relation til patentretten. Det almindelige udgangspunkt betyder imidlertid, at tvangslicensreglerne ikke principielt udelukker konkurrenceretlige indgreb over for patenthavere. Konkurrenceretlig *tværfortolkning* er således principielt mulig, men det praktiske område er meget snævert. De principielle vanskeligheder kommer, som påpeget af *Koktvedgaard*, bl.a. til udtryk i *PtI-betænkningen* (NU 1963:6), som visse steder synes at forudsætte, at patentlovens regler er udtømmende, og andre steder henviser til konkurrenceretten. *Koktvedgaard* konkluderer, at man i almindelighed må holde for, at prisspørgsmål bør bedømmes efter konkurrencelovgivningen. Indgreb bør endvidere anses for begrænset til »unormale« tilfælde, hvor man »... står overfor større *ansamlinger* af patentrettigheder [den »kollektive« immaterialret], der søges udnyttet på hensynsløs vis«, *Koktvedgaard* (2000), p. 319 og (1965a), p. 39f. Se om afgrænsningen konkurrenceret/immaterialret også *Schovsbo* (1996a), p. 9-18, herunder om internalisering og tværfortolkning.

2.1.2. Anglo-amerikansk ret

Udgangspunktet for bedømmelsen af patentlicensaftaler i common law er præget af strid.¹⁵ Spændingen udgøres af på den ene side den grundlæggende respekt for immaterialretten som en »*property right*«¹⁶ og på den anden side »*monopol frygten*«: »... a common law monopoly was a

14. *Bernitz*, navnlig (1973), p. 18f. og 22 og *Blok* (1973), p. 370ff.

15. Se for en nærmere redegørelse for den historiske udvikling i England og USA især *Inlow* (1950). Se også *Deller's Walker I*, *Terrell* (2000), § 1.01ff., *Schovsbo* (1998c), p. 470-484 og *van Dulken* (1999), p. 1f.

16. USPTI § 261: »Subject to the provisions of this title, patents shall have the attributes of personal property« og nærmere hos *Inlow* (1950), p. 59ff.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

crime at common law and was not only *malum prohibitum* but *malum in se*«. ¹⁷

Spændingen kan i historisk henseende føres tilbage til patentrettens oprindelse som en kongelig tilladelse og til udviklingen i det 16. og 17. århundrede. Et »letters patent« – *literae parentes* (»åbne breve«) ¹⁸ – bestod oprindeligt blot i en skrivelse fra kongen (majestæten), som indeholdt en tilladelse til at drive næring m.v., og som var forsynet med kongens segl (»the Great Seal«): »For all the King's subjects are bound to take notice of the King's Great Seal.« ¹⁹ Den klassiske anglo/amerikanske definition af et »monopol« er netop »... an institution or allowance *by the King* by his grant, commission, or otherwise ... whereby any person or persons ... are sought to be restrained of any freedom or liberty that they had before, or hindered in their lawful trade«. ²⁰

Tildelingen af monopoler i form af »patenter« ²¹ antog i løbet af 15 og 1600-tallet et enormt omfang, hvilket efterhånden lammede hele samfundet og hindrede den udvikling i retning af et åbent og dynamisk samfund, som var forudsætningen for den kommende industrialisering. Striden kulminerede i november 1601 med »the battle of the monopolies«, som i grunden var en forfatningsmæssig strid. På den ene side stod det kongelige prerogativ (*Elisabeth I* (1558-1603)): »... the chiefest flower of her [Elisabeth I's] garden and the principal and head pearl of her

17. *Deller's Walker*, I § 3.

18. De »åbne breve« adskilte sig fra »letters close« (»letter-claus«, »lettres de cachet« eller »*litterae clausae*«), som ligeledes blev givet under »the Great Seal«, men som rettede sig til en bestemt person, se nærmere *Inlow* (1950), p. 12.

19. *Terrell* (2000), § 1.02.

20. Sir (Lord) *Edward Coke*, »*Institutes*« (1628-44), Vol. 3 (1644), p. 181, citeret efter *Deller's Walker*, I § 3. Se videre hos *Deller's Walker*, a.st., med henvisning også til *William Hawkins*, »*A Treatise of the Pleas of the Crown*« (1771), hvorefter »monopoler« (grants) »... are made void by the Common Law, as being against the Freedom of Trade, and discouraging Labour and Industry and restraining Persons from getting an honest Livelihood ...«.

21. Sideløbende med udviklingen af »the industrial grant« (»patents of inventions«) udvikledes »the commercial grant«. Udstedelsen af handelspatenterne tog fart i forbindelse med koloniseringen. Omfanget af commercial grants antog efterhånden et grotesk omfang. *Deller's Walker*, I § 2, citerer *Hume* for følgende udtalelse: »... it is astonishing to consider the number and importance of those commodities which were thus assigned over to patents. Currants, salt, iron, powder, cards, calf-skins, fells, pouldavies, ox shin-bones, train oil, list of cloth, potashes, anise-seeds, vinegar, seacoals, steel, acquavita, brushes, pots, bottles ... transportation of iron ordnance, of beer, of horn of leather, importation of Spanish wool, of Irish yarn ...« osv. osv. Den nationale handel domineredes af diverse *laug* (»guilds«).

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

crown and diadem ...».²² På den anden side stod hensynet til den nye klasse af stadigt mere selvbevidste håndværkere og handelsmænd. Resultatet blev et kompromis, hvis konsekvenser stadig har betydning for den praktiske patentret i England og USA: De almindelige (common law) domstole – i modsætning til the Court of Chancery (equity) og andre kongelige organer – fik kompetence til at bedømme i henhold til de almindelige (common law-) principper, om patenter blev udøvet i strid med offentlighedens interesser, og i givet fald erklære disse for ugyldige. På denne måde bevarede majestæten sit privilegium. Folket – handelsmændene – fik kontrol med patentets udøvelse.

Darcy v. Allein-sagen fra 1602 (»the Case of Monopolies«) havde på den baggrund stor betydning. King's Bench – en »almindelig« domstol – anså her et monopol på import af spillekort til England for ugyldigt »as being a monopoly illegal at common law« og i strid med »the common law principle of free and open enterprice«. Ud over at markere common law-domstolenes betydning markerede dommen udviklingen i patentudstedelsen. Ifølge *Terrell (2000)*, § 1.08 indebar dommen således, at patenter på nye opfindelser (herunder salgsmetoder) ikke blev anset som »illegal monopolies«. Et videre skridt i denne retning medførte *Clothworkers of Ipswich*-sagen (1615), hvor retten fastslog, at en eneret for en begrænset og på forhånd fastlagt periode var berettiget i tilfælde, hvor »... a man hath brought in new invention and a new trade within the Kingdom, in peril of his life, his consumption of his estate and stock, etc.« (Godbolt's Reports 252 (1615), jf. nærmere *Inlow (1950)*, p. 29f., hvorfra citatet stammer (p. 29)). Efter 1602 gik udviklingen hurtigt. Elisabeth I døde i 1603. Hendes efterfølger – *James I (1566-1625)* – udstedte i 1610 en proklamation – *the Book of Bounty* – hvori han erklærede sig som principiel modstander af monopoler og lovede, at patenter for fremtiden alene ville blive meddelt »for projects of new invention so that they be not contrary to the law, nor mischievous to the State, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient«.²³ Den kongelige erklæring kunne imidlertid ikke dæmpe gemytterne, og i forbindelse med parlamentets samling i 1621 gennemførtes *the Statute of Monopolies (1624)* (»patentrettens Magna Carta«²⁴), som friholdt både the industrial grant (patentretten, jf. § 5 (eksisterende letters patents) og § 6 (fremtidige letters)) og the »commercial grants« (the corporations – handelsmonopoler m.v. – jf. § 9) fra lovens almindelige fordømmelse af monopoler. Balancesynspunktet viser sig dog tydeligt i slutningen af § 6, hvorefter patenthaveren »... shall .. use [patentet], so as also they be not contrary to the law or mischievous to the state, by raising prices or commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient«.²⁵

22. *Deller's Walker*, I § 2 m. henv. til indlægget i Parlamentet af the Lord Keeper of the Privy Seal.

23. Citeret efter *Deller' Walker*, I § 3.

24. *Kohler (1902)*, p. 19.

25. Nærmere *Terrell (2000)*, §§ 1.10. Loven i sin helhed findes hos *Deller's Walker*, I § 5.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Patentretten bevægede sig efter 1624-loven mere og mere i retning af sit nuværende område: Beskyttelsen af »*new inventions*«. I materielretlig henseende var der vel endnu langt til den moderne patentret – hvortil kom hele menageriet omkring the commercial grants, som stort set blev ladet uberørt af 1624-loven – men patentretten havde indledt sin løsrivelse fra det kongelige prærogativ. Patentudstedelsen beroede ikke længere på majestætens personlige inklinationer.²⁶ Eneretten skal tjene et fornuftigt formål, ellers bliver den ikke accepteret.

Udviklingen havde også betydning for opfattelsen af patentretten som retlig konstruktion. Fra den middelalderlige lære, hvor privilegiet lå i majestætens handling i forbindelse med udstedelsen af patentet og til den moderne opfattelse, hvorefter patenthaverens beføjelser følger af loven og patentet meddeles af en myndighed på baggrund af faste regler: Patenthaveren gik fra at være en begunstiget »*franchisee*« til at være retmæssig »*owner*«. Med denne udvikling og den deri liggende opfattelse af patentrettens genstand som en »*property right*« og patenthaver som ejer af en formuerettighed er givet den ovenfor omtalte spænding i *common law*. På den ene side udgør patentretten et – endog – kongeligt »monopol«, som *common law*-systemet af historiske årsager må vende sig imod; og gjorde i 1601. På den anden side står, at den handelsmæssige værdi, som immaterialrettigheden repræsenterer, naturligt kræver en bedømmelse efter de almindelige regler om økonomiske transaktioner.

Spændingen udtrykkes også i den klassiske Contract Law, se hertil *Corbin*, som bemærker, at patenthaveren (og ophavsmanden) »like other individuals [has] power to make contracts« (§ 1410). Udøvelsen af retten skal dog finde sted »... with respect to the validity of his agreement he is subject to the same limitations as other men« (§ 1410). Heri ligger dels, at patenthaveren er underlagt de eventuelle begrænsninger, som følger af lovgivningen (bl.a. konkurrenceretten), men også et almindeligt princip, hvorefter patenthaveren alene kan overdrage den ret, der tilkommer ham i henhold til patenteretten: »He [patenthaveren/ophavsmanden] can, by assignment or license, create in another, either in whole or in part, the rights, powers, and privileges that he himself possesses; but he can go no further. This rule is equally applicable to non-patentees.« (a.st., § 1410). Som eksempler på aftaler, der går videre end til den i patentet liggende ret, nævner *Corbin* aftaler om prisfastsættelse eller i øvrigt »suppression between them [aftaleparterne]«. Sådanne aftaler er »... illegal, both at common law and under the Sherman Act [konkurrenceretten], because it is unreasonable restraint of trade and commerce« (§ 1410).

26. *Inlow* (1950), p. 12: »The pattern of intention in the case of the open letters seems to have been as various as the king's pleasures,«

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

2.1.2.1. USA: »Scope of the monopoly«

Den historiske baggrund for patentsystemet har medført, at det anglo-amerikanske udgangspunkt for bedømmelsen af immaterialrettigheder – herunder især patenter – er præget af skepsis og en utilitaristisk farvet opfattelse af, at patentsystemet som sådant skal tjene samfundets ve og vel. Skepticismen er navnlig kommet til udtryk i amerikansk ret, hvilket i vid udstrækning skyldes den hårdhændede konkurrenceretlige forbudsmodel, som blev introduceret i 1890 med *the Sherman Act*.²⁷ Skepticismen og den konkurrenceretlige udvikling har i amerikansk ret ført til et tidligt og stadigt behov for at *begrunde* patentretten, hvilket videre har ført til en tidlig teoridannelse; »Inherency-læren«, jf. herom i det følgende.

Den historiske udvikling kan nok også forklare et andet karakteristisk træk ved (især) amerikansk ret: Opfattelse af patentretten som udtryk for en (*samfunds*)kontrakt mellem opfinder og samfund. Aftalekonstruktionen præger hele opfattelsen af patentsystemet:

»The inventor is not the pampered favorite or beneficiary of the government, or of the nation. He does not cringe at the feet of power, nor secure from authority an onbought privilege. He walks everywhere erect, and scatters abroad the knowledge which he created ... He recieved nothing but a *contract*, which provides that for a limited time he may exclusively enjoy his own. ... Side by side stand the inventor and the author. Their labor is the most dignified and the most honorable of all labor, and the resulting property is most perfectly theirs!«²⁸

27. Så sent som i *Standard Oil* sagen fra 1910 (221 US 1) henviste den amerikanske højesteret omfattende til udviklingen i England i 1600-tallet: »The frequent granting of monopolies and the struggle which led to a denial of the power to create them, that is to say, to the establishment that they were incompatible with the English Constitution, is known to all and need not be reviewed. The evils which led to the public outcry against monopolies and to the final denial of the power to make them may be thus summarily stated: (1) The power which the monopoly gave to the one who enjoyed it, to fix the price and thereby injure the public; (2) The power which it engendered of enabling a limitation on production; and (3) The danger of deterioration in quality of the monopolized article which it was deemed was the inevitable resultant of the monopolistic control over its production and sale. As monopoly, as thus conceived, embraced only a consequence arising from an exertion of sovereign power, no express restrictions or prohibitions obtained against the creating by an individual of a monopoly as such.«

28. *Deller's Walker* i § 6 v. note 18.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Den i patentet liggende eneret udgør samfundets betaling til opfinderen for offentliggørelsen af opfindelsen via patentskrifterne.²⁹ Kontraktsteorien har som et grundsynspunkt det balance- / ligevægtsideal, som også kendes i den almindelige kontraktret. Patenthaverens gevinst skal balancere med samfundets gevinst.³⁰ Dette siges også ofte at være betydningen af immaterialrettens udtrykkelige forfatningsmæssige forankring. Ifølge den amerikanske forfatnings artikel I, sec. 8, cl. 8, i, er Kongressen – dvs. den føderale lovgivningsmagt – således beføjet:

»... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries«.

Balancen er indbygget i patentretten, som den er fastlagt i lovgivningen. »It is the *public interest* which is dominant in the patent system ... The patent is a privilege. But it is a privilege which is conditioned by a public purpose. It results from invention and is limited to the invention which it defines.«³¹ Man kan derfor ikke acceptere, at patenthaveren gennem aftale udbygger sit monopol til at omfatte andre forhold end dem, som er omhandlet af den indgåede »bargain«. Derved ville opfinderen forrykke samfundets betaling gennem erhvervelse af to monopoler.³² Tyingarrangementet strider således mod alle principper i amerikansk patentret – »the evils of an expansion of the patent monopoly by private engagements«³³ – og udgør sammen med prisrestriktioner kernen i det traditionelle konfliktområde mellem patent- og antitrustretten. *Konkur-*

29. Se også *Alces & See (1994)*: »... patents are not favored and ... an inventor is entitled to a patent only if the public receives something in return. If the invention is already available to the public, then the public would receive nothing in return for the patent. That 'quid pro quo' idea is the common thread running through all three prerequisites to patentability: novelty, non-obviousness, and utility«.

30. *Deller's Walker*, I § 6 v. note 11: »[A patent] is a bargain with the public, to be supported on the ground of mutual considerations, and is to be construed on the same principles as control the construction of all contracts, each having rights and interests therein«.

31. Justice *Douglas* i *Mercoird Corp. v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661 (1944) (min kursivering).

32. *Kendall v. Winsor*, 21 How. 322, 329 (1859). Se fra senere praksis *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572 (C.A.Fed. (Cal.) 1990).

33. Justice *Douglas* i *Mercoird Corp. v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661 (1944).

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

rencererettens opgave består i at genoprette balancen i tilfælde, hvor patenthaveren har forsøgt at udvide sit monopol.³⁴

Et tredje særtræk ved amerikansk ret er af mere teknisk karakter og angår *fraværet af præcise* («*internaliserede*») *retsregler*.³⁵ Den amerikanske patentlov indeholder f.eks. ingen regler om tvangslicens. Tvangslicenslæren er udviklet i konkurrenceretten.³⁶

Ekskurs: Patent Misuse-læren

Et interessant træk i amerikansk ret er *misuse-læren*. Denne lære kan siges at modsige det ovenfor anførte, hvorefter amerikansk ret er kendetegnet ved et fravær af særlige (internaliserede) regler, der tager sigte på bl.a. konkurrencemæssige spørgsmål. Dette er dog næppe rigtigt. Som det skal vises – og som det er påpeget af Riis³⁷ – er misuse-læren således i hverken principiel eller praktisk henseende af videre betydning. Misuse-læren bidrager dog til at tegne billedet af amerikansk ret som baseret på en *aftalekonstruktion*: Patentretten er i sig selv udtryk for en afvejning og forudsætter en gensidig respekt inden for ligevægtsmodellen.

Udgangspunktet for misuse-læren er equity-læren om »unclean hands«. Læren om Patent Misuse er i øvrigt udviklet i retspraksis³⁸ og beskrives gerne således:

34. *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572, (C.A.Fed. (Cal.) 1990): »When a patent owner uses his patent not only as a shield to protect his invention, but as a sword to eviscerate competition unfairly, that owner may be found to have abused the grant and may become liable for antitrust violations when sufficient power in the relevant market is present.«
35. Se hertil *O'Rourke* (2000), p. 1249, som anbefaler en øget brug af patentretlige regler med henblik på en afklaring af konkurrencemæssige spørgsmål.
36. Retspraksis på området er omfattende. I en ledende afgørelse udtalte den amerikanske højesteret, at »where patents are directly involved in antitrust violations and the Government presents a substantial case for relief in the form of restrictions on the patents, the Government may challenge the validity of the patents regardless of whether the owner relies on the patents in defending the antitrust action«, jf. *United States v. Glaxo Group Ltd.*, 410 U.S. 52 (1973). Udher. I praksis skal der meget til, før tvangslicens kommer på tale, jf. nærmere *Beier* (1998), p. 191.
37. Riis (1999), som gennemgår princippet udførligt i relation til patent- og ophavsretten. I det følgende fokuseres på patentretten. Doktrinen gælder i øvrigt for samtlige immaterialretstyper.
38. Området for doktrinen er dog begrænset af lovgiver i to omgange. I 1952 føjedes § 271(d) til US Ptl (vedr. medvirken), og i 1988 blev området ved the Patent Misuse Act 1988 for denne bestemmelse udvidet til bl.a. at omfatte visse tilfælde af tying, jf. US Ptl § 271(d) nr. 4 og 5, jf. Riis (1999), p. 46f.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

»If a patent owner exploits his patent in an improper manner by violating the antitrust laws or extending the patent beyond its lawful scope, the courts will withhold any remedy for infringement – even against an infringer who is not harmed by the abusive practice.«³⁹

The patent Misuse Doctrine udgør et »defence« i tilfælde af sagsanlæg fra patenthaverens (licensgiverens) side. Virkningen er, at patentretten ikke kan gøres gældende (er »unenforceable«) i det pågældende tilfælde. Efter bortskaffelsen af misbruget vågner patentretten op igen. I processuel henseende er anvendelse af doktrinen begrænset til tilfælde af igangværende *krænkelsessager*. Doktrinen har herved et mere begrænset anvendelsesområde end den almindelige konkurrenceret, som kan danne grundlag for et selvstændigt søgsmål. I øvrigt er de formelle betingelser (»standing requirements«) for påberåbelsen af læren lempeligere end for anvendelse af den almindelige konkurrenceret. Det er således navnlig ikke en betingelse for anvendelsen af doktrinen, at den person, der påberåber sig misuse, har lidt et individuelt tab som følge af patenthaverens (licensgiverens) fremfærd. Udøvelsen af misuse giver dog ikke i sig selv grundlag for udbetaling af erstatning.⁴⁰

Det interessante spørgsmål for lærens praktiske betydning og udmøntning, og det er diskuteret ihærdigt i den senere tids teori og praksis, angår forholdet mellem misuse-læren og den *almindelige konkurrenceret*. Set ud fra vis betragtning angår de to regler forskellige områder. Misuse-læren knytter sig til »the 'extension of the patent's exclusivity«⁴¹ – dvs. de »patentretligt« virkende begrænsninger – hvorimod konkurrenceretten angår udøvelsen af patentet uden for patentets omfang – de »aftaleretlige« begrænsninger. Forskellen i så henseende er imidlertid rent formel. Det interessante spørgsmål er derfor, hvorvidt reglerne adskiller sig i henseende til deres materielle indhold.

Udgangspunktet for læren er givet således i *Morton Salt*-sagen, hvor den amerikanske højesteret anså en tying klausul i en patentlicensaftale for uigennemtvungelig:

»It is the adverse effect upon the public interest of a successful infringement suit in conjunction with the patentee's course of conduct which disqualifies him to maintain the suit, regardless of whether the particular defendant has suffered from the misuse of the patent ...The patentee, like these other holders

39. Harvard Law Review 1997.1923 m. henv. Mine kursiveringer. Se også Poulsen (1995), p. 368ff. m. yderligere henvis.

40. Se generelt i Harvard Law Review 1997.1924.

41. Chisum & Jacobs (1992), p. 2-285 m. henv.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

of an exclusive privilege granted in the furtherance of a public policy, may not claim protection of his grant by the courts where it is being used to subvert that policy« (min kursivering).⁴²

Misuse-bedømmelsen, som den fremgår af *Morton Salt*-dommen, er hård og ufleksibel: Der er tale om en »per se«-vurdering, og forhold, som er omfattet af misuse, fordømmes uden diskussion. Meget tyder dog på, at *Morton Salt*-afgørelsens betydning er i kraftig aftagende. Tendensen i nyere amerikansk retspraksis – navnlig den vigtige *Mallinckrodt*-dom fra 1992⁴³ – går således i retning af en tilpasning af misuse-læren til den almindelige konkurrenceretlige bedømmelse (»the rule of reason«). Den direkte konsekvens af dette er en udvidelse af området for den almindelige konkurrenceret i forhold til patentlicensaftaler i henseende til de formelle søgsmålsgrunde. Den indirekte betydning er navnlig, at misuse-læren herved fremstår som en parallel konkurrenceretlig regulering af et uklart og ubestemt omfang. Riis ser heri en væsentlig ulempe og anbefaler, at læren opgives.⁴⁴ 1995 *Antitrust Guidelines* tog ikke direkte

42. *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942). I *Windsurfing Int'l, Inc. v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995, 1001-02, 228 USPQ 562, 566 (CAFC 1986), præsenteredes læren som spørgsmålet om patenthaveren »impermissibly [has] broadened the 'physical or temporal scope' of the patent grant with anticompetitive effect.« I *Mallinckrodt* (straks nedenfor) beskrev domstolen læren således: »The concept of patent misuse arose to restrain practices that did not in themselves violate any law, but that drew anticompetitive strength from the patent right, and thus were deemed to be contrary to public policy. The policy purpose was to prevent a patentee from using the patent to obtain market benefit beyond that which inheres in the statutory patent right« (min kursivering). Kursiveringen markerer domstolens opfattelse af, at læren opfyldte et tomrum. Som det straks skal vises, var domstolen yderligere af den opfattelse, at dette ikke længere er til stede i et omfang, som kan begrunde et selvstændigt princip. Se for yderligere henvisninger Riis (1999).

43. *Mallinckrodt Inc. v. Medipart Inc.*, 976 F.2d 700 (CAFC 1992). *Mallinckrodt*-dommen er central i flere relationer og drøftes nedenfor B.2.1.1.2 i forbindelse med konsumptionslæren. Se om sagen Meyer (1997), p. 507f. og Harvard Law Review 1997.1929f. og fra senere praksis *Duncan McCoy v. Mitsuboshi Inc.*, CAFC 85-1087 af 4.10.1995 og nærmere hos Riis (1999), p. 53.

44. Riis (1999), p. 55. Heroverfor står, at det i en note i Harvard Law Review anbefales at opretholde læren om Patent Misuse i et vist omfang, eftersom »... the rule of reason does not adequately consider how licensing practices affect innovation« (Harvard Law Review 1997.1934). Baggrunden for denne anbefaling synes således at være, at misuse-læren indebærer en »særlig« rule of reason-bedømmelse, som adskiller sig fra den konkurrenceretlige. Dette udgangspunkt er umiddelbart vanskeligt at forene med ovenstående forståelse af udviklingen i læren, som forfatteren til noten i øvrigt tilslutter sig.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

stilling til misuse-spørgsmålet, jf. 1995-Antitrust Guidelines, p. 3, men udviklingen i konkurrenceretten i form af en øget tilpasning af den konkurrenceretlige vurdering til patentforhold synes at tale for en opgivelse af misuse-læren. Det vakuum, som princippet opstod i, er fyldt.

2.1.2.2. England: »Freedom of contract«

Det historiske udgangspunkt for bedømmelsen af patentlicensaftaler er det samme i England og Amerika, men den retlige håndtering af »monopol frygten« har været meget forskellig i de to lande. I amerikansk ret har frygten som vist manifesteret sig i et hårdhændet konkurrenceretligt forbudsregime. I England derimod har den konkurrenceretlige regulering som i bl.a. Danmark og de øvrige nordiske lande traditionelt været baseret på *kontrolprincippet*. For patentlicensaftaler indebar den traditionelle konkurrenceretlige regulering ifølge *Cornish* ikke andet og mere end »... minor traps for the unwary«. ⁴⁵

For traditionel engelsk patentret er der imidlertid grund til at notere, at der – formentlig på grund af det manglende konkurrenceretlige pres – stort set har manglet retspraksis og en retsteoretisk bearbejdelse af patentlicensaftalen. Dernæst kan det bemærkes, at den engelske »monopol frygt«, som traditionelt ikke har været reguleret via den almindelige konkurrenceret, i et vist omfang er optaget (internaliseret) i den tekniske patentret. UKPtI indeholder således ud over regler om tvangslicens bl.a. bestemmelser om bl.a. *licences of right*. ⁴⁶

England står imidlertid over for et systemskifte, som skyldes den regionale udvikling (EU). Pr. 1.3.2000 overgik England således ved Competition Act 1998 til det EU-retlige forbudssystem. På denne baggrund kan beskrivelsen hos *Cornish* af det traditionelle engelske – og bl.a. danske – udgangspunkt for bedømmelsen af patentlicensaftaler stå som en epitaf over et helt system:

45. *Cornish*, »Intellectual Property«, 3.udgv. 1996, § 7-31. Med vedtagelsen af den nye engelske konkurrencelov (Competition Act 1998, jf. nedenfor) er denne beskrivelse faldet bort, jf. herved 4. udgaven (*Cornish* (1999)), § 7.31.

46. UKPtI, sec. 46 og CDPA, sec. 295, jf. Schedule 5, par. 14. Se nærmere *Schovsbo* (1996a), p. 265. UKPtI indeholdt tidligere i sec. 44 en bestemmelse, der bl.a. forbød visse tyingklausuler i patentlicensaftaler. Bestemmelsen blev ophævet – sammen med sec. 45 – ved Competition Act 1998, jf. dennes sec. 70. Området for sec. 44 var i øvrigt ganske begrænset, jf. *Terrell* (2000), § 10.68 og i øvrigt om bestemmelsen *Ford* (1982), p. 320f.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

»In obedience to freedom of contract, English courts have generally left the parties to patent licences and assignments to determine the scope and extend of obligations by mutual agreement between themselves. Whatever they included in their contract the courts would enforce, resolving any ambiguities by reference to the likely intention of the parties and reading in only such additional terms as might be reasonably necessary to give the agreement business efficacy.«⁴⁷

2.1.3. Tyskland: Immanenz-læren

Grundlaget for den konkurrenceretlige vurdering af patentlicensaftaler er i tysk ret »Immanenz-læren«. Konkurrenceretten står til rådighed på almindelig vis for aftalevilkår, som ligger *uden for* patentets »Inhalt«; vilkår, som falder *inden for* rettens indhold, er derimod fredet mod indgreb. Tysk ret minder herved i udgangspositionen meget om *amerikansk ret* (»the Inherency-doctrine«). Der er endvidere også enighed langt hen ad vejen om, hvilke vilkår der konkret falder »inden for« patentet: »Beschränkungen hinsichtlich Art, Umfang, technischem Anwendungsbereich, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus« (TYKrl § 17 og nærmere nedenfor). Slægtskabet er dog i et vist omfang kun tilsyneladende. Den direkte årsag til sammenfaldet er, at Tyskland efter 2. verdenskrig overtog grundprincippet i den amerikanske konkurrenceretlige forbudsmodel. Den beskrivelse af konflikten mellem patent- og konkurrenceretten, som derved (nu ved § 17) blev overtaget fra amerikansk ret, optog imidlertid på en ganske særegen vis en begrebsdannelse m.v., som i tysk ret har rødder, der rækker langt dybere, end konkurrenceretten lader ane. Fastlæggelsen af patentrettens væsen (»Inhalt«) har således udgjort et centralt problem siden patentrettens opståen med hensyn til den retssystematiske placering og bearbejdelse af patentretten. Patentrettens indhold viser endvidere tilbage den almindelige sondring i BGB mellem tinglige og obligatoriske rettigheder.⁴⁸ Også i amerikansk ret fremholdes

47. Cornish (1999), § 7-19. Fremhævet her. Cornish henviser i samme forbindelse til Jessel M.R. i *Printing and Numerical v. Sampson* (1875) Eq. 462, der anså overdragelsen i henhold til en »assignment« for forpligtet til at meddele licens til erhververen på forbedringer for bindende. Evt. modstående samfundsmæssige hensyn måtte vige under henvisning til, at »contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice« (p. 465). Se om dommen som et eksempel på den traditionelle »Sancity of Contract«-tankegang ovenfor, p. 10.

48. Se nærmere hos Kraßer (1973), p. 232.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

patentretten undertiden som en »tinglig« ret (»a right *in rem*«⁴⁹), men denne beskrivelse har slet ikke samme konstruktive mening og systematiske implikationer som i tysk ret.

Udgangspunktet for *amerikansk* ret for den konkurrenceretlige vurdering er som sagt skepticisme og en udpræget utilitaristisk opfattelse af patentet (»monopolet«) som resultatet af en handel mellem opfinder og samfund, som samfundet gerne skulle have størst mulig nytte ud af. For *tysk* ret er udgangspunktet et ganske andet: Opfindelser er »... realiteter fullt så gode som tingene, skjønt ikke af legemlig natur«.⁵⁰ Patentretten har karakter af en personlig formueret, som tilkommer opfinderen som konsekvens af hans personligt skabende indsats (»Naturkräfte-schöpfung«) og som hans *belønning* herfor.⁵¹ Forskellen træder tydeligt frem i den amerikanske opfattelse af patentretten som en grundlæggende *negativ* ret: »The right to *exclude* others«.⁵² Herover for står den tyske opfattelse af patentretten som en *positiv* ret:

49. Justice *Holmes*: »A patent is property carried to the highest degree of abstraction – a right *in rem* to exclude, without a physical object or content«, citeret efter *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661 (1944). Se nærmere hos *Buxbaum* (1965), p. 641ff.

50. *Knoph* (1936), p. 9. Se ganske tilsvarende *Kraßer* (1983), p. 538.

51. Nærmere hos *Kohler* (1900), p. 32, hvorefter »opfindelsen« på samme måde som det ophavsretlige »værk« er et selvstændigt udslag af skaberens personlige indsats. Opfindelsen adskiller fra værket ved sin formålsbestemthed – »Zweck-schöpfung« (»Naturkräfteschöpfung«) i modsætning til den »zwecklose« ophavsretlige præstation. Se også, a.st., p. 3: »die Hoffnung, sich im Besitze eines die Welt beherrschenden Patentes zu sonnen, ist gewiss in manchen Fällen der treibende Nerv, der den Erfinder leitet. Und zwar ist es, wie beim Eigenthum, nicht etwa das Vermögen als Consumtionsgut, was den Erfinder lockt, es ist die gewaltige Herrschaft, welche gerade in dieser Art von Vermögen liegt, wo eine ganze Welt dem Erfinder zinst und ihm zu Füßen liegt. Die süsse Träume der Herrschaft, die so manchen Prätendenten ein ganzes Leben lang nicht zur Ruhe kommen liesen, sie sind es auch, die dem Erfinder die Nachtruhe rauben«!

52. Se nærmere *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-8. Også *patentlicensaftalen* beskrives inden for denne negative ramme som licenstagers »defence« i tilfælde af, at licensgiver sagsøger for patentkrænkelse: »A mere waiver of the right to sue« (*General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co.*, 304 US 175 (1938)). Se nærmere hos *Jones* (1993) om betydningen af denne opfattelsen for forholdet mellem licensgiver og -tager i tilfælde af sidstnævntes misligholdelse af aftalen.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

»... das Wesentliche der Sache nicht in dem Verbot, sonderne in der Herrschaft über das Verbot besteht. Eine solche discretionäre Herrschaft aber über die Mitmenschen, die durch das Gesetz garantiert ist, ist das Charakteristikum eines subjektiven Rechts ... die Rechtslage ist nicht bloss negativ, sondern positiv«. ^{53 54}

Bemærkningerne fremkom i forbindelse med en begrundelse for, at patentretten systematisk burde henregnes til de »subjektive« rettigheder. *Varemærkeretten* derimod havde karakter af en blot personlig ret, som bl.a. ikke kunne overdrages. Man finder endnu spor af denne diskussion i nyere tysk varemærkeret, hvor adgangen som følge af den tyske Mærkelov fra 1994 (Markengesetz) vedrørende bl.a. ret til selvstændig overdragelse, beskyttelse af vareudstyr og den udvidede beskyttelse af velkendte tegn undertiden fremstilles som udtryk for, at varemærkeretten omsider blevet en rigtig, subjektiv ret. Markengesetz fastslår nu udtrykkeligt i § 29, at der til mærkeretten er knyttet tinglige rettigheder. Se om betydningen af denne »Verdinglichung« af varemærkeretten for licensspørgsmålet *Klaka i Althammer/Ströbele/Klaka* (1997), MarknG, § 30 og for en kritik af traditionel tysk opfattelse *Schanda* (1994).

På baggrund af opfattelsen af patentretten som en positiv ret udvikles i tysk ret en grundlæggende sontring, jf. herved TYPTl § 15, mellem den *eksklusive* licens (»ausschließliche Lizenz«) – hvorved licenstagere ud over en tilladelse til at anvende patentet opnår en garanti for at han ikke vil blive påført konkurrence fra andre licenstagere – og den *simple* aftale (»einfache Lizenz«).⁵⁵ I systematisk henseende beror forskellen på, at licensgiver ved den *eksklusive* licens har disponeret over patentretten, således at licenstagere har opnået (del af) eneretten. Der foreligger en »Rechtsübertragung«, og licensgiver skylder en »Verfügung«. Overdragelsen har absolut/tinglig virkning og skal respekteres af tredjemand i den forstand, at licenstagere kan gøre patentretten gældende mod tredjemand. I tilfælde af en *simple* licens har licenstagere blot opnået en fordring mod licensgiver i form af en adgang til produktion (»Benutzungserlaubnis«),

53. *Kohler* (1902), p. 77 og 78. A.st. p. 508 beskrives ligeledes licensaftalen som en »positiv rettighed«, idet den har patentretten som genstand. Se også a.st., p. 81, hvor den traditionelle anglo-amerikanske beskrivelse af patentretten som et »monopol« afvises: »Die Anschauung aber, dass die Immaterialrechte auf diesem Grunde stünden, wirft auf das ganze Institut einem falschen Schein; es ist der Schein des Unnatürlichen, Gemachten, der Schein des durch Staatsomnipotenz dem Verkehr Auferlegten, der Schein des den freien Verkehr durch veraltete, unberechtigte Massnahmen Bedrängenden ... In der That aber sind diese Rechte ebenso natürlich wie das Eigenthum; sie haben dieselbe Wurzel ... Sie haben auch für die Mitwelt nichts bedrängliches, sie sind in dieser Beziehung mit den willkürlichen Privilegien nicht zu vergleichen«. Se også *Ross* (1934), p. 174-176 om »Willensherrschaft« (*Windscheid*) som det for den subjektive ret karakteristiske.
54. Beskrivelsen af patentretten som en »positiv« eller »negativ« ret er – som påpeget af *Koktvedgaard* (1965a), p. 196ff. – et skinproblem. Det reale problem består i at fastlægge, hvorvidt der foreligger misligholdelse eller ej. Se også *Godenhjelm* (1958), p. 121ff., *Buxbaum* (1965), p. 642 og *Sandgren* (1974), p. 133ff.
55. Se om de forskellige licenstyper hos *Stumpf/Groß* (1997), Rdn. 36ff. Gode oversigter over de obligations- og tingsretlige spørgsmål giver *Kraßer* (1973) og *Kraßer & Schmid* (1982).

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

men ingen eneret. Licenstagers ret er relativ og kan blot gøres gældende mod licensgiver og kan blot krænkes af denne.⁵⁶

For den konkurrenceretlige bedømmelse af patentlicensaftaler indebærer forskelligheden i udgangspunktet, at man i *tysk* ret så at sige anskuer spørgsmålet *ud fra patentretten* og således opfatter patentets indhold som den afgørende sikkerhed for patenthavere. Spørgsmålet er her (noget simplificeret): Hvor langt kan patenthaver gå i sin udnyttelse af den patentretlige formueret? I *amerikansk* ret er udgangspunktet nærmest modsat: Patentets »scope« angiver grænsen for monopolet. Spørgsmålet er her: Hvor stor en indskrænkning i den almindelige handlefrihed må almenheden tåle? *EU-konkurrenceretten* minder i så henseende meget om amerikansk ret, jf. herom nedenfor.

2.1.3.1. Immanenz-læren i praksis: TYKrl § 17

Den nuværende tyske konkurrencelov (GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)) afløste de allieredes dekartelliseringslove fra 1947 og 1948 pr. 1.1.1958 og er senest ændret pr. 1.1.1999 (»6. GWB-Novelle«).⁵⁷ Også lovene fra 1947 og 1948 hvilede på det amerikanske forbudsprincip og indeholdt bl.a. et forbud mod »Abmachungen, die das Ziel haben, das Schutzrecht auszudehnen«.⁵⁸ På baggrund af denne bestemmelse samt de almindelige regler i BGB udvikledes gennem 1950-erne en praksis, som i sin struktur svarede ganske nøje til den amerikanske (per se-forbud m.v.).⁵⁹

56. Se om den simple licens i denne henseende navnlig *Kraßer* (1989), p. 537ff.

57. Jf. nærmere Begründung zum Regierungsentwurf af 29.1.1998, jf. WUW (GWB), p. 63ff.

58. Jf. *Fischer i Lüdecke/Fischer* (1957), N 1. Se nærmere hos *Emmerich i Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 32ff.

59. Se *Fischer i Lüdecke/Fischer* (1957), N 1ff. i sær N7 og *Singer* (1997), p. 87ff. *Emmerich i Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 44ff. gennemgår GWB § 17's (tidligere: § 20) ganske dramatiske tilblivelseshistorie. Se også *Koktvedgaard* (2000), p. 71f. Om tiden før 2. Verdenskrig bemærker *Fischer*, at patentlicensaftaler ikke gav anledning til særlige vanskeligheder eller overvejelser. Den tidligere gældende konkurrencelov (Kartellverordnung 1923) indeholdt således ingen videre regler af betydning for patentlicensaftaler. Udgangspunktet blev søgt i det almene princip om Vertragsfreiheit, idet en vis kontrol fulgte af patentlovens tvangslicensregler og BGB § 138 (Treu und Glauben). Se nærmere *Fischer i Lüdecke/Fischer* (1957), N 1ff., *Emmerich i Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 29ff. og *Singer* (1997), p. 87ff. om den historiske udvikling.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

Den centrale konkurrenceretlige regel for bedømmelsen af patentlicensaftaler er nu lovens § 17, hvis stk. 1 lyder således:

»(1) Verträge über Veräußerung oder Lizenzierung von erteilten oder angemeldeten Patenten oder Gebrauchsmustern, von Topographien oder Sortenschutzrechten sind verboten, soweit sie dem Erwerber oder Lizenznehmer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, die über den *Inhalt des gewerblichen Schutzrechts* hinausgehen. Beschränkungen hinsichtlich *Art, Umfang, technischem Anwendungsbereich, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts* gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus.« (min kursivering)

I stk. 2 og 3 findes regler om *dispensation* – hhv. automatisk og efter indberetning (»indsigelsesprocedure«) – fra forbudet i stk. 1, som er modelleret over artikel 81, stk. 2 (EF). Ifølge stk. 4 gælder de almindelige kartelregler (»Kartellverbot«) i lovens §§ 1-12 ved siden af § 17. Virkningen af § 17 er herefter, at vilkår, der falder »uden for« patentets indhold, anses som konkurrencebegrænsende *per se*, men dog med mulighed for fritagelse. I kraft af henvisningen i stk. 4 er en patentlicensaftale omfattet af det almindelige forbud, hvis de almindelige betingelser er opfyldt, uanset aftalen for så vidt ligger inden for patentets indhold. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis aftalen indgås med hensigt til at begrænse konkurrencen. I § 19 findes en regel om kontrol med *dominerende virksomheder*. Reglen er i modsætning til tidligere (§ 22) formuleret som en forbudsbestemmelse. Immaterialrettigheder omtales ikke direkte i § 19, men det synes klart på baggrund af hidtidig praksis – og EU-retten – at patentretten ikke indebærer nogen form for praktisk *immunitet* mod konkurrenceretlige indgreb.

Ved ændringen af GWB pr. 1.1.1999 afløste § 17 den tidligere gældende lovs § 20 og der skete en række mindre ændringer. Til brug for den senere gennemgang er forskellene imidlertid af mindre betydning, idet også § 20 havde læren om »*Inhalt des Schutzrechts*« som centralt begreb. Henvisningen i § 17 til patentrettens indhold udtømmer naturligvis ikke de praktiske vanskeligheder, som anvendelsen af konkurrenceretten giver anledning til i relation til patentlicensaftaler, og er også i principiel henseende betænkelig (nærmere straks i det følgende). Den udtrykkelige opregning af de vilkår, som falder inden for dette indhold – »*Art, Umfang, technischem Anwendungsbereich, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts*« – giver imidlertid en god fornemmelse for konkurrencerettens typiske anvendelsesområde.⁶⁰

§ 17 finder anvendelse for licensaftaler vedrørende »*industrielle rettigheder*«, herunder patentrettigheder. Hermed svarer reguleringen helt til den hidtidige retstilstand. Den konkurrenceretlige bedømmelse af andre

60. Grænserne i henhold til den tidligere gældende § 20 var dog ikke ganske klare, og tilsvarende vanskeligheder må forventes at knytte sig til § 17. Se nærmere hos *Emmerich i Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 183 og 189ff.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

licensaftaler, herunder især *ophavsretlige licensaftaler* gav tidligere anledning til tvivl.⁶¹ Det har derfor stor betydning, at »Verträge andere geschützte und nicht geschützte Leistungen« – herunder også *ophavsrettigheder* (jf. udtrykkeligt nr. 3) – nu er reguleret udtrykkeligt i *GWB § 18*. Grundprincippet findes i stk. 1: »§ 17 ist entsprechendens anzuwenden.«⁶²

Opregningen i § 17 har karakter af en konkurrenceretlig optagelse af indholdet af patentretten således som det fremgår af Patentloven, dvs. *TYPTl § 9*:

»Das Patent hat die Wirkung, daß allein der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung zu benutzen. Jedem Dritten ist es verboten, ohne seine Zustimmung

1. ein Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist, herzustellen, anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen ...«.⁶³

De handlinger m.v., som patenthaveren med støtte i sin forbudsret i § 9 kan forbyde tredjemand at foretage, falder inden for patentets særlige

61. Den tidligere gældende *GWB § 21* omfattede dog bl.a. know how.

62. § 18 har i øvrigt i vid udstrækning karakter af en kodifikation af den hidtidige retsopfattelse, som var udviklet på baggrund af den tidligere gældende § 20, jf. *Bräutigam i Langen/Bunte (1998) KartR, § 20 Rdn 12*. Principperne i § 20 – navnlig læren om »Inhalt des Schutzrechts« – antoges således at finde anvendelse i forhold til ophavsretsftaler *mutatis mutandis*, således at begrænsninger, der var tilladt i en aftale vedrørende patenter, ansås for tilladt i en ophavsretsftale, jf. *Ulmer (1960)*, p. 34f. og *Bappert/Maunz/Schricker (1984)*, Einl Rdn 35-46, især Rdn 37. Dette gjaldt navnlig aftaler angående computerprogrammer o.lign. industrielle værker, se nærmere *Stumpf/Groß (1998)*, § 1189 (licensaftaler vedr. computerprogrammer). For *svensk* ret anbefaler *Jerner (1998)* på samme måde, at vejledning vedr. ophavsretlige licensftaler søges i forordning 240/96 om teknologioverførselsaftaler. Konkurrencestyrelsen afviser for *dansk* rets vedkommende en sådan fremgangsmåde, jf. *Konkurrenceredegørelse 2000*, p. 158. Tanken har ellers meget for sig og ville kunne bidrage til en nyttig regelpræcisering.

63. Af lovens § 15 fremgår desuden, at adgangen til at disponere over patentretten i form af patentlicensaftaler hører med til den »normale« patentudøvelse: »Stk. 1. Das Recht auf das Patent, der Anspruch auf Erteilung des Patents und das Recht aus dem Patent gehen auf die Erben über. Sie können beschränkt oder unbeschränkt auf andere übertragen werden. Stk. 2. Die Rechte nach Absatz 1 können ganz oder teilweise Gegenstand von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen Lizenzen für den Geltungsbereich dieses Gesetzes oder einen Teil desselben sein. Soweit ein Lizenznehmer gegen eine Beschränkung seiner Lizenz nach Satz 1 verstößt, kann das Recht aus dem Patent gegen ihn geltend gemacht werden.« Den udtrykkelige regulering i § 15 stammer fra 1981. Se nærmere om tiden før 1981 hos *Stumpf/Groß (1998)*, § 13.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

indhold («Schutzrechtsimmanente Beschränkungen» (tinglige begrænsninger)). For patentlicensaftalen betyder dette, at sådanne handlinger, som licensgiveren kunne forbyde licenstageren, uden at de havde indgået en aftale herom, falder inden for patentet. Begrænsninger, der *alene* følger af licensaftalen – og som licensgiver således ikke kunne gennemføre uden aftalen – falder derimod uden for patentets indhold.⁶⁴ I konstruktiv henseende viser § 9 tilbage til *patentrettens formål* («Schutzzweck»). Indholdet af eneretten, som den er fastlagt i § 9, er betinget af og tjener til at realisere dette formål. I den forbindelse identificeres i tysk ret en række teorier bl.a. »die Belohnungstheorie« (»der Vergeltungsgedanke«), »die Anspornungstheorie« og »die Vertragstheorie« (»Offenbarungstheorie«).⁶⁵ Traditionelt er især *belønningsteorien* fremhævet som den afgørende.

Det er nu det almindelige udgangspunkt, at der ikke hersker konflikt mellem patent- og konkurrenceretten med hensyn til målsætningen for reguleringen: Der er *Zielkonformität*, idet innovationsfremme og effektivitet i dynamisk forstand er centralt for begge regelsæt.⁶⁶ Oplevelsen af harmoni er imidlertid ikke ensbetydende med, at konkrete konflikter ikke opstår, eller at alle spændinger er væk. Selve opregningen af de sikre vilkår i § 17, stk. 1, angiver da også, at den konkurrenceretlige vurdering er selvstændig og ikke nødvendigvis sammenfaldende med den patentretlige. Hvorfor hører f.eks. begrænsninger vedrørende licenstagernes anvendelse med til patentets indhold, når prisbegrænsninger ikke gør det? Sondringen er formentlig velbegrundet. Den følger imidlertid ikke af rettens indhold, men er resultatet af selvstændige overve-

64. *Emmerich i Immenga & Mestmäcker* (1992), BGB § 20 Rdn. 156: »Alle Benutzungsarten, die der Schutzrechtsinhaber seinem Vertragspartner auf Grund seines Ausschließlichkeitsrechtes ohne den fraglichen Vertrag ebenfalls ohne weiteres verbieten könnte, können daher auch durch den Vertrag über den Erwerb oder die Benutzung des Schutzrechtes ausgeschlossen oder beschränkt werden.«

65. *Bruchhausen i Benkard* (1993), PatG Einl. Rdn 1f. og *Bernhardt & Kraßer* (1986), p. 24ff. Hertil kom navnlig i ældre tid »die Eigentumstheorie« (eller die Naturrechtstheorie«), hvorefter enhver frembringelse – åndelig som materiel – tilhører sin skaber.

66. *Ullrich i Benkard* (1993), PatG § 15 Rdn 146: »Der Patentschutz hat seine Grundlage in einer auf der Freiheit des Wettbewerbs gegründeten marktwirtschaftlichen Ordnung. Patentschutz und Freiheit des Wettbewerbs schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern sind beide darauf ausgelegt, die Innovationsstätigkeit zu fördern. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB] geht von dieser 'friedlichen Koexistenz' von Wettbewerb und Patentschutz aus.« Fodnoter udeladt. Se også *Ullrich* (1996a), p. 558 m. yderligere henv.

jelser af konkurrencemæssig karakter. Den konkurrenceretlige vurderings selvstændighed blev da også fremhævet i relation til den tidlige gældende § 20. *Emmerich* forkastede således samtlige de ovenfor anførte patentretlige teorier som i sig selv bærende og sammenfattede i stedet de særlige konkurrenceretlige hensyn som spørgsmålet, om »... die wirtschaftliche Vorzugstellung, die die Lizenz dem Lizenznehmer verschafft, indem sie ihm einen *Vorsprung vor seinem Konkurrenten* vermittelt«. ⁶⁷ Der er god grund til at afvise en bevidstløs anvendelse af f.eks. belønningslæren som løsningsmiddel. *Emmerichs* betoningen af »forspringet« indebærer heller ikke i sig selv en løsningsmodel. Forspringslæren er imidlertid væsentlig, idet den indikerer en konkurrenceretlig selvstændig i forhold til den patentretlige argumentation. For den konkurrenceretlige bedømmelse af patentlicensaftaler indebærer dette, at aftalen underlægges både en patentretlig vurdering og en konkurrenceretlig. De spændinger, som det kan lede til, skal drøftes mere konkret nedenfor i forbindelse med omtalen af ikkeangrebsklausuler.

Tvangslicens m.v.

TYPtI indeholder i § 24, stk. 1, en regel om tvangslicens: Hvis patenthaver afviser et konkret tilbud fra tredjemand om udnyttelse af patentet, kan der ved dom (Bundespatentgericht) meddeles tredjemand en udnyttelsesret. Denne udvejstår åben, »wenn die Erlaubnis im öffentlichen Interesse geboten ist«. I modsætning til f.eks. dansk ret (Ptl §§ 45 og 46) indeholder den tyske patentlov således ikke et katalog over særligt oplagte situationer, hvor den offentlige interesse kan være truet. Afvejningen er herved rent konkret. Tvangslicensmuligheden anvendes sjældent i praksis, hvilket dog ikke kan tages til indtægt for, at reglerne er uden betydning. Som i dansk ret fremhæves således reglernes betydning for villigheden til indgåelsen af frivillige aftaler, jf. *Rogge i Benkard* (1993), PatG § 24 Rdn. 5. Som eksempler på tilfælde, hvor tvangslicens kunne komme på tale nævner *Rogge*, a.st. Rdn 15ff. hensynet til den tekniske udvikling eller socialpolitiske hensyn – f.eks. til arbejdstagerers sikkerhed. En blot og bar licensnægtelse er under ingen omstændigheder tilstrækkeligt til at føre til tvangslicens, *Rogge*, a.st., Rdn 2.

Det klassiske tilfælde af patentundertrykkelse er reguleret udtrykkeligt i § 24, stk. 2, hvorefter et tysk patent i visse meget særlige tilfælde kan *tilbagekaldes*, hvis patentet alene udøves i »udlandet« (»Zurücknahmen«) (forholdet til EU-retten og TRIPs er ikke ganske klart). I TYPtI § 13 findes en bestemmelse om *ekspropriation* i tilfælde, hvor patentet og patenthaveres adfærd medfører skade for »der öffentlichen Wohlfahrt« (»Benutzungsanordnung«). Interessant er også reglen i TYPtI § 23 om *frivilligt licensberedskab*, hvorefter patenthaver over for Patentamt kan erklære, at enhver kan anvende patentet mod at erlægge et »rimeligt vederlag« (»Lizenzbereitschaft«). Til gengæld herfor opnår patenthaver en halvering af opretholdelsesafgifterne.

67. *Emmerich i Immenga & Mestmäcker* (1992), BGB § 20 Rdn. 162.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

2.2. Sammenfatning: Traditionel national ret

Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler har varieret ganske meget fra land til land. Historiske, samfundsmæssige og filosofiske forhold har haft direkte betydning, men det nok væsentligste moment for udviklingen har været valget af *konkurrenceretligt regime*: Forbudssystemet har nødvendiggjort etableringen af en retlig ramme til udsondring af de tilfælde af unormal licenspraksis, hvor aftaleparterne må påregne konkurrenceretlige indgreb. For nordisk og engelsk ret har udgangspunktet på grund af den traditionelle kontrolmodel været et andet, men for især nordisk ret gælder, at konkurrenceretlige indgreb på ingen måde har været anset for udelukket. Også her har den »unormale« udmøntelse af patentretten i forbindelse med licensaftaler kunnet gøres til genstand for konkurrenceretlig indgriben, idet spørgsmålet på grund af den konkurrenceretlige regulerings karakter traditionelt ikke har givet anledning til videre problemer.

Tendensen i den *nyere* konkurrenceretlige regulering går i retning af forbudsmodellen og dermed også af den principielle og formelle bedømmelse af patentlicensaftalen, som kendes i traditionel tysk og amerikansk ret. I europæisk ret er den primære årsag til dette EU-retten. Realiseringen af de EU-retlige målsætninger – *regionaliseringen* – har krævet en hidtil ukendt styrke og præcision i den konkurrenceretlige regulering. Den EU-retlige konkurrenceretsmodel har endvidere haft afgørende betydning for den nationale konkurrencelovgivning i EU-landene, hvorved den EU-retlige påvirkning af bl.a. patentlicensaftalen er blevet total.

2.3. Konkurrenceretten og patentlicensaftaler:

Udviklingen og tendenser

2.3.1. EU-konkurrenceretten: Regionalisering

Hensigten med den følgende gennemgang af EU-konkurrenceretten⁶⁸ er navnlig at illustrere betydningen af den EU-retlige *integrationsmålsæt-*

68. Samarbejdet under Traktaten om den Europæiske Union består af tre søjler: Den økonomiske, samarbejdet om udenrigs- og sikkerhedspolitik og om retlige og interne anliggender. Konkurrencereglerne (i det følgende blot artikel 81 og 82) findes i første søjle, dvs. i *EF-traktaten* (TEF, Amsterdam-traktaten). Konkurrencereglerne burde således på grundlag af hjemmelsgrundlaget benævnes »EF-konkurrenceretten« (»EF-ret«). I praksis – f.eks. *Fejøl* (1997b) og *Lundgaard Hansen, Kjølbye & Saugmandsgaard Øe* (1998) – anvendes imidlertid sædvanligvis betegnelsen »EU-konkurrenceretten« (»EU-retten«), som derfor også benyttes her. Se generelt om EU-konkurrenceretten *Fejøl* (1997b), *Koktvedgaard* (1997a), p. 67ff. og *Lundgaard Hansen, Kjølbye & Saugmandsgaard Øe* (1998).

ning (regionaliseringen) for den konkurrenceretlige vurdering af patentlicensaftaler. I samme forbindelse drøftes regionaliseringen af den nationale konkurrenceret.

Den primære bestemmelse i EU-konkurrenceretten af betydning for patentlicensaftaler er kartelreglen i artikel 81 EF (tidligere: artikel 85):

- »1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:
- a) direkte eller indirekte fastlæggelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
 - b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
 - c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
 - d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stille ringere i konkurrencen
 - e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.
2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning.
3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:
- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder
 - enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
 - enhver samordnet praksis eller kategori deraf, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:
 - a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål
 - b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.«

Artikel 81 EF indeholder således et forbud i stk. 1, en beskrivelse af retsvirkningerne af dets overtrædelse i stk. 2 og en dispensationsmulighed i stk. 3.

Forbudet er betinget af, at der foreligger en konkurrencebegrænsende »aftale« m.v., som kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater og som ikke har blot uvæsentlige virkninger. Artikel 81, stk. 1, er umiddelbart anvendelig i medlemslandene, og forbudet kan derfor håndhæves

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

ved de nationale domstole.⁶⁹ Området for forbudet i stk. 1 er efter EF-domstolens praksis meget vidt, og dispensationsadgangen i stk. 3 har derfor i praksis central betydning.⁷⁰ Aftaler m.v., for hvilke der ønskes fritagelse, skal herefter (for nærværende, jf. straks i det følgende) anmeldes til EU-kommissionen,⁷¹ som har enekompetence til meddelelse af dispensationer i medfør af stk. 3.⁷² Kombinationen af anmeldelsessystemet og fortolkningen af stk. 1 har medført, at EF-konkurrenceretten har fået en meget bureaukratisk karakter, med EU-kommissionen som omdrejningspunktet.⁷³

Med henblik på at lette den praktiske administration af artikel 81, stk. 3, har Kommissionen udstedt en række *gruppefritagelsesforordninger*.⁷⁴ Den centrale forordning for patentlicenser er *forordning 240/96 vedrørende teknologioverførselsaftaler*, som skal gennemgås nærmere nedenfor.⁷⁵ Virkningen af gruppefritagelsesforordningerne er, at en aftale, som er udformet i overensstemmelse hermed, ikke behøver at blive anmeldt for at opnå fritagelse i medfør af artikel 81, stk. 3. Individuel fritagelse er vel fortsat mulig inden for forordningernes område og er almindeligvis påkrævet, hvis forordningens vilkår ønskes fraveget, men den praktiske konsekvens af systemet er, at licensaftaler normalt konciperes under nøje iagttagelse af forordningens regler: Aftalepraksis *standardiseres* hermed i overensstemmelse med den nærmere konkurrenceretlige regulering baseret på en typeantagelse vedrørende de markedsmæssige virkninger af visse aftalevilkår.

69. Se nærmere om den praktiske indretning af samarbejdet i Samarbejdsmeddelelsen af 1997 (EFT 1997 C 313/3).

70. *Koktvedgaard* (2000), p. 93: »Forbudet i 81(1) skal ... ikke 'fortolkes', men anvendes rent, og sikkerhedsventilen er alene 81(3).« Samtidig noteres, at denne opfattelse er under opblødning.

71. Jf. Frd 17/62, artikel 4, stk. 1. I stk. 2 findes der dog en række undtagelser fra anmeldelsespligten. Omfanget heraf er blevet udvidet ved Rfo 1216/1999 af 10.6.1999, art. 1, se nærmere straks nedenfor.

72. Frd 17/62, art. 9, stk. 1. EF-domstolen og Retten har prøvelseskompetence.

73. Se nærmere hos *Fejø* (1997b), p. 153ff. og *Lundgaard Hansen, Kjølbye & Saugmandsgaard Øe* (1998), p. 495ff. om administrationen af dispensationsadgangen herunder om negativattester, komfort letters m.v.

74. Hjemmelen hertil er givet med henvisningen i artikel 81, stk. 3 til »kategorier af ...«. Kommissionen er tillagt enekompetencen ved Rfo 19/65/EØF. Forordningen er senest ændret ved Rfo 1215/1999 af 10.6.1999 med henblik på gennemførslen af reformen vedr. vertikale aftaler (straks nedenfor).

75. Antallet af gruppefritagelsesforordninger blev begrænset noget ved Rfo 2790/1999 om vertikale aftaler, herom straks i det følgende.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Anmeldelsesordningen beslaglægger store interne ressourcer i virksomhederne og har medført, at Kommissionen sander til i ofte aldeles ligegyldige sager. Resultatet for administrationen efter de nuværende regler er lange ventetider og manglende selvstændige kommissionsundersøgelser i form af opsøgende arbejde og efterfølgende kontrol. Fordele ved det nuværende system har navnlig bestået i, at Kommissionen i hvert fald i princippet har vidtgående kontrol- og styringsmuligheder i forbindelse med udviklingen af EU-konkurrenceretten. I navnlig den senere tid er det dog blevet klart, at de praktiske ulemper ved systemet langt overstiger fordelene. Med henblik på at *effektivisere og decentralisere* den praktiske administration af konkurrencereglerne, *målrette* Kommissionens indsats mod de alvorlige overtrædelser og imødegå de uheldige virkninger af den standardisering af aftalepraksis, som forordningssystemet har medført, pågår der derfor for tiden et betydeligt reformarbejde vedrørende EU-reglernes praktiske administration og gennemførelse:⁷⁶

- I *Hvidbogen om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-traktatens artikel 85 og 86* af 28.4.1999 foreslog Kommissionen væsentlige ændringer af det nuværende system.⁷⁷ På grundlag heraf fremlagde Kommissionen den 27.9.2000 *forslag til Rådets Forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056 og (EØF) nr. 3975/87 (KOM(2000) 582)*. Forordningen vil, hvis den vedtages, føre til en afskaffelse af anmeldelses- og fritagelsessystemet. Der lægges således op til en fuldstændig – og meget velkommen – ændring af det nuværende anmeldelsessystem. I stedet skal artikel 81, stk. 3, gøres umiddelbart anvendelig på linje med stk. 1, således at *hele artikel 81* bliver umiddelbart anvendelig i medlemslandene med den konsekvens, at nationale myndigheder og domstole vil kunne udste-

76. Se nu også *udkastene* i EFT 2000 C 118 til gruppefritagelsesforordninger vedr. *forsknings- og udviklingsaftaler og specialiseringsaftaler* og til retningslinjer vedr. anvendelsen af artikel 81 på *horisontalt samarbejde*. Disse drøftes ikke i det følgende. Det kan dog notere, at et gennemgående moment i udkastene er anvendelsen af en *markedsandelsgrænse*, som det centrale punkt (jf. art. 3 i udkast til forordninger og pkt. 59 i udkastet til retningslinje).

77. Se generelt om Hvidbogen *Levinsen & Simonsen (1999)*, *Ehlermann (2000)* og *Koktvedgaard (2000)*, p. 78f. og 92. Ved Rfo 1216/1999, art. 1, blev området for anmeldelsesfrihed i art. 4, stk. 2, nr. 2, i frd. 17/62 udvidet til at omfatte vertikale aftaler, se om forordning 2790/99 straks i det følgende.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

de individuelle fritagelser i medfør af stk. 3 i tilfælde af krænkelse af stk. 1 (forslagets artikel 5 og 6, jf. punkt 3-7). Det er ikke hensigten med forslaget at opnå en ændring af den materielle ret eller en afsvækkelse af kontrollen. Hidtidig retspraksis skal opretholdes, herunder det principielle forhold mellem stk. 1 – den brede undtagelse – og 3 – de omfattende undtagelser.⁷⁸ Kommissionen skal i følge forslaget have kompetence sideløbende med de nationale organer, men skal primært bruge sine ressourcer til at overvåge og håndhæve alvorligere sager. Hertil kommer, at Kommissionen – og kun denne – i kraft af udstedelsen af gruppefritagelsesforordninger, retningslinjer m.v. fortsat skal være det policy-skabende organ, sikre sammenhæng og ensartethed i retsanvendelsen osv. (forslagets artikel 28 og 29).

- På området for *vertikale aftaler* trådte *Forordning 2790/1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis* i kraft den 1.1.2000⁷⁹ med virkning fra (primært) 1.6.2000.⁸⁰ Forordning 2790 afløste forordningerne vedrørende eneforhandling (1983/83), eksklusive købsaftaler (1984/83) og franchising (4087/88) og indebærer en generel regulering af vertikale aftaler »mellem to eller flere virksomheder, der [hvad aftalen angår⁸¹] i relation til denne forordning virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester« (artikel 2, stk. 1). Forordning 240/96 – herunder

78. Nærmere Hvidbogen, pkt. 55-57, hvor det noteres, at udviklingen i både domstols- og kommissionspraksis i et vist omfang er gået i retning af en »rule of reason«-vurdering af forbudet i stk. 1. Det konstateres dog samtidig, at opbygningen af art. 81 i sig selv opstiller ganske snævre grænser for en videreudvikling ad denne vej.

79. Forordningen er gennemført i dansk ret ved bek 353/15.5.2000.

80. EFT 1999 L 336/21. Se nærmere Grønbogen om vertikale begrænsninger i EU's konkurrencepolitik, KOM(96) 721 af 22.1.1997 og den nu foreliggende retningslinjer for vertikale begrænsninger, EFT 2000 C 291/1, jf. Grønbogen om vertikale begrænsninger af 26.11.1998 (EFT 1998 C 365/3) og forslag af 24.9.1999 (EFT 1999 C 270/7). Som forberedelse for forordningen ændredes Frd 17/62 v. Rfo 1216/99 og Rfo 19/65 v. Rfo 1215/1999, se herom ovenfor. Arbejdet med de vertikale aftaler indgår sammen med Hvidbogen i en samlet revision af EU-konkurrencereglerne, se således Hvidbogen, især punkt 71. Se generelt om frd. 2790 i *KonkurrenceNyt* 2/2000, p. 10-13 og *Whish* (2000).

81. Den danske oversættelse (»i relation til denne forordning«) er fejlagtig på dette punkt, jf. *KonkurrenceNyt* 2/2000, p. 13 note 5 og den engelske version: »For the purpose of the agreement«.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

»patentlicensaftaler« – berøres således ikke direkte af Forordning 2790.⁸² Forordning 2790 indebærer konkret etableringen af en »bagatelgrænse«, der som udgangspunktet fritager (vertikale) aftaler om køb og salg af varer eller tjenesteydelser, hvis leverandøren og de med denne forbundne virksomheder på det relevante marked *ikke* har en *markedsandel* på over 30 pct. (artikel 2, stk. 1). Sådanne aftaler fritages automatisk, medmindre de indeholder en »hardcore«-restriktion i form af aftaler om bindende mindstepriser eller om »absolut områdeopdeling«.^{83 84}

Hensigten med både Hvidbogen (forordningsforslaget) og Forordning 2790 er en *effektivisering* af EU-konkurrenceretten i form af en decentralisering og afbureaukratisering af anvendelsen af artikel 81. Hensigten er ikke en ændring af den materielle retsstilling, en sænkelse af kontrolniveauet eller lignende. Den ydre, traktatfæstede ramme for bedømmelsen i form af artikel 81 og artikel 3, jf. 2, foreslås ikke ændret.

Forslagene til ændring i administrationen af artikel 81 og den nye forordning vedrørende vertikale aftaler afspejler imidlertid forskydninger i opfattelsen af konkurrencerettens betydning og rolle,⁸⁵ som indirekte vil lede til en ændret konkret vurdering af aftaler m.v., herunder

82. Forordning 2790/99 omfatter ifølge artikel 2, stk. 3, jf. artikel 1, e, og præambelens punkt 3, vertikale aftaler om udnyttelse af *intellektuelle ejendomsrettigheder* (»industrielle ejendomsrettigheder, ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder«) i forbindelse med anvendelse eller videresalg af leverede varer, »forudsat at disse bestemmelser ikke er hovedformålet med gennemførslen af aftalerne, men er direkte forbundet dermed og nødvendige derfor og ikke indeholder konkurrencebegrænsninger med samme formål eller virkning som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter denne forordning«. Forordningens kerneområde er således eneforhandlingsaftaler, franchiseaftaler o.lign., jf. retningslinjerne, pkt. 30-44. I så henseende har forordning stor både praktisk og principiel betydning, herunder for parallelimportspørgsmålet og varemærkeretten, som behandles nedenfor. Forordning 240/96 omfatter både vertikale og horisontale aftaler. Hovedområdet er imidlertid de vertikale, jf. således forordningens artikel 5, stk. 1, og herom *Korah* (1996), p. 96ff.

83. Se nærmere i artikel 4. Virkningen af, at en aftale indeholder en »hard core«-klausul, er, at hele aftalen falder uden for gruppefritagelsesforordningen. Individuel fritagelse er i princippet mulig, men vil næppe kunne komme på tale. Se også artikel 5 om konkurrenceklausuler og andre blot »ikke-tilladte« forpligtelser. Findes sådanne i en aftale, kan de pågældende vilkår ikke fritages efter forordningen, hvorimod aftalen som sådan som udgangspunkt ikke falder bort.

84. Se om systemet *Koktvedgaard* (2000), p. 218ff.

85. *Koktvedgaard* (2000), p. 77 (»kontrollere« ikke »styre«) og 93.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

patentlicensaftaler. Dette bliver navnlig tydeligt, hvis man anskuer de foreliggende forslag m.v. som led i en *historisk* udvikling. EU-konkurrencerettens udvikling beskrives da gerne således: 1960-erne: Ringe aktivitet, 1970-erne: Fundamentalistisk regulering ud fra en unuanceret integrationsmålsætning, 1980-erne: Opblødning, men også en mangel på klare sigtelinjer. Lidgard betegner forsøgsmæssigt 1990-erne som »en period av ökad realism?«. ⁸⁶ Forordningsforslaget af 27.9. og forordningen vedrørende vertikale aftaler kan udmærket beskrives som et forsøg på at hævde »realismen« i konkurrenceretten på bekostning af en mere fastlåst, dogmatisk opfattelse af integrationsmålsætningens betydning og indhold. Som udtryk herfor kan man henvise til den »økonomiske tilgangsvinkel«, som Kommissionen angiver som en af Hvidbogens erklærede målsætninger. Hvori denne tilgang nærmere består, og hvorved den adskiller sig fra hidtidig praksis, er vel ikke ganske klart. I forarbejderne til forordningen anføres dog, at tilgangen indebærer en undersøgelse af aftalernes virkning i en markedssammenhæng, ⁸⁷ hvilket ofte vil medføre en mere liberal bedømmelse af aftaler, der vel begrænser *intra brand konkurrencen*, men til gengæld leder til en effektivisering af *inter brand konkurrencen*. ⁸⁸ Det er dog vanskeligt at udtale noget nærmere om det konkrete udfald af den »økonomiske tilgangsvinkel«. Opstillingen af hard core-vilkårene viser, at der er grænser for den økonomiske pragmatisme: Integrationen må ikke trues, og aftaler, som tager sigte på at udelukke *intra brand konkurrence* – »absolut områdebeskyttelse« – er normalt udelukket, uden at der foretages en konkret vurdering af aftalens betydning for *inter brand-konkurrencen*. Der er således endnu et stykke vej, før EF-domstolen med den amerikanske højesteret kan notere, at »... the primary purpose of the antitrust laws is to protect *inter-brand competition*«. ⁸⁹

Realismen kommer imidlertid også til udtryk andre steder. Kommissionen angiver således i forordningsforslaget, at det eksisterende anmeldelsessystem har haft sin klare berettigelse i forbindelse med tilvejebringelsen af en »*konkurrencekultur i Europa*«. ⁹⁰ I takt med udviklingen af

86. Lidgard (1997), p. 45ff. Se også Anderman (1998), p. 55ff. og 63ff.

87. Opfølgningen, EFT 1998 C 365, p. 3 og 13ff. Se også Fosdal (1999), p. 44.

88. Jf. herved retningslinjerne for vertikale aftaler af 13.10.2000 (EFT 2000 C 291/1), pkt. 6: »De fleste vertikale begrænsninger giver kun anledning til konkurrencemæssige problemer, når der ikke er tilstrækkelig konkurrence mellem forskellige mærker ('*interbrand-konkurrence*')«. Se også, a.st., pkt. 7.

89. *State Oil v. Barkat U. Khan*, No. 96-871 af 4.11.1997 (under punkt II B).

90. Præambelens punkt 1, jf. Hvidbogen, punkt 4.

denne »kultur«, som er resultat af, hvad man kunne kalde »dybdeharmonisering«, kan reguleringens midler forfines og håndhævelsen overlades til de nationale, regionaliserede myndigheder og domstole, som – bevidst eller ubevidst – vil bidrage til at udbygge fællesskabets grundlag, idet de er besjælet af en regional fællesopfattelse. Antagelsen af dette kulturelle grundlag er i praktisk henseende næppe uproblematisk. Det er givet ofte lettere at mobilisere en fælleskulturel bevidsthed, når det drejer sig om at sikre konkurrencen i de øvrige medlemslande, end det er at svinge sværdet over egne virksomheder, men herved søges altså decentraliseringen af EU-konkurrenceretten begrundet. Decentraliseringen er således ikke udtryk for en nedtoning af EU-rettens betydning på det konkurrenceretlige område. Tværtimod: Decentraliseringen er produkt af og forudsætter den vidtgående konkurrenceretlige harmonisering af national ret og konkurrenceretlig anskuelse, som har fundet sted i de senere år, og som er kulmineret med vedtagelsen af de nye danske og engelske konkurrencelove. Samtlige EU-lande anvender nu – i hvert fald i princippet – det EU-retlige forbudsprincip i den nationale konkurrenceret.

2.3.1.1. EU-retten og national ret:

Regionaliseringen af den nationale konkurrenceret

I princippet er forholdet mellem EU-konkurrenceretten (artikel 81) og de nationale kartelregler enkelt: *Artikel 81* finder anvendelse på aftaler m.v., som kan – eller er egnet til at kunne – påvirke samhandlen mellem medlemslande, og som har ikke blot uvæsentlig betydning; dvs. aftaler med *fællesskabsdimension*. De *nationale* reglers selvstændige område er aftaler, som ikke har fællesskabsdimension. I praksis er vanskelighederne imidlertid ofte betydelige. Det følger således af EF-domstolens praksis bl.a., at EF-konkurrencereglerne undertiden finder anvendelse, selv om en aftale kun direkte vedrører en enkelt medlemsstat eller blot en del af denne.⁹¹ Medlemslandets territorium er således ikke afgørende ved fastlæggelsen af grænserne for EU-rettens direkte anvendelighed. Vanskeligheder kan også opstå i forbindelse med bedømmelsen i henhold til national konkurrenceret af aftaler, som af Kommissionen er fritaget i medfør af artikel 81, stk. 3. Udgangspunktet i sådanne tilfælde er, at

91. Lundgaard Hansen, Kjølbjerg & Saugmandsgaard Øe (1998), p. 89ff. med talrige henv. til praksis. A.st., p. 90, bemærkes om en aftale, som omfatter en enkelt medlemsstat, at denne »ifølge selve sin natur styrker opdelingen i nationale markeder og dermed hæmmer den markedsintegration, som tilstræbes med traktaten«.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

anvendelsen af national ret ikke må bringe de fællesskabsretlige hensyn i fare.⁹²

En praktisk vigtig indikator for afgrænsningen mellem national ret og EU-retten er givet af Kommissionen med *Bagatelmeddelelsen*, som indeholder Kommissionens retningslinjer for indholdet af »mærkebarhedskriteriet«. Den aktuelle Bagatelmeddelelse stammer fra december 1997.⁹³ Det centrale led i meddelelsen findes i punkt 9: Aftaler mellem virksomheder, der producerer eller distribuerer varer m.v., falder ikke ind under forbudet i artikel 81, stk. 1, når de deltagende virksomheder på intet af de berørte markeder tilsammen har en *markedsandel*, som overstiger 5 pct. fsva. *horisontale aftaler* og 10 pct. fsva. *vertikale aftaler*.⁹⁴ Til forskel fra de tidligere udgaver indeholder den nuværende Meddelelse intet om de deltagende virksomheders omsætning.⁹⁵ Også sondringen mellem vertikale og horisontale aftaler er ny og er på samme måde som markedsandelskriteriet udtryk for den »økonomiske vurdering«, som Kommissionen fremhævede i Hvidbogen fra 1999. Anvendelsen af markedsandele som det afgørende kriterium er således udtryk for en almindelig tendens i EU-retten, jf. ovenfor om den nye Forordning 2790/99 vedrørende vertikale aftaler, som ligeledes er baseret på markedsandele.⁹⁶ Hensigten med dette kriterium er at sikre en større fleksibilitet i aftalepraksis, idet den konkurrenceretlige bedømmelse koncentrerer sig om de aftaler, som har reel betydning for markedets indretning, eller som af ideologiske årsager er uacceptable. Tankegangen er sympatisk, men den øgede anvendelse af markedsandele som det afgørende moment, leder også til vanskeligheder for de involverede virksomheder, som undertiden vil have vanskeligt ved at vurdere størrelsen af deres markedsan-

92. *Koktvedgaard (2000)*, p. 112f. Se også *Schovsbo (1993)*, p. 31ff. med omtale af sag 14/68, *Walt Wilhelm*.

93. »Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke falder ind under EF-traktatens artikel 85, stk. 1 [nu: artikel 81, stk. 1 EF], ('bagatelmeddelelsen')«, EFT 1997 C 372/14 af 9.12.1997.

94. 5-pct.-grænsen gælder også for blandede aftaler og aftaler, hvis karakter kun vanskeligt lader sig fastlægge. Se dog også punkt 10, hvorefter anvendelsen af artikel 81, stk. 1, ikke kan udelukkes på trods af en markedsandel, som ligger under 5 hhv. 10 pct. i tilfælde af aftaler vedr. videresalgspriser og territorial beskyttelse, dvs. hard core-klausulerne.

95. Se meddelelserne af 19.12.1977 (EFT 1977 C 313), pkt II og af 3.9.1986 (EFT 1996 C 231), pkt. 7.

96. Tilsvarende i *amerikansk ret*, jf. 1995-Guidelines, punkt 4.3.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

del. Vanskelighederne er dog begrænset til de tilfælde, hvor markedsandelen ligger tæt ved tærskelværdien, og bør derfor ikke overvurderes.⁹⁷

Tendensen går således i retning af en mere individuel og fleksibel vurdering af EU-retten selvstændige område. Dette vil ikke lette de principielle vanskeligheder med at fastlægge grænserne for anvendelsen af den nationale ret. Udviklingen i *national* konkurrenceret har imidlertid medført, at den praktiske betydning af sondringen er aftaget.

Også for *patentlicensaftaler* har der været fremsat forslag om øget anvendelse af markedsandele, jf. Kommissionens forslag til forordning af 30.6.1994 (EFT 1984 C 178/3), art. 1, nr. 5 og 6 og herom *Korah* (1994) og *Schmidt-Szalewski* (1996), navnlig p. 554. Af de oprindelige tanker overlevede dog blot den principielt vigtige art. 7. Det forekommer ikke oplagt, at en regulering *ad modum* Forordning 2790/99 vedr. vertikale aftaler – dvs. en generel fritagelse for aftaler af mindre betydning baseret på markedsandele kombineret med klare forbud – ikke totalt set ville være en fordel på patentområdet, jf. således også *Lidgard* (1997), p. 378. Dette gælder uanset fastlæggelsen af det relevante marked på områder for immaterialretligt beskyttede produkter givet er vanskeligere end for andre produkter.

2.3.1.1.1. National konkurrencelovgivning i EU: EU-konformitet

Der er ikke i EU-retten noget krav om en harmonisering af de nationale konkurrencelove. EU-kommissionen har ved flere lejligheder fremhævet det ønskelige både i en regeltilpasning⁹⁸ og i en øget administrativ, national anvendelse af EU-reglerne,⁹⁹ men egentlige, retlige skridt for at opnå retsenhed på området er ikke taget. På trods heraf er der en klar tendens i den nationale konkurrenceret i retning af en tilpasning til konkurrencereglerne i EF-traktaten. Dette gælder også den danske Krl af 1998 (som ændret pr. 1.10.2000 ved L 242). EU-konformiteten har betydning både for lovens principielle opbygning (forbudsmodellen) og de konkrete regler og principper og for den praktiske administration, hvor

97. For at lette på disse vanskeligheder indeholder Bagatelmeddelelsen i pkt. 13-17 en række principper for fastlæggelsen af det relevante marked, jf. også Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceregler af 9.12.1997 (EFT 1997 C 372/5). Den øgede betydning, som markedsandele tillægges, bør dog nok føre til, at fastlæggelsen af det relevante marked objektiviseres noget mere end tilfældet har været hidtil. Dette er da også hensigten med Kommissionsmeddelelsen fra 1997.

98. Samarbejdsmeddelelsen, pkt. 10.

99. Nærmere hos *Koktvedgaard* (2000), p. 138. Konkurrencerådet fik i forbindelse med ændringen af Krl pr. 1.10.2000 v. L 242 adgang til at anvende EU-reglerne, jf. Krl § 23a. Dette var ikke tidligere muligt, jf. ministerens besvarelse af 15.4.1997 af spørgsmål 75 fra Folketingets Erhvervsudvalg. Ændringen er helt i harmoni med den generelle tendens i EU-retten, se om Hvidbogen ovenfor.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

EF-domstolens og Kommissionens praksis angives at skulle have stor direkte betydning.¹⁰⁰

Begrundelsen for det danske systemskifte, som blev udbygget ved lovændringen pr. oktober 2000, var et ønske om at undgå, at danske virksomheder udsættes for *parallelle procedurer* ved, at samme sag samtidig behandles af EF-kommissionen efter EU-reglerne og af de danske konkurrencemyndigheder efter de danske regler. Konformiteten skulle sikre, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. behandles efter samme regler hos enten Kommissionen eller de danske konkurrencemyndigheder: *One-stop-shop-princippet*.¹⁰¹ Konformitetsønsket var dog næppe båret af praktiske hensyn alene. Det fremhæves således samtidig, at den manglende parallellitet ikke i *praksis* havde givet anledning til større vanskeligheder.¹⁰² Ønsket om EU-konformitet går derfor længere end de umiddelbare og praktiske hensyn tilsiger og er udtryk for en bevidst eller ubevidst tilpasning til de *regionale konkurrenceretlige normer*; den »fælles konkurrenceretlige kultur«.¹⁰³ Regionaliseringen omfatter således ikke blot konkurrencerettens regler, men også rettens begrundelse m.v.

Hvis man sammenligner den danske lov med forbilledet – artikel 81 og 82 (EF) – bliver det hurtigt klart, at konformitetsønsket i konkret henseende ikke blev realiseret. Konkurrenceloven har slet ikke samme skarphed og bid som EU-reglerne (nærmere straks nedenfor i petit). På trods af dette er konformitetsprincippet centralt for den praktiske administration af loven og for udviklingen af de principielle rammer og begrebsapparat osv. *Koktvedgaard* noterer herved, at kravet om EU-konformitet ikke er ensbetydende med, at der ikke må lægges vægt på de særlige *faktiske* forhold, der måtte være særegne for det danske marked: »Men de danske myndigheder skal ikke søge at oparbejde og anvende *retlige* standarder, der afviger fra EU-principperne.«¹⁰⁴ *Fejøl* påpeger i samme forbindelse, at målsætningerne i art. 2 og 3 (EF) bl.a. om etableringen af det indre marked ikke kan overføres direkte til den danske konkurrenceret, og at konformitetet allerede derfor ikke bør udelukke

100. Nærmere hos *Koktvedgaard* (2000), p. 136ff. m. henv.

101. Betænkning 1297/1995, p. 316 og bemærkningerne til lovforslaget, FT 1996-1997, p. 3648, 3651 og 3655. En tilsvarende model søges opnået i England med den nye lov, jf. *Coleman & Grenfell* (1999), p. 26.

102. Betænkning 1297/1995, p. 316.

103. *Bilal & Olarreaga* (1998), p. 157, fremhæver da også, at regionaliseringen i henseende til afskaffelsen af barrierer for varernes fri bevægelighed i sig selv indebærer et incitament for medlemslandene til at harmonisere deres konkurrenceret.

104. *Koktvedgaard* (2000), p. 137.

en passende justering ved transformationen af de EU-retlige principper m.v. til dansk ret.¹⁰⁵ Dette er naturligvis rigtigt, men det ændrer ikke ved betydningen af *EF-domstolens* praksis for administrationen af den danske lov. Denne praksis er formuleret over EU-konkurrenceretten dobbelte målsætning: Effektivitet og integration, idet det ofte påpeges som et særligt træk ved *EF-domstolen*, at integrationshensynet udgør den mere eller mindre skjulte dagsorden.¹⁰⁶ Hermed overføres integrationsmålsætningen indirekte til dansk ret. Også valget af forbudsmodellen er i et vist omfang for en direkte påvirkning af EU-rettens målsætning, idet den hårde forbudsmodel til dels blev foretrukket som følge af integrationsmålsætningen. Indholdet af EU-konformitetsprincippet er således ikke blot en optagelse i dansk ret af en række tekniske regler og principper, men er også udtryk for en principiel *normtilpasning* af den danske konkurrencelov til den regionale målsætning.

I relation til indgåelsen af en *patentlicensaftale* i henhold til den danske *Krl* findes regelgrundlaget i dag i *Krl* § 6 (forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler), jf. § 8¹⁰⁷ (dispensationsadgangen), jf. bek. 1009/16.12.1997, der gennemfører *Forordning 240/96* i dansk ret. På alle tre niveauer udgør *EF-domstolens* og Kommissionens praksis vigtige fortolkningsbidrag. Dette gælder både med hensyn til den konkrete vurdering af enkeltregler i bekendtgørelsen, der har direkte betydning for aftalens udformning, og for den principielle opfattelse af forholdet mellem patent- og konkurrenceretten (læren om »rettens særlige indhold«). Det nærmere indhold af dansk konkurrenceret i forholdet til patentlicensaftaler gennemgås således straks nedenfor i forbindelse med omtalen af *Forordning 240/96*.

Danmark

Krl (lov 384/10.6.1997) udspringer af Betænkning 1297/1995. Betænkningens almene betydning for fortolkningen af loven er nok begrænset, jf. *Fejøl* (1997a), p. 37 og nedenfor, men netop for princippet om EU-konformitet er sammenhængen til den endelige lov dog nogenlunde klar og entydig. Ønsket om EU-konformitet var således et hovedtema ved formuleringen af udvalgets kommissorium: »I lyset af det stadig mere integrerede marked i Europa samt den internationale udvikling i samhandlen i øvrigt nedsættes et udvalg til at belyse fordele og ulemper ved at gennemføre et skifte til et forbudsprincip i dansk konkurrencelovgivning.« Resultatet af udvalgets arbejde blev et lovforslag som var alt andet end EU-konformt. Det kræver således en meget flexsi-

105. *Fejøl* (1997a), p. 43. Samme forhold fremhæves for *engelsk ret* af *Chitty* (1999) II, p. 1090.

106. Nærmere *Rasmussen* (1998), bl.a. p. 22ff.

107. Idet det forudsættes, at aftalen ikke er omfattet af *de minimis*-reglen i *Krl* § 7.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

bel indstilling at forene ønsket om EU-konformitet med lovforslaget, men den fornødne fleksibilitet var til stede i udvalget, fsva. angik dettes flertal, jf. nærmere forslaget i Betænkningen, p. 369ff. og udtalelsen fra mindretallet (herunder hele den sagkyndige del af udvalget), a.st., p. 362ff. Lovforslagets videre gang blev ganske dramatisk, og den vedtagne lov adskiller sig på afgørende punkter fra forslaget. Det endelige resultat er således ikke udtryk for en EU-forbudsmodel. Ved lovændringen pr. 1.10.2000 (L 242) har man dog nærmet sig EU-modellen noget, bl.a. ved skærpelsen af § 11 om misbrug af dominerende stilling, som nu skal kunne sanktioneres umiddelbart, og ved indførslen af fusionskontrol (lovens § 12 og herom *Koktvedgaard* (2000), p. 157ff.). *Koktvedgaard* (2000), p. 125, beskriver dog fortsat loven som en »maskeret kontrollov«. Ifølge *Fejø* (1997a), p. 38 er kontrolmodellen (før ændringen) end ikke maskeret. Se også *Blomgren-Hansen & Møllgaard* (1999), som noterer, at det danske processuelle system – Konkurrencerådets sammensætning og bødeniveauet – slet ikke er indrettet på forbudsmodellen. I forbindelse med den seneste ændring af Krl foresloges Konkurrencerådets sammensætning ændret væsentligt, men dette blev afvist i forbindelse med lovens vedtagelse, således at man har bevaret den politiske kontrol med konkurrenceretten. Den principielle betydning af EU-konformiteten i henseende både til regelindhold og principper er imidlertid fastholdt, jf. således udtrykkeligt lovens § 4, hvorefter kartelforbudet i § 6 ikke omfatter konkurrencebegrænsende aftaler m.v., der er meddelt fritagelse i henhold til EF-traktaten (herunder artikel 81, stk. 3), eller som opfylder betingelserne i en gruppefritagelsesforordning, og bemærkningerne (L 172), FT 1996-97 A p. 3641 ff., især pkt. 3 og 8. Det er endnu for tidligt at vurdere virkningen af konformitetsprincippet i administrativ praksis, og der foreligger heller ingen domstolspraksis vedr. den nye Krl.

Sverige

Den nugældende SKrl (SFS 1993:20) trådte i kraft den 1.7.1993. Loven er modelleret over artikel 81 og 82 EF, idet det også i Sverige har været et udtrykkelige mål at opnå EU-konformitet, jf. nærmere *Carlsson, Göranson & Schuer* (1993), p. 32 m. henv. Også i Sverige er gruppefritagelsesforordningerne overtaget i national ret, jf. for patentlicensaftalers vedkommende Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring. Se også *Carlsson, Göranson & Schuer* (1993), p. 58-64, om forholdet mellem immaterialretten og konkurrenceretten, hvor det noteres, at EU-konformiteten indebærer en overtagelse af EU-rettens principielle model. Dette er da også sket i praksis, jf. således Konkurrensverkets beslut 1996-05-20, Dnr 660/95 (*Astrid Lindgrenfilmer*) (»immaterialrätternas särskilda syfte eller särskilda föremål«).

Tyskland

Ændringen af TYKrl (GWB) pr. 1.1.1999 var ligeledes betinget af et ønske om at opnå (større) EU-konformitet: »Ziel des Entwurfs ist die Stärkung des Wettbewerbsprinzips... Stärkung des Wettbewerbsprinzips bedeutet insbesondere die Übernahme der stringenten Regeln des EG Rechts«, WUW(GWB), p. 64. Se også udtrykkeligt GWB § 50.

England

The Competition Act 1998, som trådte i kraft 1.3.2000, er også baseret på det EU-retlige forbudssystem, jf. hhv. sec. 2 (forbud mod aftaler m.v.) og sec. 18 (forbud mod misbrug af dominerende stilling). I medfør af sec. 10 meddeles fritagelse for forhold,

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

som er fritaget i relation til EU-retten, herunder i kraft af en gruppefritagelsesforordning (»parallel exemptions«). Idealet om EU-konformitet er her udtrykt direkte i loven, jf. dennes sec. 60 (»the EC interpretation clause«/»the governing principles clause«). En samlet fremstilling af 1998-loven giver *Coleman & Grenfell* (1999), som drøfter forhold til EU-retten p. 24ff. og immaterialretlige licenser p. 197ff., og *Flynn & Stratford* (1999), som omtaler »the European dimension« p. 10 (»the inspiration for the prohibition system ... came from Europe«), sec. 60 p. 11ff. og sec. 10 p. 57ff. Se for en oversigt over loven *Chitty* (1999) II, p. 1068ff. og 1090f. og *Cornish* (1999), p. 776ff. Se også *Obert* (1999), p. 1026f.

2.3.1.2. EU-konkurrenceretten og patentlicensaftaler: Forordning 240/96

Kommissionens forordning (EF) 240/96 af 31.1.1996 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler trådte i kraft den 1.4.1996¹⁰⁸ og afløste Forordningerne 2349/84 vedrørende patentlicensaftaler¹⁰⁹ og 556/89 vedrørende knowhowlicensaftaler. Forordning 240/96 omfatter både rene patent- og knowhowlicensaftaler og blandede aftaler.¹¹⁰ I praksis har de blandede aftaler stor betydning, og samreguleringen i Frd. 240/96 efterkom et længe næret ønske blandt praktikere. I det følgende drøftes dog alene rene patentlicensaftaler.¹¹¹

Forordning 240/96 er bygget op over det almindelige skelet for de traditionelle gruppefritagelsesforordninger: En »hvid liste« over aftalevilkår, som ikke giver anledning til vanskeligheder i relation til artikel 81 (stk. 1 eller 3), en »sort liste« over vilkår, som er omfattet af forbudet og ikke fritages ved forordningen (artikel 3), en »grå liste« over vilkår, som fritages i kraft af anmeldelse og manglende reaktion fra Kommissionen (»indsigelsesproceduren« – artikel 4) og en adgang for Kommissionen til konkret at lade fordelene ved forordningen bortfalde (artikel 7).

Den *hvide liste* i Forordning 240 omfatter bl.a. visse åbne territoriale begrænsninger (artikel 1, og nærmere i det følgende), en forpligtelse for licenstagere til ikke at meddele underlicens eller overdrage licensen til andre (artikel 2, stk. 1, nr. 2), visse forpligtelser verørende licensproduktets kvalitet (nr. 5), betaling af licensafgifter efter patentets udløb (nr. 7)

108. Se generelt om forordningen *Korah* (1996), *Lidgard* (1997), *Meyer* (1997), *Anderman* (1998) og *Kinsella* (1998).

109. EFT 1984 L 219/15. Se for en kortfattet gennemgang af denne *Schovsbo* (1993), p. 81ff. m. henv. og om den historiske udvikling *Fejø* (1985), p. 525ff. og *Anderman* (1998), p. 76ff. Se nærmere hos *Korah* (1996), p. 31ff. og 55ff. om forholdet til Frd. 240/96.

110. Jf. nærmere Frd. 240/96, art. 10 og punkt 4.

111. Frd. 240/96, punkt 4.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

og en forpligtelse i form af betaling af en mindsteafgift eller fremstilling af en mindstemængde (nr. 9). De *sorte vilkår* omfatter bl.a. og navnlig »hard core«-vilkårene: prisbegrænsninger og »absolut områdebegrænsning« (artikel 3, nr. 1, 2 og 3). *Indsigelsesproceduren* finder anvendelse for vilkår, som ikke er omfattet af hverken artikel 1 og 2 (de »hvide« vilkår) eller artikel 3 (»sorte« vilkår«), f.eks. en ikkeangrebsforpligtelse.

De centrale principper vedrørende prisbegrænsninger og absolut områdeopdeling er optaget uforandret i forordning 240/96 fra den tidligere forordning. Det generelle indtryk i øvrigt er, at 1996-forordningen indebærer en *liberalisering* af bedømmelsen af patentlicensaftaler inden for de traditionelle rammer af anmeldelsessystemet. Dette viser sig bl.a. ved medtagelsen på den hvide liste af visse tilfælde af betaling af licensafgift efter patentets udløb og en afkorting af den sorte liste. Den almene tendens i retning af en mildning i den konkurrenceretlige vurdering gør sig således også gældende på området for patentlicensaftaler. Sammenlignet med udviklingen for de vertikale aftaler ved Forordning 2790/99 er reguleringen af patentlicensaftaler dog fortsat præget af stor stivhed og manglende fleksibilitet.¹¹² Dette skyldes nok flere forhold, herunder navnlig tidsfaktoren. Forordning 2349/84 blev revideret i en mellemperiode, hvor resultatet af det arbejde, som senere ledte til Hvidbogen og forordningsforslaget af 27.9.2000 og Forordning 2790 om vertikale aftaler, endnu ikke lå klart. En anden årsag til forskellen består i en mere traditionel frygt for virkningen af patentretten for konkurrencen og integrationen. Der er dog tegn på, at den EU-retlige grundantagelse også på dette punkt er under forandring, hvilket bl.a. skyldes udviklingen i de *regioner, som EU-regionen konkurrerer med på globalt niveau*. Kommissionen fremhævede således i præamblen til forordning 240/96 bl.a. hensynet til *teknologispredning* (punkt 3), som en faktor, der talte for en opblødning af det hidtidige system. *Anderman* noterer i den forbindelse, at årsagen til betoningen af dette hensyn bl.a. var udviklingen i *amerikansk konkurrenceret* (og japansk) i form af en øget accept af aftaleindgåelse, som involverede patenter: »... too strict an application of competition rules can place EC firms at a *disadvantage on the world stage*«. ¹¹³

112. Se da også *Lidgard* (1997), p. 373 og *Anderman* (1998), p. 88f.

113. *Anderman* (1998), p. 82, min kursivering. Se også a.st., p. 139ff. om US Guidelines og nærmere herom nedenfor.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

2.3.1.2.1. Territoriale begrænsninger i patentlicensaftaler

Indbegrebet af en skadelig aftale i EU-konkurrenceretten er *aftalen om opdeling af det indre marked*. Identifikationen af den territoriale begrænsning som konkurrencerettens centrale moment er i vid udstrækning ideologisk betinget. I amerikansk patentret er det modsvarende typeeksempel som allerede sagt *tyingaftalen*, hvorved det patentretlige monopol ved aftale forsøges udstrakt til at omfatte ikke patentbeskyttede produkter.¹¹⁴ Territoriale begrænsninger behandles her lempeligere end i EU-retten på baggrund af en rule-of-reason-bedømmelse.¹¹⁵ Gennemgangen af bedømmelsen af territoriale er i forordning 240/96 giver således det bedste indtryk af retningen i den EU-retlige vurdering.¹¹⁶

Udgangspunktet for bedømmelsen blev givet af EF-domstolen i juni 1982 med dommen i Sag 258/78, *Nungesser*, ved sondringen mellem *åbne eksklusivlicensaftaler* og *lukkede eksklusivlicensaftaler med fuld områdebeskyttelse*:

»I [tilfælde af] *åben eksklusivitet* eller eneret [vedrører] licensens eksklusive karakter kun kontraktforholdet mellem rettighedshaveren og licenstageren, idet rettighedshaveren forpligter sig til ikke at meddele andre licenser for samme område og til ikke selv at påføre licenstageren konkurrence inden for området. I det andet tilfælde er der derimod tale om en *eksklusivlicens* eller *eneret med fuld områdebeskyttelse*, hvorefter de kontraherende parter tilstræber for den pågældende produkter og det pågældende område at udelukke al konkurrence fra [»tredjemands side, så som«¹¹⁷] f.eks. parallelimportører eller licenstagere fra andre områder.« (præmis 53, min kursivering)

114. Begge systemer er enige om at fordømme *prisaftaler*; i hvert fald de horisontale. Også i EU-retten bedømmes *tying* strengt, jf. således udtrykkeligt artikel 81, stk. 1, e. Ifølge Ford. 240/96 artikel 2, stk. 1, nr. 5, fritages visse »nødvendige« koblingsaftaler. Se nærmere *Korah* (1998), p. 107ff.

115. Se om *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 422 U.S. 36 (1977) nedenfor og generelt om territoriale begrænsninger i patentlicensaftaler i henhold til Guidelinens 1995 hos *Stack* (1996), p. 55ff.

116. Se for en detaljeret drøftelse af territoriale begrænsninger i EU-retten, tysk ret og amerikansk ret hos *Stefan Singer* (1997). En gennemgang af forordningens regler vedr. territorial beskyttelse giver *Lidgard* (1997), p. 97ff. og *Anderman* (1998), p. 138ff.

117. Der er fejl i den danske oversættelse. Af f.eks. den engelske version fremgår, at parallelimportører og licenstagere blot nævnes som *eksempler* på sådanne tredjemænd, over for hvem konkurrencen ikke må udelukkes. Se nærmere *Fejøl* (1985), p. 545, fn. 106.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

Åbne eksklusivaftaler – »dvs. en licens der ikke vedrører tredjemands forhold, som f.eks. parallelimportører eller licenstagere fra andre områder« (præmis 58) – er ikke i sig selv i strid med artikel 81, stk. 1. Domstolens accept af sådanne aftaler var dog ikke ubetinget, men forudsatte, at produktet var nyt på licenstagers marked (præmis 55), at produktet var udviklet efter flere års forskning og forsøgsarbejde (præmis 56) og at licenstager ikke uden eksklusivitet ville være villig til at påtage sig risikoen i forbindelse med anvendelsen af det nye produkt (præmis 57).¹¹⁸ De traditionelle immaterialretlige begreber og argumentation optages og reformuleres inden for den regionale ramme: Kravet om nyhed drejes fra opfindelsen til *teknologien* og den dynamiske effekt overgår fra effektivitet (belønning) til *integration*. Domstolen udbyggede principperne i de efterfølgende sager på det ophavsretlige område *Coditel I* og *Coditel II*¹¹⁹ og erklærede sig rede til efter omstændighederne at acceptere absolut territorial beskyttelse, hvis den umiddelbare markedsopdeling set i et dynamisk perspektiv fører til *integration*.¹²⁰ Lukkede aftaler er dog fortsat almindeligvis ikke tilladt i henhold til artikel 81 EF og kan normalt ikke påregne fritagelse efter stk. 3.

Med artikel 1 i Forordning 240/96 er den grundlæggende sontring mellem åbne og lukkede aftaler opretholdt: Aftaler, der afskærer muligheden for parallelimport m.v. inden for Regionen, er grundlæggende uacceptable. Aftaler om »almindelig« eksklusivitet anses endvidere kun for forenelige med artikel 81, stk. 1, når de tager sigte på at indføre og beskytte ny teknologi under forudsætning af, at der heri ligger et hensyn til den ydede forskningsindsats samt til etableringen af en effektiv (interbrand) konkurrence (præambelens punkt 10). Ifølge forordningens artikel 1 fritages herefter patentlicensaftaler, hvori der kun deltager to virksomheder, som indeholder bl.a. følgende forpligtelser:

- 1) en forpligtelse for *licensgiver* til ikke at give andre virksomheder tilladelse til at udnytte den overførte teknologi på licensområdet (»eksklusiv licens«) (stk. 1, nr. 1),

118. Se nærmere hos *Anderman* (1998), p. 66.

119. Hhv. sag 62/79, *Coditel/Ciné Vog*, Saml. 1980/881 og sag 262/81, *Coditel II*, Saml. 1982.3381.

120. *Anderman* (1998), p. 69: »The Court's concern for the protection of the IPR and a need to ensure a just return on the investment made in developing the industrial property should ... be seen as prompted ... by the need to ensure that the film industry continued to penetrate national markets ...«

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

- 2) en forpligtelse for *licensgiver* til ikke selv at udnytte teknologien på licensområdet (»enelicens«) (stk. 1, nr. 2) og
- 3) en forpligtelse for *licenstager* til ikke at udnytte den overførte teknologi på licensgiverens område inden for fællesmarkedet (stk. 1, nr. 3).

Hermed muliggøres indgåelse af normale eksklusive licensaftaler m.v. for så vidt angår selve udnyttelsen af teknologien inden for licensområdet. Dermed er dog intet sagt om adgangen til at sprede de således fremstillede produkter uden for licensområdet. Dette spørgsmål er kompliceret i EU-retlig henseende, idet de snævert konkurrenceretlige hensyn her krydses af (integrations)hensynet til varernes fri bevægelighed i artikel 28, jf. 30 (EF) og adgangen til parallelimport af varer fra et licensområde til et andet. På den ene side står hensynet i et langsigtet (dynamisk) perspektiv til integration og udvikling i kraft af teknologispredning og øget *inter brand konkurrence*. På den anden side står hensynet til varernes fri bevægelighed og integrationen i et kortsigtet (statisk) perspektiv (*intra brand konkurrencen*). Afvejningen er vanskelig i EU-retlig sammenhæng og forordningens løsning har da også karakter af et kompromis: Ved forordningens artikel 1 fritages også en forpligtelse for licenstager til ikke at føre aktiv markedsføringspolitik for licensproduktet på andre licenstageres områder inden for fællesskabet (»aktivt salg«, jf. nr. 5) og en forpligtelse for licenstager til ikke at markedsføre produktet på andre licenstageres områder inden for fællesmarkedet efter leveringsanmodning afgivet uden opfordring (»passivt salg«, nr. 6). Begrænsningen vedrørende passivt salg – dvs. etableringen af »fuldstændig områdebeskyttelse« – kan dog kun gælde i et tidsrum på højst fem år regnet fra produktets første markedsføring inden for fællesmarkedet (stk. 3, 2. led).

De væsentlige modhensyn, som er knyttet til disse begrænsninger, kommer endvidere tydeligt til udtryk i den »sorte liste« (artikel 3), som omfatter bl.a. aftalevilkår, hvorefter parterne eller en af parterne uden objektiv begrundelse pålægges pligt til at nægte at efterkomme ordrer fra brugere eller forhandlere, der er etableret i deres respektive område, og som agter at afsætte produkterne på andre områder inden for fællesmarkedet (stk. 3, a), eller lægger hindringer i vejen, via bl.a. immaterialrettigheder, for, at brugere eller forhandlere kan købe produkter hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet (stk 3, b, jf. også artikel 7, 2).

Adgangen til at hindre (parallel)import af (i importlandet) patentbeskyttede varer, som er fremstillet i henhold til en licensaftale, afhænger ud over af aftalen af *patentretten* i importlandet, dvs. spørgsmålet om *konsumption*. Konsumptionsprincippet, som det er udviklet af EF-domstolen, drøftes nedenfor, kapitel 6.4.2. Det fremgår dér bl.a.,

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

at der er vidtstrakt harmoni mellem de konkurrenceretlige regler og konsumptionslæren, som den er udviklet på baggrund af reglerne om varenes fri bevægelighed. Der er dog områder, som endnu er uklare, f.eks. det såkaldte »direkte salg«. Problemet opstår i følgende situation: Medlemsland X er tildelt licenstag A og medlemsland Y er tildelt licenstag B. Licensproduktet nyder patentbeskyttelse i begge lande. Hvis produkter fremstillet af A (»A-produkter«) importeres til land Y efter at have været markedsført i land X med A's samtykke, giver importen ikke anledning til patentretlige problemer: Retten er konsumeret i relation til patentretten i Y i forbindelse med markedsføringen i land X. Det vanskelige spørgsmål angår den situation, hvor A-produkter importeres direkte til Y uden først at have været markedsført på X-markedet (eller i et andet EØS-land). Indtræder der i den situation konsumption? Spørgsmålet kan ikke besvares entydigt på baggrund af domstolens praksis. *Anderman* (1998), p. 97-99 noterer blot, at spørgsmålet ifølge Kommissionens opfattelse synes at burde afgøres på baggrund af reglerne om varenes fri bevægelighed og konsumptionslæren. *Lidgard* (1997), p. 105f. synes derimod at antage, at import i det nævnte tilfælde, hvor der foreligger parallelle patenter, kan hindres ved hjælp af patentretten i land Y, dvs. at der ikke er indtrådt konsumption. Heroverfor står, at *Rognstad* (1999), især p. 529ff. konkluderer, at det synes at stemme bedst med EF-domstolens praksis, om man lagde vægt ikke på *hvor* inden for EØS-området den første markedsføring har fundet sted, men om denne markedsføring har fundet sted med rettighedshaverens samtykke, idet det må antages, at der foreligger et relevant samtykke i en situation som den nævnte (a.st., p. 532f.). Meget synes at tale for *Rognstads* udlægning, men besvarelsen må dog fortsat betegnes som tvivlsom, jf. således *Reindl* (1997), p. 839 fn. 65, som på baggrund af en analyse af de samme linjer som *Rognstad* synes at nå til det modsatte resultat; at der ikke er indtrådt konsumption ved det direkte salg.

2.3.1.3. Sammenfatning: EU-konkurrenceretten og Forordning 240/96

Regionaliseringens konkrete udmøntning følger de aktuelle udfordringer i markedsudviklingen. Den traditionelle opgave bestod i den forbindelse i etableringen af det indre marked. Konkurrencerettens opgave var i den forbindelse afskaffelsen af aftalemæssige barrierer m.v. for udviklingen af fællesmarkedet. I takt med udviklingen af EU og af de globale samhandelsmønstre har målsætningen udviklet sig. Hensigten med de konkurrenceretlige regler er nu ikke alene at udvikle, effektivisere og integrere fællesmarkedet *internt* i forhold til de enkelte medlemslande. Hensigten er også at udvikle EU *eksternt* i forhold til verdens øvrige regioner. Hermed bliver den konkurrenceretlige afvejning inden for EU-konkurrencerettens dobbelte målsætning (effektivitet og integration) vanskeligere, hvilket især har betydning for EU-konkurrencerettens idiosynkrasier især med hensyn til territoriale aftalebegrænsninger og opfattelsen af disse som konkurrencerettens fikspunkt.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

2.3.2. Amerikansk antitrust ret og patentlicensaftaler

Gennemgangen ovenfor af EU-retten illustrerer, hvorledes den konkurrenceretlige vurdering set over tid er meget følsom over for generelle tendenser i samfundsudviklingen. En tilsvarende – og til dels tidsmæssigt sammenfaldende – bevægelse kan ses i amerikansk antitrustret. I følge *Dreiss*, hvis bekrivelse af amerikansk ret på trods af sin alder (1972) fortsat er værdifuld, falder forholdet mellem patent- og antitrustretten frem til slutningen af 1960-erne i fire faser:¹²¹ Første fase, som varede indtil 1911/1912, var kendetegnet ved »absolute freedom«: Alt var tilladt i licensaftaler, ud fra den betragtning, at det mindre onde (i form af den aftalte begrænsning) blev opslugt af det større (»monopolet«).¹²² Anden fase indvarsledes med udviklingen i retspraksis af »the rule of reason« på baggrund af opfattelsen af indholdet af »restraint of trade« i the Sherman Act § 1.¹²³ På baggrund af denne lære introducerede den amerikanske højesteret i 1912 sondringen mellem patentrettens indhold og udøvelse,¹²⁴ og i 1926 formuleredes læren om den grundlæggende accept af vilkår i patentlicensaftaler, der hører til »the scope of the monopoly«:¹²⁵ *Inherency-doktrinen*.¹²⁶ I den tredje fase – 1940 til 1952 – blev

121. *Dreiss* (1972), p. 11 ff. *Dreiss'* periodisering falder sammen med flere andres f.eks. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-14 ff. Se om *Kaplow* (1984) lige nedenfor.

122. F.eks. *Henry V. A. B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912) ang. en tyingklausul.

123. *Dreiss* (1972), p. 12 m. henv. til Chief Justice *White* i *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1910) og *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

124. *Dreiss* (1972), p. 13 m. henv. til *Standard Sanitary Mfg. Co. v. United States*, 226 U.S. 20 (1912): »The agreements clearly, therefore, transcended what was necessary to protect the use of the patent or the monopoly which the law conferred upon it.«

125. *United States v. General Electric Co.*, 272 U.S. 476 (1926): »... under the patent law the patentee is given by statute a monopoly of making, using and selling the patented article ... It is only when he adopts a combination with others, by which he steps out of the scope of his patent rights and seeks to control and restrain those be whom he has sold his patented articles in their subsequent disposition of what is theirs, that he comes within the operation of the Anti-Trust Act.« Min kursivering.

126. *Inherency-læren* har været udsat for voldsom kritik i teorien, jf. især *Kaplow* (1984), p. 1848 f., som fremhæver, at læren om »patentrettens indhold« blot har betydning som et terminologisk hjælpemiddel. Se også og i samme retning *Buxbaum* (1965), som havde stor betydning for både amerikansk og tysk teori (tysk version i *WuW* 1966.193 ff.), jf. f.eks. *Ullrich* (1996). På trods heraf udgør læren fortsat udgangspunktet for amerikansk ret. Den øgede regelaktivitet – se nedenfor om 1995-Guidelines – har dog medført, at læren er blevet mindre synlig.

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

praksis justeret.¹²⁷ Den fjerde fase – fra slutningen af 1960-erne – beskrev *Dreiss* som kendetegnet ved en tendens til øget kontrol med patentlicensaftaler.¹²⁸

Dreiss' redegørelse er som sagt baseret på amerikansk ret indtil slutningen af 1960-erne. Set i et tilbageblik er det i den forbindelse klart, at slutningen af 1960-erne var kendetegnet ved en ganske særlig restriktiv indstilling over for patentretten fra konkurrencemyndighedernes side. Perioden kulminerede med opstillingen af »the nine no-no's« over aftalevilkår, som var forbudt uden diskussion af deres effekt (*per se*).¹²⁹ *Rooklidge* påpeger, hvorledes de ugunstige økonomiske tider i slutningen af 1970-erne førte til en opblødning af den konkurrenceretlige bedømmelse.¹³⁰ Den hårde linje blev efterhånden også opblødt i retspraksis, navnlig ved *Schwinn*-afgørelsen i 1977, hvor den amerikanske højesteret fandt, at vertikale områdebegrænsninger skulle bedømmes efter the rule of reason og ikke kunnes anses for forbudt *per se*.¹³¹ Den mere positive opfattelse førte i 1988 til vedtagelsen af »the International Guidelines«: Femte fase. 1988-reglerne indebar en betydelig lempelse af reguleringen af patentlicensaftaler inden for rammerne af en generelt ændret indstilling til vertikale konkurrencebegrænsninger, der på baggrund af *Schwinn*-dommen i vid udstrækning blev accepteret ud fra den betragtning, at de aftalemæssige begrænsninger blot var reaktioner mod markedssvigt, og derfor almindeligvis måtte anses for konkurrencefremmende,¹³² jf. herved også udtalelsen fra den amerikanske højesteret, hvorefter »... the primary purpose of the antitrust laws is to protect interbrand competition«. ¹³³ Som led i en nok mere nuanceret bedømmelse i almindelighed, og som udtryk for et behov for en mere analytisk tilgangsvinkel til patentlicensaftaler, udstedte the U.S. Department of

127. Se om udviklingen inden for rammerne af *General Electric Co.*-sagen hos *Hovenkamp* (1994), p. 221f., herunder hvorledes tilladeligheden af prisbindinger i licensaftaler efterhånden præciseredes til ikke at omfatte prisen i detailledet (»resale price«).

128. *Dreiss* (1972), p. 14f.

129. Se listen hos *Stack* (1996), p. 5. Se også *Rooklidge* (1987) III, p. 80. Forholdet til EU-retten på baggrund af amerikansk antitrust ret baseret på de ni nej-er diskuteres af *Venit* (1987), især p. 29ff.

130. *Rooklidge* (1987) II, p. 16.

131. *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 422 U.S. 36 (1977). Også aftaler om maksimum-priser er undergivet en rule of reason-bedømmelse, jf. *State Oil v. Barkat U. Khan*, No. 96-871 af 4.11.1997.

132. Se for en oversigt over udviklingen *Ullrich* (1996).

133. *State Oil v. Barkat U. Khan*, No. 96-871 af 4.11.1997 (under punkt II B).

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Justice og the Federal Trade Commission (»The Agencies«) i 1995 de vejledende »*the Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*« (»1995-Guidelines«), som nu udgør udgangspunktet for den konkurrenceretlige bedømmelse af patentlicensaftaler i amerikansk ret i *sjette fase*.

2.3.2.1. 1995-Guidelines

1995-retningslinjerne er udtryk for en positiv opfattelse af patentlicensaftaler, som anses for grundlæggende gavnlige som led i spredningen af ny teknologi. De tre bærende »General Principles« sammenfattes i punkt 2.0:

»1) for the purpose of antitrust analysis, the Agencies regard intellectual property as being essentially comparable to any other form of property; 2) the Agencies do not presume that intellectual property creates market power in the antitrust context; and 3) the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive« (punkt 2.0).

Sidestillelsen i nr. 1 af immaterialrettigheder (patentrettigheder) med andre (ejendoms)rettigheder er ifølge *Stack* udtryk for en principiel opfattelse af, at konkurrence- og immaterialretten har *sammenfaldende målsætninger* (»consistent goals«: Innovation).¹³⁴ Det samme udgangspunkt præger som sagt nyere *tysk* konkurrenceret. Af større betydning er dog, at udgangspunktet også har betydning for den konkrete udmøntning af den almindelige konkurrenceret. Punkt 1 indebærer i den forbindelse for det første, at aftaler om immaterialrettigheder ikke skal bedømmes anderledes end andre aftaler. I så henseende har nummer 2 blot forklarende karakter. Af *Stacks* kommentar til punkt 2 fremgår endvidere – og for det andet – at sidestillelsen indebærer en vis justering af de almindelige konkurrenceretlige principper – rule of reason-læren – i forbindelse med bedømmelsen af patentlicensaftaler.¹³⁵

134. *Stack* (1996), p. 12.

135. Se også *Stack* (1996), p. 16f., som udpeger følgende særlige immaterialretlige momenter, som må forventes at indgå i anvendelsen af Guidelines: Immaterialrettens »*substantial social benefits*« (produktionsforbedringer), »*importance of complementary assets*« (den omstændighed at udøvelsen af f.eks. en patentret ofte kræver en kombination af patentet med andre goder (andre patenter, viden, materialer m.v.), hvilket kræver aftaler), »*substantial free-rider possibilities*« (den manglende faktiske eksklusivitet kræver udvidet beskyttelse af rettigheden via aftaler) og »*substantial risk*« (risikoen for, at forsknings- og udviklingsomkostninger viser sig at være spildt).

2. Den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

Med henblik at skabe øget klarhed og retssikkerhed etableredes endvidere en ikke-udtømmende *antitrust safety-zone* (punkt 4.3). En aftale anses herefter som udgangspunkt for ikke at stride mod konkurrenceretten – og vil normalt ikke blive anfægtet af konkurrencemyndighederne – hvis

- 1) vilkåret ikke efter sin art er »facially anticompetitive« og
- 2) licenstagere og -givers samlede markedsandel ikke overstiger 20 pct.¹³⁶

Under første punkt falder vilkår, som normalt anses for forbudt *per se*, f.eks. prisaftaler (bindende mindstepriser) og (horisontale) aftaler om markedsopdeling.¹³⁷

2.3.3. Delkonklusion:

Tendenser i den konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler

Der er flere lighedspunkter mellem amerikansk ret og EU-retten. I *institutionel* henseende nærmer de to systemer sig formentlig hinanden. Amerikansk ret bevæger sig med opstillingen af the antitrust safety-zone fra en meget domstolsbaseret model i retning af en mere administrativ. EU-retten bevæger sig med ønsket om decentralisering fra en meget administrativ model i retning af en mindre bureaukratisk model, hvorved især de nationale domstole nok vil komme til at spille en større rolle end tilfældet har været indtil nu.

Også med hensyn til *regelindholdet* er der klare lighedspunkter. Gennem reguleringen forsøges etableret en »safety zone«, inden for hvilken virksomheder normalt kan kontrahere uden frygt for konkurrenceretlige indgreb. De primære midler til at skabe klarhed er i begge systemer en kombination af markedsandele og konkrete forbud (»hard core-«/»facially anticompetitive-«vilkår). For Frd. 240/96 spiller markedsandelskriteriet dog ingen videre rolle, men der er næppe tvivl om, at en kommende ny forordning vedrørende patentlicensaftaler vil blive baseret på en markedsandelsvurdering.

Udgangspunktet for begge systemer er, at patentlicensaftaler grundlæggende er til gavn for samfundsudviklingen – teknologispredningen.

136. Markedsafgrænsningen tager normalt sigte på varemarkedet, idet »teknologimarkedet« dog kan inddrages. I så fald fritages normalt vilkår, som ikke er »hard core«, hvis der på markedet ud over den licenserede teknologi er fire eller flere substituerbare teknologier, som er uafhængige af den licenserede, jf. punkt 4.3.

137. 1995-Guidelines, pkt 3.4 (jf. 4.3).

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

Det konkurrenceretlige udgangspunkt er derfor i begge systemer grundlæggende positivt.¹³⁸ Den historiske gennemgang viser, at dette udgangspunkt på ingen måde er givet, men er et produkt af de aktuelle samfundshensyn. Det er også på denne baggrund, at man må forstå den afgørende forskel i bedømmelsen af aftaler om *områdeopdeling*. Opfattelsen af aftaler om absolut områdeopdeling i den økonomiske teori er ikke entydig,¹³⁹ og det er ikke hensigten på dette sted at indlede en almen diskussion i den henseende. Det noteres blot, at der består en væsentlig forskel mellem EU-retten og amerikansk ret på dette punkt, samt at den mest iøjnefaldende årsag til forskellen er EU-rettens dobbelte målsætning: Effektivitet og *integration* (regionalisering). Den regionale integrationsmålsætning kendes ikke i samme skikkelse i amerikansk ret – eller øvrig national ret – hvorfor bedømmelsen af områdebeskyttelsens betydning der kan være mere neutral. For EU-retten består der i den forbindelse det problem, at integrationsmålsætningen ikke *længere* entydigt peger i retning af en restriktiv bedømmelse af aftaler om absolut områdeopdeling. Inddragelsen af *eksterne* hensyn ved udmøntningen af den regionale interesse indebærer således dels, at vurderingen af hensynet til teknologispredning må inddrage globale forhold, dels at den mere liberale praksis i amerikansk ret har direkte betydning for udformningen af de EU-retlige regler. Disse hensyn må forventes at udgøre grundlaget for de kommende faser i konkurrenceretten. Patentlicensaftaleretten udvikler sig *dynamisk*: Aftalen skal virke til gavn for samfundet og dets skiftende krav og behov. Erfaringerne fra både EU-retten og amerikansk ret viser, at dette forudsætter *kontrol* med patentlicensaftaler. Aftalerne skal konstant overvåges for at sikre, at de passer til de nu fremherskende vinde, idet de medvirker til at realisere de almene hensyn, som er knyttet til aftalen. Resultatet er en *instrumentalistisk* opfattelse af patentlicensaftalen og en *objektivering* i henseende til bedømmelsen af aftalernes indhold.

138. Meyer (1997), p. 508, beskriver udviklingen i EU og amerikansk ret som led i en generel nyorientering af den konkurrenceretlige bedømmelse af patentlicensaftaler: »Tenor dieser Entwicklung ist die Verstärkung des Patentschutzes im Rahmen eines wettbewerbsrechtlich zulässigen Verhaltens des Patentinhabers«

139. Se nærmere i især Opfølgningen til grønbogen om vertikale begrænsninger, EFT 1998 C 365, p. 11 ff.

3. Patentlicensaftaler og statusorienteringen i praksis: Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

Adgangen for en licenstagere til at anfægte gyldigheden af det eller de patenter, der indgår i en patentlicensaftale, rejser en række spørgsmål af patent-, konkurrence- og obligationsretlig karakter. Indledningsvis beskrives de almindelige regler i patentretten om »anfægtelse«/»angreb« (hvorunder falder indsigelser, omprøvning, anfægtelse m.v.). Derpå identificeres en række mere principielle hensyn i forbindelse med bedømmelsen af ikkeangrebsklausuler – kontrakt eller status – som derpå illustreres i forbindelse med en gennemgang af tysk, amerikansk og EU-retten, idet EPK dog ikke skal drøftes. På baggrund af disse erfaringer diskuteres dansk ret.

3.1. Patentretlige regler om angreb

Et første problem består i at fastlægge omfanget af den angrebsret, som patentretten hjemler. Hermed tænkes på de patentretlige regler, som vedrører patenters ophør (bortfald eller ugyldighed) på baggrund af en anmodning herom fremsat af tredjemand over for enten en administrativ myndighed eller domstolssystemet. Drøftelserne i det følgende er begrænset til at angå de tilfælde, hvor en anmodning om f.eks. omprøvning – et angreb – fører til et meddelt patents bortfald (ugyldighed). Der bortses således fra bl.a. tilfælde, hvor angrebet fører til, at patentet genudstedes med begrænsede krav. For sådanne tilfælde vil de følgende principper almindeligvis finde anvendelse på baggrund af en vurdering af betydningen af begrænsningerne. Det er ikke hensigten med den følgende gennemgang at redegøre udtømmende for de ofte ganske komplicerede nationale bestemmelser m.v. Her skal blot redegøres for en række overordnede principper.

Det første spørgsmål angår kredsen af angrebsberettigede: *Hvem* kan fremsætte anmodning om bortfald m.v. Dette spørgsmål er vigtigt, idet det i det følgende skal diskuteres, om der gælder særlige bestemmelser med hensyn til *licenstagere*. Et andet vigtigt punkt, som må afklares indledningsvis, angår karakteren af de *anbringender*, et angreb kan støttes på, herunder navnlig om manglende nyhed og opfindelseshøjde kan gøres gældende.

Angrebsretten fremstår i alle patentordninger som et helt centralt led i patentretssystemet og afspejler idealet om et system baseret på *offentlige, veldefinerede og velkontrollerede enerettigheder*. Den grundlæggende samfundsmæssige respekt for patentsystemet forudsætter, at patentretten

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

reserveres de opfindelser, som opfylder lovens krav. Herudover varierer de konkrete regler og principper noget.

I *amerikansk* ret ses anfægtelsesretten som primært knyttet til domstolssystemet i forbindelse med krænkelssager. Den grundlæggende skepticisme over for den administrative side af patentsystemet (US Patent Office) og patentssystemet som sådant slår igennem, ligesom reglernes nærmere udformning tydeligt illustrerer den aftalemæssige baggrund for amerikansk patentret.

Tysk og dansk patentret er mere administrativt orienteret end amerikansk og reglerne om ugyldig og omprøvning m.v. ses her som en integreret del af det patentretlige system, idet den efterfølgende kontrol er internaliseret i de patentretlige strukturer.

På trods af disse principielle og praktiske forskelle går *tendensen* i national ret i retning af en øget adgang for offentligheden til at angribe meddelte patenter via de administrative systemer. Denne udvikling har, som det skal vises, betydning for vurderingen af ikkeangrebsaklausuler.

Danmark

Ved revisionen af de *nordiske patentlove* i 1960-erne var der enighed om, at adgangen til at fremkomme med indsigelser samt til at anfægte et meddelt patents gyldighed i subjektiv henseende skulle være meget vid: »*Enhver*«, uden krav om retlig interesse el.lign. Indsigelsen kan støttes på enhver omstændighed, der er til hinder for meddel- sen af patent, herunder navnlig på manglende nyhed og opfindelseshøjde. Om ugyldighedsindsigelsen siges det, at adgangen for »enhver« til at fremsætte sådan – bortset fra det tilfælde, som er nævnt i § 52, stk 4 – »er en naturlig følge af, at patentet retter seg mot alle og enhver ...« (NU 1963:6, p. 319). Licenstagernes forhold berøres ikke.

De centrale regler findes nu i Ptl § 21 (indsigelser), § 52 (domstolsprøvelse, dvs. landsretten, jf. § 64) og § 53b (administrativ omprøvning).¹⁴⁰ De nærmere betingelser m.v. varierer lidt, men de centrale principper er de samme: *Enhver* kan anfægte et meddelt patent under påberåbelse navnlig af, at de *centrale patenterbarhedsbetingelser* ikke er opfyldt, dvs. at opfindelsen efter sin art ikke er patenterbar (Ptl § 1), eller at opfindelsen på ansøgningstidspunktet savnede nyhed og/eller opfindelseshøjde (Ptl § 2). *Tendensen* i nyere dansk patentret er gået i retning af en udvidelse af angrebsmulighederne i form af en væsentlig udvidelse af området for *administrativ omprøvning*. Efter ændringen af Ptl ved L 1057/23.12.1992 (FTT 1992- 1993 A, p. 243) fungerer om- prøvningsretten som en tidsubegrænset indsigelsesret, jf. *Koktvedgaard (1999a)*, p. 249f. Anmodning om omprøvning kan støttes på de samme grunde, som en ugyldig- hedspåstand, jf. § 53c, jf. § 52, stk. 1. Området er herved (lidt) videre end området for

140. Med L 14 fremsat 4.10.2000, § 1.3, foreslås adgangen i henhold til § 53b begræn- set med henblik på at undgå en parallelbehandling ved domstole og patentmyn- dighed. En tilsvarende regel forelås ved samme lejlighed gennemført i relation til Vml, i forbindelse med en ændring af dennes § 30, jf. lovforslagets § 2.1. De nævnte begrænsninger har ingen betydning for nærværende diskussion.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

indsigelser (idet de rent formelle grunde, som er nævnt i § 52, stk. 1, nr. 4, ikke kan danne grundlag for en indsigelse). Også *europæiske patenter* er omfattet, jf. § 53b, jf. § 75. Ved 1992-lovændringen blev indsigelsesfristen i øvrigt forlænget fra 3 til 9 måneder. Udvidelsen af området for administrativ omprøvning (kombineret med en begrænsning af prøvelsen) er udtryk for en generel tendens i dansk immaterialret, jf. herved ændringen af *Vml* § 30 pr. 1.1.1997 v. L1201/27.12.1996 (FT 1996-1997 A p. 974-988) og § 27 i det foreliggende forslag til *Designlov* (L 15 fremsat 4.10.2000). Set ud fra en mere almen betragtning afspejler udviklingen i varemærkeretten bevægelsen i patentretten: Myndighederne skal ikke blot udstede rettighederne, men også påse, at de virker, jf. nærmere nedenfor, kapitel 8.5.

Tyskland

Ansøgning om patent indgives til Patentamt (TYPtI § 35), som underkaster ansøgningen en formel prøvning (§ 42). De centrale betingelser om nyhed og opfindelsehøjde (og industriel anvendelighed, jf. dog § 42, stk. 2, nr. 1) påses ikke *ex officio* af Patentamt. *Enhver* kan imidlertid i medfør af § 44 efterfølgende begære anordnet en fuldstændig prøvning (af Patentamt), som også omfatter de materielle betingelser – »Prüfungsantrag« (se også § 43 vedr. »Recherche«): Princippet om »verschobene Prüfung«. Denne ret består i indtil 7 år efter ansøgningstidspunktet (§ 44, stk. 2). For meddelte patenter gælder en tremåneders *indsigelsesfrist* (»Einspruch«, TYPtI § 59). Klageberettiget er enhver (»jeder«). Om baggrunden for denne almindelige klageret – »Popularklage« – anfører Rogge »... das Interesse der Allgemeinheit in der Vernichtung zu Unrecht erteilte Patente ...«. ¹⁴¹ Som begrundelse for indsigelsen kan bl.a. henvises til, at de centrale patentbetingelser (TYPtI §§ 1-5) ikke er opfyldt (TYPtI § 59, jf. § 21). Rent formelle fejl kan ikke danne grundlag for en indsigelse. Efter udløbet af indsigelsesperioden kan enhver i henhold til TYPtI § 22, jf. § 81, indgive en »Klage« med anmodning om, at patentet erklæres ugyldigt (»Nichtigkeit«). Klagen kan støttes på bl.a. §§ 1-5, jf. § 59, jf. § 21, stk. 1. Klage indgives til og behandles af *Bundespatentgericht* (BPatG, jf. TYPtI § 65), som er en særdomstol tilknyttet patentforvaltningen. Derfra kan afgørelser indbringes for den tyske højesteret (Bundesgerichtshof, TYPtI §§ 110ff og 122), hvor patentsager behandles i et særligt kammer (»X. Zivilsenat«). I BGH samles afgørelser vedr. både spørgsmålet om krænkelse og om patentets gyldighed. Der er ikke i øvrigt mulighed for de almindelige domstole i forbindelse med en sag om krænkelse at behandle spørgsmålet om gyldigheden af det involverede patent. Sager herom må føres parallelt med krænkelsessagen inden for det patentretlige system. Heri ligger en stor fordel for patenthaver. ¹⁴² For patenthaver gælder i følge TYPtI § 64 en adgang til at anmode om begrænsning af patentkravene med tilbagevirkende kraft (»rückwirkende Beschränkung«).

USA

Den amerikanske model adskiller sig på væsentlige punkter fra den danske og tyske. Den amerikanske patentlov indeholder således ingen generelle regler om ugyldighed,

141. Rogge i Benkard (1993), PatG § 22 Rdn 21.

142. Praksis er meget kompliceret, idet udgangspunktet om de adskildte procedurer modificeres i tilfælde, hvor det er åbenbart, at patentet er ugyldigt, jf. herved Straus (1999), p. 463f.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

som anses som et rent *domstolsanliggende*,¹⁴³ og dermed begrænset til krænkelssager (eller sager angående en nært forestående krænkelse).¹⁴⁴ Siden 1982 har alle appelsager »arising under« patentretten skullet anlægges ved Court of Appeal for the Federal Circuit (CAFC).¹⁴⁵ Ugyldighedsgrundene søges i almindelige *common law*-principper, hvor særligt den almindelige *Contract Law* spiller en central rolle. Centralt står således læren om *common mistake*: »An inventor can lawfully claim only what he has invented and if he claims more his patent is void.«¹⁴⁶ I de tilfælde, hvor f.eks. nyhedskravet ikke er opfyldt, og patentet derfor ikke burde have været meddelt, er »aftalen« i form af patentet ikke bindende for patentmyndigheden. Et patent kan endvidere erklæres ugyldigt *in equity* selv uden krænkelssag i tilfælde, hvor patentet er opnået ved »fraud« dvs. tilfælde, hvor ansøger kendte til de forhold, som berøvede patentet dets nyhed m.v., men ikke oplyste dette til patentmyndigheden.¹⁴⁷ Tendensen i retning af en udbygning af de patentretlige, administrative systemer med hensyn til den efterfølgende kontrol har dog også gjort sig gældende i amerikansk ret. USPTl hjemler således en almindelig adgang til at begære et patent (administrativt) omprøvet (*reexamination* – US Ptl sec. 302, jf. også 304 (*reexamination ex officio*)). Adgangen hertil blev udvidet betragteligt i 1981. En anmodning om reexamination kan dog alene støttes på »prior art consisting of patents or printed publications« (USPTl sec. 302, jf. 301, min kursivering). Tilgængeliggørelse i form af f.eks. salg eller anvendelse kan ikke påberåbes.¹⁴⁸ Ud over reglerne angående tredjemands adgang til at angribe patenter eller ansøgninger findes i amerikansk ret bestemmelser, der gør det muligt for patenthaveren at korrigere – begrænse – sit patent – »reissue« (USPTl § 305) og »disclaimers« (USPTl § 253). Reglerne har stor principiel betydning som et led i patenthaverens »faithful execution of the solemn promise made by the United States [i form af patentretten]«, *Deller's Walker*, § 290 og generelt om reglerne *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-204ff.

3.2. Ikkeangrebsforpligtelser: Kontrakt og status

Det egentlige og vanskelige spørgsmål er, om den almindelige angrebsret berøres af en *licensaftale*: Kan licenstagere påberåbe sig de almindelige patentretlige regler og f.eks. begære det patent, som udgør grundlaget for licensaftalen med licengiver, omprøvet? Man kan i den forbindelse

143. *Deller's Walker*, § 218: »... when a patent has been signed and sealed in the Patent Office, it cannot be revoked or canceled by the President of the United States, or any other officer of the Government«.

144. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-201. Se også *Rooklidge* (1986) I, p. 525ff. om the Federal Declaratory Judgment Act, der i 1934 udvidede mulighederne for sagsøger – herunder licenstagere – til at anfægte patentets ugyldighed.

145. *Rooklidge* (1987) II, p. 18f. og III, p. 78f. tillægger denne udvikling stor betydning, idet denne domstol generelt er mere patentvenlig end de statslige appeldomstole. En redegørelse for CAFC giver *Schneider* (2000).

146. *Deller's Walker*, § 268 m.henvs. til *O'Reilly v. Morse*, 56 U.S. 62 (1853).

147. Se også *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-201 om »protest«, som angår tidspunktet før patentudstedelse.

148. Se nærmere hos *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-202 og *Rooklidge* (1987) II, p. 17f. og III, p. 83f.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

spørge, dels om licenstagere og licensgiver i forbindelse med kontraheringen *kan aftale*, at licenstagere afskæres fra at anfægte de omkontraherede patenters gyldighed – en *ikkeangrebsklausul*. Dels om licenstagere, selv *uden udtrykkelig aftale herom*, er afskåret fra at foretage et sådant angreb. En sådan stiltiende («Vertragsimmanent») ikkeangrebsforpligtelse skulle i givet fald følge af det særlige loyalitetsforhold, som opstår ved aftaleindgåelsen og som yderligere forstærkes på grund af aftalens karakter.

En *kontraktuelt orienteret* bedømmelse vil for det tilfælde, hvor der foreligger en udtrykkelig aftale, betone betydningen af, at aftalen holdes. Hvis licenstagere ikke opfylder aftalen, men angriber patentet, bør der tilkomme licensgiver – der forudsættes at være i god tro – ret til de almindelige misligholdelsesbeføjelser (erstatning og ophævelse). Ud over at henvise til det almindelige princip om *pacta sunt servanda* vil man her kunne argumentere med, at den udtrykkelige klausul indgår som et væsentligt led i den *risikofordeling*, som licensaftalen er udtryk for. Ved aftalen har parterne forsøgt at minimere risikoen for patentets bortfald ved at eliminere en angrebsflade. Heri består – vil man nok hævde – primært en fordel for licensgiver, som han må forventes at have betalt for f.eks. i form af en relativt lavere licensafgift. Foreligger der *ikke en udtrykkelig aftale* vil en kontraktuel vurdering ligeledes betone aftalens opfyldelse som det centrale. Man vil understrege, at licensaftalen for licenstagere ud over (hoved)forpligtelsen til erlæggelse af licensafgifter indebærer en række *Nebenpflichten* af loyalitetsmæssig karakter. Herunder falder bl.a. en forpligtelse for parterne til ikke at forrykke grundlaget for aftalen: Aftalens opfyldelse forudsætter respekt for aftalens ord og ånd. Man kan videre bemærke, at denne respekt fremstår med stor styrke netop for licensaftalen, som bl.a. er kendetegnet ved sin vedvarende karakter og ved en generel usikkerhed med hensyn til aftalens retlige og faktiske grundlag. Hertil – og som påpeget af Sandgren¹⁴⁹ – kommer *licenstagernes nøgleposition*: Licenstagere er ofte ene om både at have fornødent teknisk kundskab til at kunne anfægte patentet – viden som ofte stammer fra know how overladt af licensgiver – og direkte kommerciel interesse i patentets bortfald. Denne sidstnævnte betragtning, hvorefter patentets bortfald ofte vil indebære bortfald af også licenstagernes betalingsforpligtelse, udgør grundlag for endnu en kontraktuel betragtning: Det tilkommer ikke licenstagere at angribe patentet, idet han derved bortskaffer aftalegrundlaget og således *ensidigt* ophæver sin forpligtelse

149. Se især Sandgren (1974b), p. 264f.

i henhold til en gensidigt bebyrdende aftale.¹⁵⁰ Herved ville der opstå en form for »haltende retsforhold«, som man så vidt muligt bør undgå.¹⁵¹ Parterne – især erhverver (*caveat emptor*) – må se sig for inden de indgår aftalen, og må i almindelighed være bundet også i de tilfælde, hvor de indgår en dårligere aftale end de troede.

En *statusorienteret* bedømmelse vil rette fokus væk fra partsrelationen. Man vil understrege betydningen af, at aftalen tjener til at realisere de overordnede samfundsmæssige hensyn, som er forbundet med patentretten. Dette kunne medføre, at ikkeangrebsklausuler måtte anses for ugyldige. Man bør således generelt tilstræbe, at alene de opfindelser, som opfylder patenterbarhedsbetingelserne i patentlovgivningen, nyder patentbeskyttelse. Eneretsbeskyttelse til opfindelser, som ikke opfylder disse betingelser, må i videst muligt omfang undgås, idet der i disse tilfælde alene er samfundsmæssige udgifter – i form af eneretsbelønningen – men ingen indtægter – innovation m.v. Statusorienteringen er således kendetegnet ved identifikationen af de almene hensyn som det afgørende. Så længe dette hensyn tilgodeses, f.eks. i kraft af de patentretlige regler, kunne en statusmodel således føre til at ikkeangrebsforpligtelser burde accepteres. Også for statsumodellen er ligevægtsbetragtningen vigtig. Parternes egen opfattelse af risikoen og dens værdi er i den forbindelse central for den effektive kontrahering, men *rammerne* for parternes risikofordeling må sættes på baggrund af overordnede betragtninger. Ved f.eks. alene at bedømme ikkeangrebsklausulen som et spørgsmål, om licensgiver i det indbyrdes forhold har ydet nok til licenstagere, overser man, at licensgiver og licenstagere almindeligvis vil have en fælles interesse i, at konkurrenterne anser patentet for gyldigt. En væsentlig risiko ved sådanne klausuler er således, at de i praksis vil indebære en kontraktuel »patentret« i form af en cementering af et ugyldigt patent, hvilket set ud fra de almene hensyn, som knytter sig til patentsystemet – offentlighed og vished for at betingelserne er opfyldt m.v. – er uacceptabelt.

Banen er herved kridtet op: Kernen i den *kontraktuelle bedømmelse* er princippet om aftalers bindende kraft. Aftaler skal holdes. Og det gælder både en udtrykkelig ikkeangrebsklausul og den biforpligtelse til re-

150. Dette argument kan naturligvis også fremføres i forhold til *licensgiver*, som i tilfælde af f.eks. en eksklusiv licensaftale ville kunne have en fordel i patentets ophævelse, idet patentets bortfald normalt må antages at føre til, at også de aftaleretlige forpligtelser, som knytter sig til dets udnyttelse, bortfalder.

151. *Bryde Andersen* (1997), p. 355f.

spekt for aftalens grundlag, som følger af aftaleforholdets karakter. Bedømmelsen sætter parternes interesser, hensigter og forventninger i centrum. Licenstagers nøgleposition fremhæves som et vægtigt argument imod en angrebsret. For *status*bedømmelsen er facit ikke givet. I metodisk henseende sprænger denne bedømmelse partsrelationen: Bedømmelsen af ikkeangrebsklausulers gyldighed og tilladeligheden af licenstagers anfægtelse af patenter i de tilfælde, hvor der ikke foreligger en udtrykkelig aftale herom, afhænger også af overordnede hensyn, af f.eks. konkurrence- eller patentmæssig karakter.

3.3. Den internationale udvikling

3.3.1. Tyskland: »Kontrakt«

Bedømmelsen af *udtrykkelige* ikkeangrebsforpligtelser er nogenlunde entydig. Sådanne aftaler accepteres og tillægges virkning efter deres indhold. I *patentretilig* henseende antages virkningen endvidere normalt at være, at en sådan klausul fratager licenstageren adgangen til at påberåbe sig de almindelige regler om anfægtelse m.v.¹⁵² *Konkurrenzeretten* – TYKrl § 17, stk. 2, nr. 3 – undtager udtrykkeligt ikkeangrebsklausuler fra bestemmelsen i stk. 1.¹⁵³ Selv om en ikkeangrebsforpligtelse ikke kan siges at falde inden for »patentets indhold«, accepteres begrænsningen, medmindre den er i strid med de almindelige bestemmelser i GWB (§ 17, stk. 4). Dette er navnlig tilfældet, hvis parterne på aftaletidspunktet havde *kendskab* til patentets anfægtelighed, således at aftalen havde til formål at cementere et patent, som ikke opfylder kravene i patentloven (især om nyhed og opfindelseshøjde). Sådanne aftaler falder inden for

152. *Bernhardt/Kraßer* (1986), p. 434 og *Maltzahn* (1990), p. 602. Se om licenstagers adgang til at begære patentet underkastet en »fuldstændig prøvelse« i henhold til TYPtI § 44 hos *Emmerich* hos *Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 276, der antager, at licenstagers ret i så henseende ikke gyldigt kan begrænses ved aftale og *Stumpf/Groß* (1997), Rdn 542, der antager, at en sådan begrænsning er mulig.

153. Reglen i § 17 viderefører den hidtidige retstilstand, jf. den tidligere gældende lovs § 20, stk. 2, nr. 4. Den nærmere forståelse af § 20 voldte nogle problemer og disse er næppe løst med § 17. Se nærmere *Emmerich* hos *Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn. 273ff. og *Stumpf/Groß* (1997), Rdn 542f., som dog ikke er (helt) enige om, hvilke aftalevilkår, der ikke kunne accepteres i relation til § 20. Se også *Maltzahn* (1990), p. 605. I *Flächenenlüftung* (GRUR 1989.39) afstod BGH udtrykkeligt fra at bedømme, hvorvidt en ikkeangrebsklausul, der dækker tidsrummet efter aftaleforholdets ophør, var gyldig i forhold til GWB § 20.

det almindelige kartelforbud og kan anses for ugyldige i medfør af BGB § 138 som »ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt«. ¹⁵⁴

Patentlicensaftalen beskrives i tysk ret gerne som »ein Vertrag eigener, besonderer Art«. ¹⁵⁵ Den reale årsag til denne særstatus angives almindeligvis at være licensaftalens risikobetonede karakter. Licensaftaler er »gewagte Geschäfte«. Risikoen gælder både i faktisk henseende – licenstagernes økonomiske og tekniske udnyttelse af retten – og i retlig – rettens fortsatte beståen. ¹⁵⁶ Baggrundsretten for den retlige bedømmelse af patentlicensaftaler findes imidlertid i de almindelige principper og regler i BGB, herunder reglerne for gensidigt bebyrdende aftale. ¹⁵⁷ Ved bedømmelsen af konkrete spørgsmål søger man desuden inspiration i dele af BGBs specielle del. Af disse har reglerne om køb en vis almindelig betydning, men i praksis er det især bestemmelserne om forpagtning ((Rechts)pacht), ¹⁵⁸ der har dannet grundlag for løsningen af licensretlige spørgsmål. Under henvisning til den særlige risiko, der er forbundet med patentlicensaftaler og det deraf følgende særlige loyalitetsforhold mellem aftaleparterne, beskrives licensaftalen undertiden som en selskabslignende aftale (Gesellschaftsvertrag). ¹⁵⁹

Hvor der som sagt ovenfor er enighed om, at udtrykkelige ikke-angrebsklausuler tillægges betydning i patent- og kontraktsretlig henseende, samt at sådanne aftalevilkår i et vist – nærmere begrænset – omfang accepteres konkurrenceretligt, volder accepten af en *stiltiende ikke-angrebsklausul* langt større kvaler.

154. *Emmerich* hos *Immenga/Mestmäcker* (1992), *GWB* § 20 Rdn 281 og *Stumpf/Groß*, Rdn 542. Kendte licenstagere ikke til de forhold, som begrundet tvivlen, er aftalen dog ikke ugyldig.

155. *Ullmann* hos *Benkard* (1993), *PatG* § 15 Rdn 49.

156. *Bernhardt & Kraßer* (1982), p. 699 og *Ullmann* hos *Benkard* (1993), *PatG* § 15 Rdn 90. Se også *Ullmann*, a.st., Rdn 109, om licenstagernes ansvar for patentets fortsatte beståen.

157. Se nærmere hos *Kraßer & Schmid* (1982), p. 327.

158. *Emmerich* i *Staudinger* (1979) *BGB* § Vor §§ 535, 536 Rdn 76: »Lizenzverträge über gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte sind im Kern Pachtverträge oder (besser) eine besondere, nicht geregelte Form der allgemeinen Gestattungsverträge, niemals Mietverträge, da ihr Gegenstand Rechte und nicht Sache sind« (se også a.st., Rdn 31). Se nærmere hos *Sandgren* (1974a), p. 115 og *Kraßer & Schmid* (1982), p. 328. Også i amerikansk ret har lejeretten (»landlord-tenant law«) spillet en rolle for patentlicensaftaler, jf. *Rooklidge* (1986) I, p. 510ff. m.henvs. bl.a. til *Taylor v. Hare*, 127 Eng. Rep. 461 (1805).

159. Se generelt om licensaftalens »natur« og om udfindelsen af det rette induktionsgrundlag hos *Stumpf/Groß* (1997), §§ 19ff.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

I obligationsretlig henseende er spørgsmålet, om en sådan forpligtelse, påhviler licenstagere som en biforpligtelse (Nebenpflicht). Besvarelsen af spørgsmålet er kompliceret. Det praktiske udgangspunkt synes imidlertid at være, at der påhviler licenstagere – det være sig i henhold til en simpel eller eksklusiv aftale – »eine lizenzvertragsimmanente Nichtangriffspflicht«.¹⁶⁰ Overtrædelsen af en sådan forpligtelse indebærer et erstatningsansvar, men giver i almindelighed ikke licensgiver grundlag for at hæve aftalen.

Licenstagers hovedforpligtelse består i erlæggelsen af vederlaget (»Entgeltspflicht«). Som Nebenpflichten nævner man gerne en beskyttelsespligt (»Schutzpflicht« – navnlig en forpligtelse til at beskytte erhvervshemmeligheder, som meddeles i forbindelse med licensaftalen), en omsorgspligt (»Förderungspflicht« – f.eks. en forpligtelse til at reklamere for produktet eller en forpligtelse til at oplyse om forbedringer i forbindelse med udøvelsen; måske endog til at meddele patent på sådanne) og endelig en undladelsesforpligtelse (»Unterlassungspflicht«). På dette sted har navnlig indholdet af sidstnævnte interesse.¹⁶¹ Udgangspunktet er for så vidt, at licenstagere ikke er afskåret fra at angribe patentet, medmindre der foreligger en udtrykkelig aftale herom. Man henviser i den forbindelse til, at det følger af den udtrykkelige accept i GWB (nu: § 17) af ikkeangrebsklausuler, at en forpligtelse med dette indhold ikke kan være iboende; i så fald var der ingen grund til at have den udtrykkelige aftalefrihed.¹⁶² Udgangspunktet gælder imidlertid kun, hvis angrebet er objektivt/alment retfærdiggjort, f.eks. i tilfælde, hvor patentet ikke respekteres af tredjemand, således at licenstagere må betale for en ret, som andre frit udnytter. Angrebsretten accepteres derimod ikke, hvis den er subjektivt/individuel begrundet. Dette er tilfældet, hvis licenstagere f.eks. ønsker at undgå sin vederlagsforpligtelse gennem at tilintetgøre aftalegrundlaget. Dette er den almindelige situation.¹⁶³

Kraßer & Schmid fremhæver bedømmelsens karakter af en afvejning af på den ene side de almene hensyn, som er knyttet til udslettelsen af pa-

160. Kraßer & Schmid (1982), p. 333 og Stumpf & Groß (1997), Rdn 214. En grundig redegørelse findes hos Sandgren (1974a), især p. 291-295.

161. Undladelsesforpligtelsen har også betydning for bl.a. det vigtige spørgsmål, om der tilkommer licenstagere en adgang til at videreoverdrage sin ret og meddele underlicenser. Se herom Kraßer & Schmid (1982), p. 332f.

162. Kraßer & Schmid (1982), p. 333 m. henv., der afviser en sådan argumentation som rent formel.

163. Se nærmere Benhardt/Kraßer (1986), p. 715 og Kraßer & Schmid (1982), p. 333. I Vanal-Patent-sagen fra 1965 (GRUR 1965.135 kom. Spieß) fastslog den tyske højesteret, at en aftaleimmanent ikkeangrebsforpligtelse almindeligvis ikke kan gøres gældende efter aftaleforholdets ophør. En sådan videregående forpligtelse antages dog, hvis der består et særligt loyalitetsforhold (besonderen Vertrauensverhältnisse) mellem parterne. Hertil er en eksklusiv licens ikke i sig selv tilstrækkelig.

tenter, der ikke opfylder patentlovens krav for beskyttelse, og på den anden side den særlige (loyalitets)forpligtelse, som aftaleforholdets karakter medfører. Afvejningen falder ud til gunst for den partsorienterede forpligtelse.¹⁶⁴ Den nødvendige udrensning af patentregistret må varretages via *tredjemands* angreb. Kun i de »objektive« tilfælde (lige ovenfor) falder partsinteressen sammen med den almene interesse.

I konkurrenceretlig henseende er bedømmelsesgrundlaget et ganske andet, men det praktiske resultat usikkert. I relation til den tidligere gældende GWB affærdigede *Emmerich* kort eksistensen af en sådan immanent forpligtelse under henvisning til den tidligere gældende lovs § 34, hvorefter begrænsninger, der er omfattet af bl.a. § 20, skulle være *skriftlige* for at kunne have gyldighed.¹⁶⁵ Skriftlighedskravet i § 34 blev vel ikke videreført med den seneste ændring af GWB, men man kan dog næppe alene deraf slutte, at de konkurrenceretlige vanskeligheder nu er overvundet. I lyset af ønsket om EU-konformitet i forbindelse med 1999-ændringen af GWB og den almindelige udvikling i EU-retten i relation til ikkeangrebsforpligtelser (nedenfor) forekommer det dog nok rimeligt at antage, at bedømmelsen er noget mere venlig end angivet af *Emmerich*.¹⁶⁶

Den *patentretlige* vurdering er vanskelig. Som sagt ovenfor afskærer en udtrykkelig ikkeangrebssklausul licenstagere fra at anfægte patentet, herunder navnlig fra at begære patentet erklæret ugyldigt i henhold til TYPTl § 22. Det antages imidlertid, at licenstagere ud over i de tilfælde, hvor der foreligger en udtrykkelig aftale, er afskåret fra at gå frem efter § 22, hvis fremsættelsen af en sådan begæring strider mod princippet om *Treu und Glauben*. Ifølge bl.a. *Rogge* fører dette til, at licenstagere i henhold til en *eksklusivlicens* almindeligvis vil være afskåret fra at benytte sig af § 22.¹⁶⁷ I sådanne tilfælde indebærer aftaleforholdet en sådan særlig loyalitetsforpligtelse (»ein besonders enges Vertrauensverhält-

164. *Bernhardt/Kraßer* (1986), p. 715.

165. *Emmerich* hos *Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 270.

166. *Emmerich*, hos *Immenga/Mestmäcker* (1992), GWB § 20 Rdn 273, anfører som begrundelse for sin generelt restriktive fortolkning af § 20 bl.a., at ikkeangrebssklausuler er optaget på den sorte liste i EU-gruppefritagelsesforordning 2349/84 vedr. patentlicensaftaler. Der forelå således en diskrepans mellem tysk ret og EU-retten. Denne diskrepans er nu indsnævret, idet holdningen i EU-retten til ikkeangrebssklausuler er mildnet betydeligt i forbindelse med vedtagelsen af forordning 240/96 til erstatning for 2349/84, jf. herom nedenfor. Hermed er vinden i nogen grad taget ud af *Emmerichs* sejl.

167. *Rogge* hos *Benkard* (1993), PatG § 22 Rdn 25 og 29. Tilsvarende *Mes* (1997), PatG § 59 Rdn 21 (se også § 81 Rdn 35) og *Pagenberg/Geissler* (1997), § 1 Rdn 277ff.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

nis«), at de almindelige og vigtige hensyn, som ligger til grund for den meget brede kreds af klageberettigede («Popularklage»), må vige. Den patentretlige udlægning af Treu und Glauben er således nok begrænset til tilfælde, hvor aftaleforholdet indebærer en *særlig* loyalitetsforpligtelse. Også f.eks. en *arbejdstager* er almindeligvis afskåret fra at påberåbe sig § 22.¹⁶⁸ Set i lyset af, at man i kontraktretten ikke (længere¹⁶⁹) stiller krav om, at licensaftalen indebærer et »særligt« loyalitetskrav – som f.eks. en eksklusiv licens – er dette vel ikke særligt oplagt. Men afvejningen er vanskelig. De hensyn, som ligger til grund for »Popularklagen«, er tungtvejende og kræver afgørende modhensyn.

3.3.2. Amerikansk ret: »Status«

I amerikansk ret har spørgsmålet om licenstagere ret til at anfægte patentet givet anledning til voldsomme problemer. Vanskelighederne har navnlig angået de tilfælde, hvor der ikke findes nogen særlig vedtagelse i aftalen. Spørgsmålet har da været, om licensgivers ret til at anfægte patentet i henhold til patentretten afskæres på grund af de almindelige regler i Contract Law, herunder især *estoppel-doktrinen*.

Estoppel-læren er en *bevisregel*:

»The doctrine of equitable estoppel is based on the policies of fair dealing, good faith, and justice; it forbids one to speak against his own act, representation or commitment to the injury of one to whom they were reasonably directed and who reasonably relied thereon.«¹⁷⁰

I henseende til *patentlicensaftaler* antog man i retspraksis indtil 1969 (*Lear-sagen*, se lige nedenfor), at det fulgte af dette princip – *licensee estoppel* – at licenstagere som udgangspunkt var afskåret fra at påstå det patent, som danner grundlaget for aftalen med licensgiver, erklæret ugyldigt, selv om de almindelige regler ville give ham mulighed for at gøre dette f.eks. i forbindelse med en krænkelssag.¹⁷¹ Hovedvirknin-

168. Jf. herom *Bartenbach/Volz*, ArbEG § 28 især Rdn 11ff. og 42ff.

169. Se nærmere *Sandgren* (1974a), p. 293. Tilsvarende *Kraßer & Schmid* (1982), p. 333, der bemærker, at reglerne for ikkeangrebsklausuler er de samme for eksklusive og simple licensaftaler.

170. *Rooklidge* (1986) I, p. 508, som gennemgår estoppellæren generelt og med særligt henblik på læren om licensee estoppel (straks nedenfor). Tilsvarende *Sandgren* (1974a), især p. 240-242. Se i øvrigt om estoppeldoktrinen f.eks. *Corbin*, § 899 og (om engelsk ret) *Cheshire, Fifoot & Firmston* (1996), især p. 101-104.

171. Læren gælder generelt: Der påhviler ligeledes licensgiver og »sælger« en forpligtelse til at undlade at bringe aftaleforholdet til ophør: *Licensor/assignor estoppel*.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

gen af princippet er at understrege løfters bindende karakter: »*Sancity of Contract*«. Parterne må se sig for i forbindelse med aftaleindgåelse. Estoppeldoktrinen er udviklet i samspil med en række andre principper fra den centrale Contract Law, herunder navnlig *consideration*-læren. Kravet om consideration udgør en nødvendig, men ikke i sig selv tilstrækkelig betingelse for et løftes retligt forpligtende kraft. Et løfte er herefter alene bindende for løftegiver, hvis løftemodtager i forbindelse med løftets afgivelse har ydet en modydelse. Et løfte fra licenstagere om at betale licensafgift er således forpligtende for licenstagere, hvis licensgiver til gengæld har forpligtet sig til at lade licenstagere udnytte et patent (dvs. ikke sagsøge licenstagere for dennes anvendelse af patentet). Er licensgivers forpligtelse tom – eneretten består ikke – er løftet ikke bindende for licenstagere (»*lack of consideration*«). Læren om *promissory (equitable) estoppel* bevirker i den sammenhæng, at licenstagere afskæres fra at frigøre sig for forpligtelsen gennem at tilintetgøre løftegivers (mod)ydelse. Det bør ikke være muligt for den ene part i henhold til en gensidigt bebyrdene aftale at undgå sin forpligtelse, hvis det senere viser sig, at han har gjort en dårlig handel.

Den centrale dom om emnet er *Lear v. Adkins* fra 1969.¹⁷²

Sagen angik en aftale mellem *Adkins* – en ingeniør – og *Lear* – en producent af flyvemaskiner – om retten til visse opfindelser angående gyroskoper, som *Adkins* havde frembragt efter opdrag fra *Lear*. En aftale om udnyttelse blev indgået i 1955. Af denne fremgik bl.a., at *Lear* kunne opsige aftalen, hvis patentmyndigheden ikke udstedte patent, eller hvis et udstedt patent senere faldt bort. Udformingen af patentkravene voldte *Adkins* problemer, og først i 1960 blev patentet meddelt og da kun med meget begrænsede krav. I 1957 havde *Lear* imidlertid meddelt, at man havde fundet et patent, som i følge *Lear* dannede fuldstændigt modhold til *Adkins* opfindelse, og at man på den baggrund ophørte med at betale royalties. *Adkins* påstod under en efterfølgende retssag *Lear* tilpligtet at betale royalties under henvisning til, at læren om *licensee estoppel* afskar *Lear* fra at anfægte patentets gyldighed. *Lear* påstod sig frifundet under henvisning til, at denne lære ikke fandt anvendelse.

Adkins fik medhold i underinstansen. *Supreme Court* afviste imidlertid at anvende *estoppel*-læren under henvisning til, at de hensyn, der bærer læren i den almindelige kontraktsret, fører til et andet resultat i henseen-

172. *Lear Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653 (1969). Litteraturen om sagen er omfattende. Gode oversigter giver *Chisum & Jacobs* (1992), p. 1-22ff. og 2-282ff. og *Sandgren* (1974a), p. 242ff.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

de til licensaftaler, idet de traditionelle kontraktsretlige hensyn ikke lader sig forene med de samfundsmæssige hensyn:¹⁷³

»Surely the equities of the licensor [dvs. hensynet til patentets opretholdelse] do not weigh very heavily when they are balanced against the *important public interest* in permitting full and free competition in the use of ideas which are in reality a part of the public domain. Licensees may often be the only individuals with enough economic incentive to challenge the patentability of an inventor's discovery. If they are muzzled, the public may continually be required to pay tribute to would-be monopolists without need or justification. We think it plain that the *technical requirements of contract doctrine must give way before the demands of the public interest* in the typical situation involving the negotiation of a license after a patent has issued.« (Min kursivering)

Afgørelsen bekræfter den grundlæggende skepsis, som i amerikansk ret præger den retlige vurdering af patentlicensaftaler og opfattelsen af patentet som en »aftale«.¹⁷⁴ I principiel henseende er dommen karakteristisk ved sin utvetydige betoning af behovet for *kontrol* med patentforhold. Dette kontrolbehov er åbenbart langt vigtigere end de traditionelle, partsrelaterede hensyn, som er opsamlet i estoppel-læren: »We

173. Allerede før *Lear*-sagen havde domstolene i et vist omfang gennemhullet læren om licensee estoppel ved at acceptere, at licenstagere i sager angående aftaler om prisbinding forsøgte at godtgøre, at patentet var ulovligt. Se om den omfattende praksis, der ledte til en ganske kompliceret retsstilling, hos *Rooklidge* (1987) III, p. 523ff. Et af de områder, hvor estoppel-læren kolliderede med »almindelige« patentretlige principper, var fastlæggelsen af *patentets bredde*, dvs. fortolkningen af patentkravene. Estoppel-læren førte som sagt til, at licenstagere var afskåret fra at påberåbe sig patentets manglende ugyldighed. Et sådant angreb vil almindeligvis være støttet på nye modhold – »*prior art*«. Licenstagere var derimod ikke afskåret fra under en krænkelsessag at forsøge at godtgøre, at hans handlinger faldt uden for patentkravene, som de måtte fortolkes i lyset af bl.a. *prior art*. Selv under estoppel-læren måtte licenstagere således godt bevise, at *hans* handlinger faldt uden for patentretten. Estoppel-læren afskar licensgiver fra at tilintetgøre patentretten.

174. »A patent, in the last analysis, simply represents a legal conclusion reached by the Patent Office. Moreover, the legal conclusion is predicated on factors as to which reasonable men can differ widely. Yet the Patent Office is often obliged to reach its decision in an *ex parte* proceeding, without the aid of the arguments which could be advanced by parties interested in proving patent invalidity. Consequently, it does not seem to us to be unfair to require a patentee to defend the Patent Office's judgment when his licensee places the question in issue, especially since the licensor's case is buttressed by the presumption of validity which attaches to his patent.«

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

think it plain that the technical requirements of contract doctrine must give way before the demands of the public interest.«¹⁷⁵

Med *Lear*-dommen ændredes den konkurrenceretlige bedømmelse også af udtrykkelige ikkeangrebsklausuler. En række tidligere afgørelser anså under henvisning til *Lear* sådanne klausuler for omfattet af forbudet i den almindelige konkurrenceret.¹⁷⁶ I løbet af 1980-erne blev vurderingen imidlertid en anden. I *Hemstreet v. Spiegel Inc.* (1988) ansås en bestemmelse i et retsforlig, der indebar etableringen af en licensaftale, og ifølge hvilken licenstagere var afskåret fra at anfægte patentets gyldighed, for gyldigt. Domstolen afviste her, at *Lear* skulle have betydning under henvisning til, at den foreliggende sag involverede et retsforlig.¹⁷⁷

Udviklingen i retspraksis udhulede således *Lear*-dommens direkte betydning, og dommens værdi i dag er antagelig ringe. Dommen beskrives gerne som del af en nu overstået epoke i amerikansk antitrustret, som var kendetegnet ved en meget restriktiv bedømmelse af patentlicensaftaler (se ovenfor).¹⁷⁸ Spørgsmålet om ikkeangrebsklausuler berøres ikke direkte i 1995 *Guidelines*, men det forekommer rimeligt at antage, at en ikkeangrebsklausul almindeligvis vil blive accepteret i henhold til en almindelig rule of reason-bedømmelse, medmindre klausulen indgår som led i forsøg på håndhævelse af et patent opnået ved »fraud«.¹⁷⁹

3.3.3. EU-konkurrenceretten

Inden for rammerne af artikel 81 EF (ex 85) har bedømmelsen af ikkeangrebsklausuler varieret voldsomt over tid.¹⁸⁰ Kommissionen anlagde en meget streng bedømmelse i 1970-erne, bl.a. under henvisning til »den almindelige interesse i, at fejlagtigt udstedte patenter annulleres«.¹⁸¹ Tilsvarende i 1983 i *Windsurfing*, hvor Kommissionen særligt understregede, at dette gjaldt uanset de tyske patentretlige regler om omprøvning

175. Jf. dog også: »Thus, although licensee estoppel may be consistent with the letter of contractual doctrine, we cannot say that it is compelled by the spirit of contract law, which seeks to balance the claims of promisor and promisee in accord with the requirements of good faith.«

176. *Bendix Corp. v. Balax Inc.*, 24 A.L.R.Fed 612, 164 U.S.P.Q. 485, 1970.

177. *Hemstreet v. Spiegel Inc.*, 7 U.S.P.Q.2d 1502. Se nærmere om denne situation hos *Sandgren* (1974a), p. 253ff.

178. *Rooklidge* (1987) III og *Sandgren* (1974a), p. 263ff.

179. 1995 *Guidelines*, pkt. 6 og *Starck* (1996), p. 66ff. (»enforcement of Invalid Intellectual Property Rights«).

180. Se for en nærmere gennemgang af praksis *Lidgard* (1997), p. 256-261. Se også *Fejø* (1985), især p. 528ff.

181. Besl. 76/29/EØF, *AOIP/Beyrard*, EFT 1976 L 6/8.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

m.v. og kvaliteten af den tyske forprøvning ved Patentamt. Heller ikke loyalitetsmæssige hensyn (licenstagernes »nøgleposition«) havde betydning.¹⁸² Som udtryk for denne grundholdning blev ikkeangrebsklausulen optaget på den »sorte liste« (artikel 3) i *Gruppedefritagelsesforordning* 2349/84 ang. patentlicensaftaler.

Helt i forlængelse af dette fandt *EF-domstolen* i 1986 i *Windsurfing*-sagen, at

»... en sådan [ikkeangrebs]klausul [henhører] åbenbart ikke under patentets særlige genstand, der ikke kan fortolkes således, at det også sikrer beskyttelse mod søgsmål, hvorunder gyldigheden af et patent anfægtes, idet det er i den offentlige interesse at fjerne enhver hindring for den økonomiske effektivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent«.¹⁸³

Efter *Windsurfing*-dommen indtrådte der imidlertid et skifte i både Kommissionens og domstolens holdning. I Sag 65/86, *Bayer/Süßlöhfer* afgjort godt 2 år efter *Windsurfing* (september 1987) udtalte domstolen således, at

»... en ikke-angrebsklausul i en patentlicensaftale, alt efter den retlige og økonomiske sammenhæng, kan indebære en konkurrencebegrænsning i [artikel 81, stk. 1's forstand]. En sådan klausul udgør imidlertid ikke en konkurrencebegrænsning, hvis den forekommer i forbindelse med en vederlagsfrit meddelt licens, og licenstagernes konkurrencemæssige stilling [derfor: »therefore«] ikke forringes som følge af licensbetaling, eller hvis licensen er meddelt mod vederlag, men vedrører en teknisk forældet produktionsmetode, som den virksomhed, der har påtaget sig ikke-angrebsforpligtelsen, ikke påtænker at anvende.«¹⁸⁴

Dommen indebar, at den konkrete klausul blev anset for tilladelig, eftersom licensen var vederlagsfri. *Lidgard* fremhæver imidlertid med rette, at dommens vigtigste bidrag til retsudviklingen er anlæggelsen af en helhedsbedømmelse fremfor en absolut kategorisering – som i *Windsurf-*

182. Besl. 83/400/EF af 11.7.1983, EFT 1983 L 229/1.

183. Sag 193/83, *Windsurfing*, præmis 92. Min kursivering. Se nærmere *Venit* (1987), især p. 28.

184. Saml. 1988.5249, præmis 21. Min kursivering. Både Kommissionen og generaladvokaten (*Darmon*) var inspireret af amerikansk ret, men i modsætning til amerikansk praksis (*Hemstreet v. Spiegel Inc.*, 7 U.S.P.Q.2d 1502) og til EF-kommissionens indlæg afviste EF-domstolen i *Bayer*-sagen (præmis 15) at tillægge en aftales karakter af (*rets*)forlig betydning. Domstolen henviste til, at Traktatens artikel 85, stk. 1, ikke giver mulighed for at sondre mellem forskellige typer af »aftaler«.

ing – af en klausul som forbudt eller tilladt.¹⁸⁵ Dommen er således ikke udtryk for en almen accept af ikkeangrebsklausuler. Dommen indebar en *ændring i metode*, og denne førte konkret til en mildning af bedømmelsen af ikkeangrebsaftaler. Afgørelsen indskriver sig herved under de almene strømninger i EU-retten (ovenfor). Med *Bayer*-dommen har domstolen bevæget sig et skridt længere ud af skyggen fra 1970-ernes fundamentalisme og nærmere 90-ernes realisme.

Efter *Bayer*-dommen ændredes også Kommissionens indstilling,¹⁸⁶ og med ikrafttræden den 1. april 1996 af *Frd. 240/96 om teknologioverførselsaftaler* er den foreløbig kulmination nået. Ikkeangrebsklausulerne findes nu på den »grå« liste (indsigelsesproceduren) i artikel 4.2.b og er således som udgangspunkt hverken tilladt eller forbudt. Lovligheden beror – som det blev fastslået i *Bayer* – på en konkret bedømmelse.¹⁸⁷ *Lidgard* antager dog, at der fortsat skal udvises nogen forsigtighed ved optagelsen af ikkeangrebsklausuler.¹⁸⁸

I forordningens artikel 2 – vilkår der generelt ikke er konkurrencebegrænsende – nævnes bl.a. en adgang for licensgiver til at *opsige aftalen* i tilfælde af, at licenstageren *anfægter* gyldigheden af patenter tilhørende licensgiveren eller virksomheder forbundet med denne, hvorpå der er meddelt licens inden for fællesmarkedet (stk. 1, nr. 15). Hæveadgangen står således til rådighed, uanset at anfægtelsen ikke konkret fører til patentets ophævelse. Hensigten hermed må være at afskrække licenstagere fra at anfægte patenter. Hvis anfægtelsen ikke fører til ophævelse, kan licensgiver således ved at hæve aftalen afskære licenstagere fra at anvende patentet. Fører anfægtelsen derimod til patentets ophør, har hæveadgangen ingen betydning. Hermed er dog intet sagt om ikkeangrebsforpligtelser.

3.3.4. TRIPs-aftalen

TRIPs-aftalen indeholder i afsnit 8 regler om »kontrol med konkurrencebegrænsende metoder i forbindelse med licenskontrakter«. I artikel 40, nr. 1, hedder det, at »medlemmerne er enige om, at nogle konkurrencebegrænsende metoder til licensgivning ... kan have ugunstige følger for samhandlen og lægge hindringer i vejen for overførsel og udbredelse af teknologi«. Ifølge nr. 2 forhindrer intet i aftalen derfor »medlemmerne i at specificere de licensmetoder eller -betingelser i deres lovgivning, som i særlige tilfælde kan udgøre et misbrug af intellektuelle ejendomsrettigheder med ugunstige følger for konkurrencen på det relevante

185. *Lidgard* (1997), p. 259f.

186. Nærmere hos *Lidgard* (1997), p. 260.

187. Se også *Meyer* (1997), p. 505.

188. *Lidgard* (1997), p. 260f.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

marked«. Medlemmerne *kan* (»may«) træffe passende foranstaltninger til at forhindre sådanne metoder. Som eksempler¹⁸⁹ på sådanne metoder nævnes »eksklusive »grantback«-betingelser og *betingelser, der forhindrer anfægtelse af gyldigheden* og tvungen pakkelicensgivning« (min kursivering).¹⁹⁰

Bedømmelsen af patentlicensaftaler i TRIPs adskiller sig fra den traditionelle ved formuleringen af teknologispredningshensynet i relation til en *global* referenceramme (se generelt om TRIPs nedenfor, B.4.3). Medtagelsen af ikkeangrebsklausuler er på den baggrund ikke overraskende. Set fra et licenstagersynspunkt – hvilket er u-landenes udgangspunkt – må man generelt foretrække en regulering, der i videst muligt omfang tjener til, at ugyldige patenter kommer frem i lyset og fjernes.

3.3.5. Sammenfatning

Inden den nærmere drøftelse af dansk ret skal udgangspunktet for diskussionen fastlægges på baggrund af erfaringerne fra gennemgangen ovenfor. Et gennemgående træk er hensynet til det patentretlige systems renhed. En bred adgang til angreb under henvisning til manglende opfyldelse af patenterbarhedsbetingelserne sikrer, at de opfindelser, som ikke opfylder de patentretlige betingelser og derfor ikke er berettiget til en patentretlig gevinst (»belønning« osv.), fjernes fra systemet. Tendensen går i den forbindelse i retning af en styrkelse af den efterfølgende *patentretlige* kontrol i form af en udvidelse af angrebsfladen via de administrative systemer. Sideløbende hermed har den *konkurrenceretlige* vurdering bevæget sig i retning af en øget accept af ikkeangrebsklausuler.

Betydningen af udviklingen i patentrettens angrebsregler for den *kontraktsretlige* bedømmelse fremhæves for amerikansk ret af *Rooklidge*,¹⁹¹ men betragtningen har også relevans for dansk og tysk rets vedkommende, hvor angrebsreglerne endog er viderere end i amerikansk

189. *Heinemann* (1996), p. 246.

190. Artikel 40 bærer præg af at være resultat af et vanskeligt kompromis og er svært forståelig, jf. nærmere *Heinemann* (1996), p. 245. UNCTAD havde oprindelig identificeret en lang række klausuler i licensaftaler, som blev anset for urimelige. En række af disse blev i 1975 medtaget på »the Draft International Code of Practice for the Transfer of Technology« (TOT). I forbindelse med TRIPs-forhandlingerne var »u-landene« fortalere for, at de klausuler, der var indeholdt i TOT, generelt burde forbydes. Heroverfor stod »i-landene«, som ville tillade et vist antal »justifiable« begrænsninger, se generelt *Blakeney* (1996), p. 108 og *Heinemann* (1996), p. 244ff.

191. *Rooklidge* (1987) II, p. 16ff.

ret. Med udbygningen af de patentretlige strukturer falder behovet for licenstagers særlige medvirken i den efterfølgende kontrol («nøglepositionen»).

3.4. Diskussion: Ikkeangrebsklausuler i dansk ret

Spørgsmålet om ikkeangrebsklausuler i dansk ret giver anledning til at drøfte en række problemer. Indledningsvis redegøres for de *patentretlige* spørgsmål. Derpå drøftes ikkeangrebsklausulers gyldighed i henhold til *Konkurrenceloven*. Udviklingen i den *moderne kontraktsret* – loyalitetslæren – gør det dernæst relevant at drøfte spørgsmålet, om en ikkeangrebsforpligtelse selv uden udtrykkelig aftale herom udgør en del af licenstagers ydelse i henhold til en licensaftale. I givet fald opstår spørgsmålet om den konkurrenceretlige vurdering af en sådan iboende klausul.

Ikkeangrebsforpligtelser er i nordisk ret diskuteret indgående af *Sandgren* (især 1974b). Sandgren spænder diskussionen ud mellem, hvad der i nærværende afhandling kaldes en *kontraktuel* model – »aftaler skal holdes» – og en *status* model – afgørelsen beror på bredere overvejelser. Alt i alt finder *Sandgren*, at de »kontraktuelle« hensyn må vige til fordel for de sidstnævnte, således at ikkeangrebsforpligtelser som udgangspunkt ikke accepteres (a.st., p. 271). *Sandgren* noterer dog, som en formildende omstændighed, at licensgiver under alle omstændigheder bevarer sin ret til at hæve aftalen i tilfælde af et angreb fra licenstagers side. Dette gælder, selv om angrebet ikke fører til patentets bortfald, hvilket har den virkning, at licenstagers fortsatte udøvelse af patentet kan hindres via den almindelige patentret. Hermed, fremhæver *Sandgren*, sikrer man dels licenstagers almindelige ret til at anfægte patentet m.v., dels at licenstagers forsøg i den forbindelse reserveres de tilfælde, hvor licenstagere virkelig mener, at der er grund til at løbe risikoen for aftalens ophævelse.

3.4.1. Ikkeangrebsklausuler og Patentretten

Spørgsmålet om licensaftalens betydning for licenstagers adgang til at påberåbe sig de almindelige bestemmelser i *Patentloven* om indsigelse, omprøvning m.v. er ikke behandlet videre i dansk ret (se dog om *Plesners* artikel straks i det følgende). *Koktvedgaard & Østerborg* bemærker, at »der .. efter *loven* intet [er] til hinder for, at licenstageren kan anlægge sag mod licensgiveren (patenthaveren) for at få patentet kendt ugyldigt«. ¹⁹² Heri ligger, at en licenstagere i de tilfælde, hvor der ikke er truffet anden udtrykkelig aftale herom, vil kunne gå frem efter de almindelige regler i *Patentloven*. ¹⁹³ Der gælder således ikke i dansk ret på samme

192. *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 231, min kursivering.

193. *Koktvedgaard* (1999a), p. 390.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

måde som i *tysk* begrænsninger i licenstagers adgang af loyalitetsmæssig karakter. Der er endvidere intet i forbindelse med fremkomsten af reglerne om administrativ omprøvning m.v., som peger i den retning. Det forekommer tværtimod nærliggende at antage, at den generelle udvikling i Patentloven har medført, at licensaftalen i det hele taget, dvs. selv i det tilfælde, hvor aftalen indeholder en *udtrykkelig ikkeangrebsklausul*, er uden betydning for licenstagers adgang til at påberåbe sig de patentretlige regler om f.eks. administrativ omprøvning. Licensgivers eventuelle sanktioner beror på konkurrence- og kontraktsretten. I de tilfælde, hvor truslerne om erstatning m.v. (lige nedenfor) fører til, at licenstagere trækker sin anmodning tilbage, giver Ptl § 53b, stk. 3, i øvrigt patentmyndigheden mulighed for at fortsætte den administrative behandling. Hermed understreges netop, at hensynet bag den administrative omprøvning m.v. ikke er knyttet til partsrelationen, men er båret af almene hensyn.

3.4.2. Ikkeangrebsklausuler og Konkurrenceloven

Patentlicensaftaler er omfattet af lovens § 6 (kartelreglen) med mulighed for fritagelse efter § 8. For patentlicensaftaler udgøres udgangspunktet i den forbindelse af Bekendtgørelse 1009/16.12.1997, som gennemfører Forordning 240/96 i dansk ret. Bekendtgørelsens § 1 undtager imidlertid udtrykkeligt forordningens artikel 4, som omhandler ikkeangrebsklausuler (artikel 4, stk. 2, b). Heri ligger dog næppe en selvstændig vurdering af ikkeangrebsklausuler, men blot en afvisning af indsigelsesproceduren.¹⁹⁴ For dansk rets vedkommende må ikkeangrebsklausuler derfor anmeldes til Konkurrencestyrelsen med henblik på opnåelse af en individuel fritagelse i medfør af Krl § 8.¹⁹⁵

Den videre bedømmelse må herefter forventes at følge linjerne i EU-praksis. Afgørende er således en *helhedsvurdering* af aftalen, som nok i de fleste tilfælde vil føre til, at ikkeangrebsforpligtelser accepteres. Klausulen bør navnlig *ikke* accepteres, hvis aftalen udgør et forsøg på at cementere et ugyldigt meddelt patent, således at aftalens egentlige formål er at afskære licenstagere fra at anfægte patentet (*collusionstilfælde*). *Formålet* med sådanne aftaler er at gøre det muligt for aftaleparterne at høste den patentretlige gevinst (belønningen), som er knyttet til patentrettens tredjemandsvirkning. Dette er naturligvis uacceptabelt. Belønnin-

194. I *svensk* ret har man valgt samme fremgangsmåde, jf. SFS 1996:345, artikel 3, stk. 1.

195. *Koktvedgaard* (1999a) p. 390.

gen udgør samfundets betaling for en ydelse i form af en patenterbar opfindelse, som i dette tilfælde mangler.

Collusionstilfælde udgør hovedeksemplet på den skadelige virkning af ikkeangrebsklausuler. Vanskeligheden består i den forbindelse i, at konkurrencemyndighederne almindeligvis ikke på tidspunktet for bedømmelsen af aftalen vil kunne have kendskab til de forhold, som ville kunne bevirke patentets bortfald. Patentets skrøbelighed vil almindeligvis først blive bragt frem i forbindelse med et eventuelt succesfuldt angreb fra tredjemand på patentet. Selv i sådanne tilfælde vil det ofte være meget vanskeligt at godtgøre, at aftaleparterne – eventuelt blot licensgiver – allerede på aftaletidspunktet havde kendskab til de forhold, som senere førte til patentets bortfald. De praktiske vanskeligheder bør dog ikke føre til, at man i dansk ret indtager en generelt fordømmende position over for ikkeangrebsklausuler. *Udgangspunktet* for dansk ret bør således være en almindelig, bred accept af ikkeangrebsklausuler kombineret med en konkret vurdering med henblik på at fange de oplagte tilfælde af collusion. Denne model må antages at stemme bedst med udvikling i EU-retten. Hertil kommer som et vægtigt hensyn, at udviklingen i den *danske patentret* især med den brede adgang til administrativ omprøvning taler for modellen. Hvis licensaftalen indgås inden for et område med god konkurrence, må det forventes, at de øvrige konkurrenter vil anfægte det pågældende patent, selv i tilfælde, hvor det må anses for tvivlsomt, om patentet ikke opfylder betingelserne. Ved at acceptere den udtrykkelige aftale opnår man således de fordele, som er forbundet med, at parterne har frihed på dette punkt, uden at man dermed sætter de væsentlige patentretlige hensyn over styr. Det patentretlige system giver med andre ord *plads til aftalefrihed* på dette punkt.

Den praktiske virkning af en almindelige konkurrenceretlig accept af ikkeangrebsforpligtelser afhænger af *licensgivers sanktionsmuligheder* i tilfælde af licenstagers tilside-sættelse af aftalen. *Sandgren* noterer, at licenstagers angreb som udgangspunkt – og uanset resultatet – bør anses som en misligholdelse, der giver licensgiver ret til at *hæve* aftalen.¹⁹⁶ Dette giver ikke anledning til vanskeligheder.¹⁹⁷ Vanskelig er til gengæld *erstatningsopgøret* i de tilfælde, hvor licenstagers angreb i strid med sin forpligtelse fører til patentets bortfald. Kan licensgiver i så fald kræve erstatning svarende

196. *Sandgren* (1974a), p. 271f.

197. Man kunne diskutere, om licensgiver ved at *undlade* at kræve aftalen ophævet kunne fastholde licenstagers forpligtelse til at erlægge licensafgift m.v. Licenstagere har ikke krav på, at licensgiver ophæver aftalen. Patentets ophør betyder imidlertid, at licensgiver ikke længere kan opfylde sine forpligtelser i henhold til licensaftalen. På grundlag *heraf* vil licenstagere kunne hæve aftalen.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

til de mistede indtæger, som udnyttelsen af *patentet* i hele dets løbetid ville have givet ham? Dette må afvises. Det ville være aldeles urimeligt, om man ved erstatningsberegningen tog udgangspunkt i, at patentet uden licenstagers angreb ville have overlevet hele perioden. Baggrunden for accepten af ikkeangrebsforpligtelsen var jo netop, at de almindelige regler gennemsnitligt vil føre til udskillelsen af de ugyldige patenter, herunder også det i eksemplet foreliggende. En regel, som tog udgangspunkt i et gyldigt patents maksimale løbetid, ville i den forbindelse indebære et incitament for indehaveren af et anfægteligt patent til at indgå licensaftale med henblik på eventuelt at realisere en erstatning, som ville overstige patentets forventede indtjening. Ved erstatningsudmålingen må man således foretage en vis skønsmæssig udmåling. Dette vil i praksis nok føre til, at licenstagers erstatningsforpligtelse bliver ganske beskednen.¹⁹⁸ Må det således antages, at licenstagers adfærd har medført, at patentets ugyldighed blev bragt for en dag langt tidligere, end dette ville være sket uden licenstagers aktive medvirken, taler dette således for, at ikkeangrebsforpligtelsens virkning svarer til en *collusionsaftale*. I så fald er der ikke videre hensyn at tage til licensgiver.

Resultatet af disse overvejelser er formentlig, at en ikkeangrebsaftale i en lang række tilfælde ikke vil have videre betydning for licenstagers adfærd. Meget afhænger dog af de konkrete omstændigheder. Er der f.eks. kun kort tid tilbage af patentperioden, vil aftalen have større betydning end tidligt i patentets løbetid. Er konkurrencen intens og teknologien attraktiv, vil dette ligeledes tale for, at licenstagere vil honorere sin forpligtelse. I sidstnævnte situation vil konkurrenternes interesse i at anfægte patentet dog være betydelig.

3.4.3. Ikke angrebsklausuler og obligationsretten

Det første spørgsmål er, hvorvidt licenstagere selv uden en udtrykkelig ikkeangrebsklausul er forpligtet til at udlade at angribe det patent, der danner grundlag for aftalen. Omfatter *licenstagers ydelsesforpligtelse* med andre ord en (stiltiende) ikkeangrebsforpligtelse? Dette beror først og fremmest på en traditionel obligationsretlig bedømmelse. I det omfang man på den baggrund må antage, at der består en sådan forpligtelse, opstår spørgsmålet – for det andet – om *konkurrencerettens* betydning.

Det er som sagt ovenfor udgangspunktet i *tysk* ret, at licenstagers forpligtelse i henhold til en patentlicensaftale ud over erlæggelsen af licenssafgiften – hovedforpligtelsen – indebærer en række *Nebenpflichten*, herunder en »Unterlassungspflicht«, dvs. en forpligtelse til at undlade at foretage handlinger m.v., der bringer aftaleforholdet i fare. Af denne ud-

198. Det bemærkes i den forbindelse, at licensgiver i forhold til andre licenstagere som udgangspunkt næppe vil være ansvarlig for tab, som følge alene af patentets bortfald, jf. således nærmere for dansk ret *Koktvedgaard* (1999a), p. 369, for tysk ret *Kraßer & Schmid* (1982), p. 338f. og om amerikansk *Sandgren* (1974a), p. 237ff. og *Corbin*, § 600 v. note 38. Tilfælde, hvor licensgiver i forhold til andre licenstagere, som berører af patentets bortfald, har *garanteret* for patentets fortsatte beståen, giver næppe anledning til krav i forhold til den licenstagere, som anfægter patentet.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

ledes almindeligvis en forpligtelse for licenstagere til at undlade at anfægte det meddelte patent. Den retlige hjemmel herfor skal søges i læren om »guten Sitten«/»Treu und Glauben« (BGB §§ 138 og 242).

For dansk rets vedkommende er eksistensen af en »iboende« ikkeangrebsforpligtelse antaget af Plesner i en artikel fra 1955, bl.a. under henvisning til tysk ret. Grundsynspunktet formuleredes således:

»Som et samlende synspunkt ... er det meget vejledende at betragte en licensaftale som en form for fælleseje – som tysk ret siger et selskabslignende forhold – der må være en gensidig loyalitetsforpligtelse i henseende til gennemførelsen af det fælles hovedformål: opfindelsens bedst mulige udnyttelse.«¹⁹⁹

Plesner rammer med sin »loyalitetslære« en nerve i *moderne dansk kontraktsret*, som gør det relevant at drøfte spørgsmålet mere indgående. Gomard noterer således, efter at have beskrevet princippet i BGB om »Treu und Glauben«, at der »også i dansk ret gælder [en ulovhjemlet] vis almindelig loyalitetsforpligtelse i skyldforhold ... det påhviler hver part at tage rimeligt hensyn til den andens interesser«.²⁰⁰

Den *almindelige loyalitetsforpligtelse* er formuleret i relation til *partsrelationen*: »Man bør være mod andre, som man forventer, at de skal være mod en selv.«²⁰¹ Overført på patentlicensaftaler er det i den forbindelse nærliggende at anse licenstagernes anfægtelse af det patent, som udgør grundlaget for aftalen, for illoyalt: Det er vel hævdet over enhver tvivl, at det må anses for at være i strid med licensgivers interesse, om licenstager søger og opnår det licenserede patents ugyldighed. Diskussionen ovenfor af konkurrence- og patentretten viste imidlertid, at der til ikkeangrebsforpligtelsen er knyttet hensyn, som åbenbart rækker ud over partsrelationen, f.eks. hensynet til at undgå, at en aftale cementerer et uretmæssigt patent gennem at fratage licenstagere muligheden for at udnytte sin særlige viden til at begære patentet omstødt. Udviklingen i den

199. Plesner (1955), p. 222. Plesner bemærker dernæst, at man dog næppe kan foretage retlige »deduktioner« af denne karakteristik.

200. Gomard (1998), p. 45 og 46. Tilsvarende f.eks. Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997), p. 408: »Medens man i den ældre fortolkningslære var tilbøjelig til at holde sig mere strikt til aftalens ordlyd, er den nye kontraktsret – incl. aftaleretten – afgørende påvirket af princippet om bona fides, loyalitet eller rimelighed, der kan slå igennem ved retsvirkningsfastlæggelsen i såvel ugyldighedens som fortolkningens form« og Bryde Andersen (1997), p. 95: »... aftalen [påfører] parterne en pligt til at handle loyalt, uanset om dette udtrykkeligt fremgår af dens indhold«. Loyalitetslæren er behandlet ovenfor, 3.5.

201. Bryde Andersen (1997), p. 350.

3. Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

konkurrenceretlige regulering af patentlicensaftaler samt i de patentretlige regler om omprøvning problematiserer i det hele taget *Plesners* – og dermed loyalitetsanalysens – udgangspunkt i form af beskrivelsen af patentlicensaftalens hovedformål i relation til *partsrelationen* og »opfindelsens bedst mulige udnyttelse«. Hovedsigtet med både de konkurrenceretlige regler og de patentretlige er at sikre de *samfundsmæssige interesser*, som knytter sig til et effektivt og velfungerende patentsystem.

Man kunne hævde, at der ikke er noget besynderligt i denne normkonflikt. *Obligationsretten* har som sit (privat)retslige sigte alene forholdet mellem licenstagere og -giver. Den (offentlig)retslige regulering i patent- og konkurrenceretten har som sigte de almene hensyn. Denne beskrivelse er imidlertid for snæver og udtømmer under ingen omstændigheder diskussionen. Det følger således – og som sagt lige ovenfor – af *Konkurrenceloven* (§ 6, jf. § 8), at en ikkeangrebsforpligtelse forudsætter en individuel fritagelse for at have gyldighed inter partes. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er meget vidt og omfatter bl.a. vilkår, som er »inferred by the surrounding circumstances«. ²⁰² I det omfang det måtte antages, at der til en patentlicensaftale er knyttet en stiltiende forpligtelse for licenstagere til at undlade at begære patentet omprøvet m.v., bør dette således i sig selv føre til aftalens anmeldelse med henblik på fritagelse i så henseende. I det omfang dette ikke er sket, vil licensgivers påberåbelse af en sådan forpligtelse over for licenstagere være i strid med Krl § 6, stk. 1. Den *direkte virkning* af de konkurrenceretlige regler er således *afskaffelsen af stiltiende ikkeangrebsklausuler*: En ikkeangrebsklausul forudsætter anmeldelse; anmeldelsen indebærer et krav om at vilkåret ekspliciteres.

3.4.4. *Delkonklusion: Ikkeangrebsklausuler og statusorienteringen i dansk ret*
I indledningen til dette kapitel identificeredes en række hensyn af kontraktuel og statusmæssig karakter, som knytter sig til vurderingen af ikkeangrebsforpligtelser. Det primære, *kontraktuelle* hensyn er respekten for en indgået aftale og gensidig hensyntagen i forbindelse med aftalens afvikling. I metodisk henseende indebærer dette en vurdering af parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser formuleret som et krav om ligevægt derimellem. *Statusorienteringen* viser sig i metodisk henseende ved, at det partsrelaterede balancehensyn nedtones til fordel for den samfundsmæssige interesse. For ikkeangrebsklausuler består disse hen-

202. *Bellamy & Child* (1993), §§ 2-015 ff. Se også *Fejøl* (1997b), p. 37f.

Kap. 5. Overdragelse af rettigheder – patentlicensaftaler

syn bl.a. i sikringen af den grundlæggende patentretlige balance i form af afskaffelsen af patenter, som ikke opfylder de patentretlige krav.

Gennemgangen af både dansk, tysk og amerikansk ret viste betydningen af de patentretlige hensyn for vurderingen. I takt med udbygningen af de patentretlige regler om almenhedens adgang til at angribe meddelte patenter, falder betydningen af, at licenstagere afskæres herfra. I både tysk og amerikansk ret kom hertil en traditionel ganske tæt konkurrenceretlig vurdering. I kraft af EU-konkurrenceretten og den nye danske Konkurrencelov har de konkurrenceretlige hensyn fået direkte betydning for vurdering også i dansk ret.

Resultatet af disse overvejelser i form af en almindelig accept af (udtrykkelige) ikkeangrebsklausuler er udtryk for en standardiseret (objektiveret) vurdering: Aftaleparternes adgang til at kontrahere vedrørende licenstagernes angrebsadgang beror ikke på aftalens konkrete indhold og fordeling af rettigheder og pligter, men på de almene hensyn, som er knyttet til aftaletypen. Aftaleforholdet fastlægges på baggrund af eksterne, objektive forhold og ud fra en opfattelse af, at aftalen skal medvirke til at realisere en række almene målsætninger, som ikke er snævert knyttet til parternes private interesser. Den retlige bedømmelse tager udgangspunkt i de almene hensyn, som er forbundet med parternes status (»licenstagere« og »-giver«) og ikke i aftalens indhold. Bedømmelsen af ikkeangrebsklausuler er således kendetegnet ved den *objektivering* og *instrumentalisering*, som udgør de centrale momenter i statusorienteringen.

4. Delkonklusion: Statusorienteringen og patentlicensaftaler

Den direkte konsekvens for patentlicensaftaler af den nye danske Konkurrencelov og princippet om EU-konformitet er, at den retlige regulering og kontrol er intensiveret. Resultatet af dette er, at aftalepraksis harmoniseres, og området for aftalefriheden præciseres på baggrund af almene hensyn. Det er aftaleparternes beskaffenhed, som er der centrale moment ved fastlæggelsen af aftalens retsvirkninger, og ikke aftalens indhold.

Karakteren af de overordnede hensyn har ændret sig over tid. De klassiske hensyn til teknologispredning og effektivitet præciseres i EU-retten af den generelle regionaliseringsmålsætning. Også den konkrete udmøntning af hensynene i relation til de enkelte aftalevilkår forandres løbende med den konsekvens, at grænserne for »aftalefriheden« set over tid varierer ganske meget. Aftaler om ikkeangrebsklausuler ansås på et

4. Delkonklusion: Statusorienteringen og patentlicensaftaler

vist tidspunkt for aldeles uønskelige, men tåles i dag. Prisaftaler og vilkår, som indebærer absolut områdebeskyttelse, er i dag uacceptable i EU-retten, men måske sådanne vilkår om nogle år vil blive betragtet som en helt naturlig del af en patentlicensaftale. Det er også muligt, at fremtidens praksis vil blive mere restriktiv, således at vilkår, som i dag almindeligvis anses for uproblematisk – f.eks. eksportforbud i aftaler vedrørende tredjelande – vil blive optaget på den »sorte liste«.

Den nuværende relativt liberale regulering er ikke udtryk for et ønske om en almen deregulering af området. Liberaliseringen beror dels på et ønske om at ligestille de europæiske virksomheder i konkurrencen med de amerikanske, dels på en opfattelse af, at harmoniseringen på det konkurrenceretlige område efterhånden har nået en sådan dybde og intensitet (den »fælles konkurrenceretlige kultur«), at aftaleparternes individuelle ønsker og forhold kan få øget plads i systemet. Til en »status« som aftalepart i henhold til en patentlicensaftale er der nu knyttet en videre adgang til at kontrahere om f.eks. angrebsretten end tidligere. Der lempes på reglerne, fordi man har en formodning om, at parterne vil kontrahere i den »rigtige retning«, dvs. således at aftalen virker til gavn for samfundet; og fordi man i modsat fald har et fintmasket kontrolsystem, som kan gribe ind med forbud.

Det karakteristiske for den kontraktsretlige vurdering af patentlicensaftaler er således, at parternes status har større betydning for retsstillingen end aftalens indhold. Det subjektive moment er ikke det centrale for retsanvendelsen. Bedømmelsen er *objektiveret* og *standardiseret* med henblik på at sikre, at licensaftalen medfører visse virkninger af samfundsmæssig karakter.

Aftaler om overdragelse af immaterialretligt beskyttede eksemplarer – konsumptionsprincippet

1. Konsumptionsprincippet

Temaet for det følgende er forholdet mellem rettighedshaver og erhverver i henhold til en aftale om køb af en immaterialretligt beskyttet genstand, f.eks. en bog, en patentbeskyttet genstand eller en mærkevare. Det immaterialretlige udgangspunkt i dansk ret er herved givet med *konsumptionsprincippet*, dvs. reglerne i bl.a. Ohl §§ 19 og 20 (ophavsretligt beskyttede værker), Ptl § 3, stk. 3, nr. 2 (patentret), og Vml § 6, stk. 1 (mærkevarer). Indholdet af reglerne er, at ved det første salg fra rettighedshaveren – eller med dennes samtykke – indtræder der *konsumption* med den virkning, at køber frit kan disponere over genstanden og f.eks. videresælge, udleje eller udlåne den. Det nærmere indhold af konsumptionen, og betingelserne herfor, kan ikke udledes af det almene princip, men må søges i lovgivningen. Der er her ganske store variationer, idet navnlig de ophavsretlige regler er detaljerede og komplicerede. Konsumptionsterminologien giver således ikke konkret vejledning, men bidrager dog til at give en fornemmelse for problemet og dets løsning.

I *retsteknisk* henseende har den almindelige, lovhjemlede konsumptionsmodel væsentlig betydning. Dette træder navnlig frem, hvis man, som det skal ske nedenfor, sammenligner retsstillingen i Danmark med retsstillingen i lande, der som bl.a. England og USA ikke anvender den principielle tilgangsvinkel, som konsumptionsprincippet indebærer, men baserer sig på en aftalemodel (»implied license«). Med konsumptionsreglerne opstilles således en retlig ramme til brug for bedømmelsen

af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. Konsumptionsreglerne er på den måde udtryk for den opfattelse, at salget af en immaterialretligt beskyttet genstand er særligt, samt at de særlige hensyn ikke kan håndteres inden for en traditionel kontraktsretlig ramme.

Konsumptionsterminologien bidrager som sagt ikke til at fastlægge det nærmere indhold af de konkrete balancefaktorer, men viser blot tilbage til en afvejning på baggrund af almene hensyn. Ved den nærmere udformning af konsumptionsreglerne formuleres disse hensyn i relation til den enkelte transaktion, idet konsumptionsvirkningen udløses *automatisk*, når de relevante betingelser er opfyldt, herunder især kravene om salg, samtykke og et konsumptionsbærende område. Konsumptionsprincippet kan herved siges at have karakter af en »immaterialretlig« regel. Beskrivelsen af konsumptionsreglerne som immaterialretlige rammer noget centralt ved konsumptionsprincippet, som det er udviklet i tysk ret og optaget i dansk ret. I systematisk henseende har konsumptionsreglerne således karakter af internaliserede¹ indskrænkninger i den almindelige spredningsret, som er tillagt rettighedshaver. I den tyske (og danske) tradition er udviklingen i den forbindelse gået i retning af en meget vidtfavnende eneret (spredningsret), som navnlig ikke bringes til ophør ved salget af eksemplaret. Konsumptionsdiskussionen forudsætter således, at den sekundære spredning, som erhverver ønsker at iværksætte, i udgangssituationen er omfattet af rettighedshavers eneret.²

Opfattelsen af konsumptionsreglerne som et immaterialretligt princip er imidlertid også farlig og til dels misvisende. Konsumptionsprincippet viser, som sagt, blot tilbage til en række almene hensyn, som via princippet internaliseres i immaterialretten. Disse hensyn er ikke nødvendigvis »immaterialretlige«. Immaterialretlige hensyn forekommer naturligvis, navnlig hensynet til rettighedshaverens belønning og kontrol, men henvisningen til interessernes immaterialretlige karakter kan navnlig ikke anvendes til at censurere visse momenter fra afvejningen. Som det skal vises nedenfor, består konsumptionsprincippets styrke netop i, at kredsen af hensyn fastlægges dynamisk i takt med udviklingen i de almene

1. Se generelt om internalisering hos *Schovsbo (1996a)*, f.eks. p. 12 og om konsumptionsreglerne som udtryk for internalisering hos *Rognstad (1999)*, p. 113f.

2. I visse retssystemer har udviklingen traditionelt ikke ført til en bred spredningsret à la den tyske model. Der er der derfor heller ikke opstået et behov for et »konsumptionsprincip«. I stedet har man via aftaler oparbejdet systemer, som både begrænser beskyttelse via »implied terms« o.lign., dels muliggør en aftalebaseret udvidelse af beskyttelsen. Se om engelsk og amerikansk ret nedenfor og om fransk ret (*droit de destination*) i denne forbindelse hos *Rognstad (1999)*, p. 134ff.

samfundsmålsætninger. Dette har navnlig været tydeligt inden for de seneste år med udviklingen af EU og det deraf følgende krav om *regionalisering*.

Markedsføringen og beslutningen om at afsætte et immaterialretligt beskyttet produkt har karakter af en immaterialretlig disposition: Den »*primære udnyttelse*«. Hvis tredjemand træffer beslutning om salg af egne produkter, som er identiske med rettighedshaverens, foreligger der en immaterialretskrænkelser. Konsumptionsreglernes kerneområde angår den udnyttelse, som iværksættes af erhverver (eksemplarejer) af et beskyttet eksemplar: Den »*sekundære udnyttelse*«. ³ Der tænkes i den forbindelse primært på dispositioner, som angår eksemplarejers *viderespredning* af eksemplaret. Herunder falder f.eks. adgangen til at videresælge eksemplaret eller at udleje eller udlåne det. Udenfor falder navnlig fremstilling af eksemplarer (kopier) og offentlig fremførelse. Konsumptionslærens tilknytning til spredningen af eksemplarer af beskyttede genstande betyder, at konsumptionsprincippet ikke har direkte betydning for *on-line-salg i elektronisk (digital) form*. ⁴ Retsstillingen i så henseende skal almindeligvis afgøres efter de (typisk) ophavsretlige regler, som angår fremførelse. I det følgende skal området ikke diskuteres direkte. Som det skal vises, har drøftelserne af konsumptionsprincippet imidlertid betydning også for den digitale handel.

1.1. Konsumptionsprincippets historiske baggrund i tysk ret:

»Eine schutzrechtsimmanente Interessengrenze«

Det teoretiske grundlag for udviklingen af konsumptionsprincippet blev leveret af *Josef Kohler* i slutningen af 1900-tallet med læren om »*Zusammenhang der Benutzungsarten*«, som i relation til patentretten blev formuleret således:

»Die Benutzung und Verbreitung der Patentprodukte, sei es, dass das Produkt oder das Verfahren patentiert ist, steht immer im *Zusammenhang mit der Herstellung*, sie ist eine Fortsetzung derselben, sie ist die weitere wirtschaftliche Entwicklung der in der Herstellung liegenden Patentausübung.« ⁵

3. Terminologien stammer fra *Koktvedgaard* (1970), p. 231, jf. *Blok* (1974), p. 22f.

4. *Blume m.fl.* (1998), p. 207f. og for en nøje gennemgang *Rognstad* (1999), p. 38ff. og 53ff.

5. *Kohler* (1902), p. 452. Argumentationen fandt generel anvendelse, jf. *Joos* (1991), p. 30-36. Se særligt om ophavsretten også *Rognstad* (1999), p. 37-40.

Af eneretten til fremstilling (»Herstellung«) deduceres eneretten til patentets anvendelse og spredning (»Verbreitung«). Med henblik på at begrænse virkningen af denne spredningsret, opstillede *Kohler* den regel, at patentretten udtømmes ved fremstillingen og spredningen af eksemplaret. Dette havde den konsekvens, at der med hensyn til sådanne produkter ikke kunne pålægges erhverver patentretligt virkende begrænsninger.⁶

Det er karakteristisk for princippet, at det udgør en begrænsning af rettighedshaverens eneret *inden for* immaterialretten. Konsumptionsprincippet er et immaterialretligt princip. Set i forhold til indholdet af aftalen mellem rettighedshaver og erhverver er virkningen af princippet, at vurderingen af aftalevilkårene for så vidt angår erhververs videre-spredningsret beror på de immaterialretlige regler og hensyn. Konsumptionsprincippets udgør en del af de immaterialretlige balancemekanismer. I historisk henseende træder denne sammenhæng yderligere frem, idet udviklingen af princippet indgik som led i en bevægelse i tysk ret mod formuleringen af en almindelig immaterialretlig spredningsret, dvs. en eneret, som omfattede også den udnyttelse af værket, som finder sted efter overdragelsen (den sekundære udnyttelse). *Kohler* indtog en central placering også i denne udvikling.⁷ Konsumptionslæren har set i det lys til dels karakter af en begrundelse for en sådan almindelig spredningsret. Konsumptionsprincippet indebærer således, at en række af de mere betænkelige konsekvenser af en almindelig spredningsret – f.eks. et immaterialretligt forbud mod videresalg – blev undgået. Resultatet af udviklingen blev en ganske kompliceret retsstruktur: En bred eneret kombineret med veldefinerede undtagelser.

Den videre udvikling af konsumptionsprincippet fandt sted i retspraksis i en række domme fra Reichgericht fra begyndelsen af 1900-tallet. Den første af disse var fra 1902 og angik patentretten (*Guajakol-Karbonat-sagen*). Fra patentretten bredte princippet sig i retspraksis hurtigt til at omfatte hele immaterialretten.⁸ I *Guajakol-sagen* hed det, at

6. *Kohler* (1902), p. 453 (punkt 1.d.). Aftaleretligt virkende begrænsninger er derimod mulige, jf. straks nedenfor.

7. *Joos* (1991), p. 30f.

8. Se for *ophavsretten* Reichgerichts dom af 16.6.1906, RGZ 63.394 (*Koenigs Kursbuch*) og for *varemærkeretten* *Kölnish Wasser* af 28.2.1902, RGZ 50/229 og *Mariani*, af 2.5.1902, RGZ 51/263. Se for en oversigt *Joos* (1991), p. 30-36 og – særligt om varemærkeretten – *Levin* (1990), p. 107ff. og *Schovsbo* (1996a), p. 132f.

1. Konsumptionsprincippet

»Das Patent schützt also die Ausnutzung der Erfindung durch den Patentinhaber in seinem inländischen Gewerbebetriebe. Besteht dieser Gewerbebetrieb in der Fabrikation und Verbreitung eines nach einem patentierten Verfahren hergestellten Produktes, besteht *die Wirkung des Patents* darin, dass im Inland niemand ausser dem Patentinhaber (und denjenigen Personen, die er dazu ermächtigt hat) das Produkt nach diesem Verfahren herstellen und in Verkehr bringen darf. Damit *erschöpft* sich aber auch *die Wirkung des Patentschutzes*. Hat der Patentinhaber unter diesem den Mitbewerb anderer Personen ausschliessenden Schutze sein Produkt hergestellt und in Verkehr gebracht, so hat er *die Vorteile genossen, welchen ihm das Patent gewährt* und damit sein Recht konsumiert. Das Patent räumt dem Patentinhaber nicht die Befugnis ein, Bedingungen vorzuschreiben, unter denen ein Verkehr mit seinem Produkte stattfinden soll. Will der Patentinhaber seinen Abnehmern derartige Bedingungen auferlegen, so ist er daran nicht verhindert; allein sein Recht hierzu entspricht lediglich aus der *allgemeinen Vertragsfreiheit*, nicht aus der ausschließlichkeit seines Patentrechtes«.⁹

Som det fremgår, er afgørelsen ingen ukritisk videregivelse af Kohlers lære om »Zusammenhang der Benutzungsarten«. Reichgericht nedtonede navnlig betydningen af eneretten til fremstilling (»Herstellung«) og fremholdt i stedet eneretten til markedsføring (»ersten Inverkehrbringen«) som det centrale moment. Afgørende for, om der indtræder konsumtion, er således ikke blot, at produktet er fremstillet af patenthaveren selv (eller med hans samtykke), men også at den første markedsføring er foranstaltet af patenthaveren.¹⁰ På den anden side gælder, at

9. RGZ 51, 139 (1902), p. 140f. kursiveret her. Dommen har fortsat stor betydning, se således som udtryk for en nyere formulering Bruckhausen hos Benkard (1993), PatG § 9 Rdn 17: »... Die Rechtmacht aus dem Patent reicht nicht so weit, daß der Patentinhaber bei Gegenständen, die er selbst – oder ein Dritter mit seiner Zustimmung – in den Verkehr gebracht hat, die Art und Weise des weiteren Verkehrs mit diesen Gegenständen rechtlich beeinflussen könnte ... Das patentrecht setzt den Patentinhaber in den Stand, allein darüber zu bestimmen, ob seine geschützte Vorrichtung oder das ihm geschützte Verfahrenserzeugnis in den Verkehr gelangen soll ... Als begründung für diesen 'Rechtverlust' wird angeführt, der Berechtigte habe alle Vorteile seines Rechts genossen, oder durch den Verkauf der geschützten Vorrichtung den Lohn für seine Erfindung erhalten.« (henvisninger udeladt). Se fra senere retspraksis BGH dom af 26.9.1996, Prospekthalter, GRUR Int. 1997.629, der under henvisning til den traditionelle begrundelse bekræftede konsumtionslæren i lyset af TYPtI af 1981.

10. Heri lå en styrkelse af patenthavers beføjelser, idet det afgørende tidspunkt blev rykket frem mod den endelige overdragelse. Ændringen imødegik endvidere en del af den kritik, som Kohlers lære og henvisningen til lovligheden af »fremstillingen« var blevet mødt med. En af konsekvenserne af Kohlers model var således, at der indtrådte konsumtion også for så vidt angik *stjålne* (men af patenthaveren

dersom der foreligger de krævede momenter (»markedsført« indenfor et konsumptionsbærende område), så indtræder konsumptionen automatisk. Konsumptionsvirkningen er en *funktion* af markedsføringsomstændighederne og kan ikke fravælges af aftaleparterne. Samtidig hermed skærpede domstolen begrundelsen for konsumptionsprincippet: Gennem eneretten til den første markedsføring har patenthaver nydt godt af den fordel, som patentsystemet tildeler ham for at opnå en belønning.¹¹ I principiel henseende bekræftede dommen hermed *Kohlers* opfattelse af konsumptionen som et »immaterialretligt princip«.

Som en konsekvens af konsumptionsprincippets immaterialretlige stilling anses princippet i tysk ret som *præceptivt*. Fastlæggelsen af den objektive ret – immaterialrettens »indhold« – kan ikke underkastes »der manipulation der Parteiwillen ... da diese Grenzziehung Ausdruck einer grundsätzlichen Interessenabwägung ist«.¹² »Die Erschöpfungsregel ... ist zwingenden Rechts«.¹³ Fastlæggelsen af det immaterialretlige forhold mellem rettighedshaver og eksemplarejer beror på de samfundsmæssige hensyn, som de er kommet til udtryk i den immaterialretlige regulering.¹⁴ Det nærmere indhold af »præceptiviteten« er imidlertid ganske kompliceret. Præceptivitetet er således ikke til hinder for en overdragelse af eneretten (»Rechtsübertragung«), herunder for visse opdelinger af udnyttelsesrettigheder med den (»immaterialretlige«) konsekvens, at en markedsføring ikke udløser konsumption.¹⁵ Hertil kommer, at den præceptivitet, hvorom der tales, alene tager sigte på dispositioner med *immaterialretlig* virkning. En aftale, som f.eks. pålægger erhverver af et op-havsretligt beskyttet produkt ikke at sprede dette gennem udlån, er således ikke ugyldig, selv om det utvetydigt fremgår af den immaterialretlige konsumptionsregel, at retten til bl.a. udlån konsumeres ved salget. Af konsumptionsreglen – og dennes »præceptivitet« – følger alene, at en tilsidesættelse af aftalevilkåret ikke anses som en immaterialretskræn-

selv fremstillede) produkter, jf. *Joos* (1991), p. 27. Henvisningen til den første markedsføring som det afgørende moment udelukker bl.a. dette.

11. Ud over henvisningen til patentretten bemærkede domstolen, at en adgang for patenthaver til at fastlægge de nærmere vilkår for udnyttelsen af patentets genstand efter markedsføringen ville lede til en urimelig belastning af omsætningen (»Verkehrssicherung«).
12. *Strohm* (1971), p. 136. Tilsvarende *Blok* (1974), p. 26. Se også *Kohler* (1902), p. 454.
13. *Reimer* (1972), p. 227 om reglen i TYOhl § 17, stk. 2.
14. Se hertil *Strohm* (1971), p. 133-140
15. *Reimer* (1972), p. 224: »Die dinglich wirkende Beschränkung der Rechtübertragung führt zu einer entsprechenden Beschränkung der Erschöpfungswirkung.«

kelse. Dermed er imidlertid ikke sagt, at tilsidesættelsen af aftalevilkåret ikke udgør en *aftaleretlig* krænkelse. Forskellen mellem de to situationer består navnlig i, at en immaterialretskrænkelser kan håndhæves i forhold også til tredjemand, som ikke kendte til aftalen, hvorimod en blot aftaleretligt virkende begrænsning almindeligvis blot har virkning for aftalens parter. Gyldigheden af de aftaleretligt virkende begrænsninger skal bedømmes efter de almindelige aftaleretlige regler og konkurrenceretten. Indholdet af konsumptionsprincippet er således ikke i sig selv at udelukke aftalevilkår, som hindrer erhververs viderespredning. For vilkår, som »strider« mod konsumptionsprincippet, indebærer princippet blot en afsvækkelse af de retsvirkninger, som er knyttet til vilkårets håndhævelse.

Udgangspunktet i form af en sondring mellem ophavsretligt og blot aftaleretligt virkende begrænsninger er i principiel henseende suspekt, jf. herved ovenfor om TYKrl § 17. Den nærmere udmøntning af sondringen har da også givet anledning til ganske omfattende diskussioner om, hvilke begrænsninger der rent faktisk bør have tinglig virkning – dvs. således at begrænsningen kan gøres gældende i forhold til tredjemand – og hvilke der blot bør have obligatorisk – aftaleretlig – virkning. Som begrænsninger med *ophavsretlig* virkning accepteres begrænsninger angående »den *Umfang* des Verbreitungsrechts«. Herunder falder de begrænsninger, som er nævnt i TYOhl § 32: »Das Nutzungsrecht kann *räumlich, zeitlich* oder *inhaltlich* beschränkt eingeräumt werden.«¹⁶ Disse forhold har det til fælles, at de angår rettighedshaverens betingelser med hensyn til omstændighederne i forbindelse med den *første* markedsføring; valget af »*Absatzweg*«. *Uden for* ophavsretten – og med blot aftaleretlig virkning – falder begrænsninger i henseende til omstændighederne i forbindelse med udnyttelsens »*Art und Weise*«. ¹⁷ Forholdet mellem rettighedshaverens »samtykke« med hensyn til valg af den første markedsføring (»*Umfang*« – § 32, jf. § 17, stk. 2) og begrænsninger med hensyn til den *efterfølgende* omsætning (»*Art und Weise*«) er behandlet af den tyske højesteret i navnlig *Heilingenhof*-dommen af 28.11.1958 (GRUR 1959.200 komm. *Pfennig*) og *Schallplattenvermietung*-dommen af 6.3.1986 (IIC 1987.834 komm. *Hubmann*).

De praktiske konsekvenser af den tyske opfattelse af adgangen til overdragelse med »ophavsretlig« virkning er ganske betydningsfulde. Man har således bl.a. accepteret, at aftaler om udnyttelse af et værk i udlandet begrænses til det pågældende lands territorium med den konsekvens, at retten til værket ikke anses for konsumeret i henseende til TYOhl § 17, stk. 2: *Opdelte forlagsrettigheder*. Den ledende afgørelse er fortsat dommen fra den tyske højesteret af 21.3.1985 (*Schallplattenimport II*). Højesteret fandt her, at en tysk pladeproducent kunne hindre import til Tyskland fra Portugal af gramfonplader, som var markedsført i Portugal af en virksomhed, som var

16. Min kursivering. Se nærmere navnlig *Hubmann*, IIC 1987, p. 840.

17. *Reimer* (1972), p. 224 og *Loewenheim* hos *Schricker* (1987), § 17 Rdn 9. Se også *Vinck* hos *Fromm/Nordemann* (1994) § 17, især Rdn. 7.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

økonomisk forbundet med den tyske rettighedshaver. Retten begrundede resultatet således:

»The principle of exhaustion ... states that the holder of the right, through his own exploitation activities, uses up and thereby exhausts the exclusive rights of exploitation granted to him by law ... However, the issue of an exploitation of the domestic right of distribution and hence the release into the domestic market can only arise if the holder of the right *himself* distributes in the domestic market, or *allows* such a distribution by a third party. According to the precedents set by this Court, under German copyright law an authorized putting into circulation abroad of the record is not sufficient, if the foreign licensee is only granted the relevant copyright permission restricting its application to foreign countries ... *Solely determinative is whether the record has been distributed with the consent of the owner of the right of distribution of the area within the jurisdiction of the Act.*«¹⁸

I dansk ret er man, som det skal vises, traditionelt meget tilbage for denne konklusion, som er blevet anset for at stride mod princippet om global konsumption. Forskellen i henseende til bedømmelsen af de aftalemæssige forhold har ganske vide implikationer også for *begrebsfastlæggelsen*. For dansk ret angives det traditionelle ophavsretlige udgangspunkt som »globalkonsumption«. For tysk ret har beskrivelsen af udgangspunktet for tysk ophavsretlig konsumption som »global« – jf. *Blok*¹⁹ – eller »national« – jf. *Loewenheim*²⁰ – på grund af accepten af aftalemæssige begrænsninger mere principiel end praktisk betydning. *Loewenheims* bemærkning i den forbindelse er træffende og væsentlig: »Eine internationale Erschöpfung ist zwar nicht ausgeschlossen, scheint aber praktisch keine nennenswerte Rolle zu spielen.«²¹

Opfattelsen af konsumptionsprincippet som et immaterialretligt princip i form af en begrænsning af spredningsretten nødvendiggjorde, som det er fremgået, allerede tidligt udviklingen af en forbindelse mellem de almene immaterialretlige hensyn og de særhensyn, som knytter sig til overdragelsen af eksemplarer af immaterialretligt beskyttede produkter.

18. IIC 1986.259, p. 261 (GRUR Int. 1985.924), min kursivering. Tilsvarende i dom af 27.2.81, *Schallplattenimport I*, BGHZ 80, 101, hvor BGH begrænsede dette fsva. EU-omsætning. BGH afviste i dommen udtrykkeligt en dogmatisk begrundelse baseret på territorialitetsprincippet og henviste i stedet til ophavsmandens adgang til at realisere sin gevinst. I dom af 28.10.87, *Schallplattenimport III*, GRUR Int. 1988.373, udtalte BGH, at der gælder en formodning for en territorial opdeling i forbindelse med aftaler om fonogramfremstilling. Adgangen til opdelte rettigheder gælder ikke for *national* omsætning, jf. *Loewenheim* hos *Schricker* (1999), UrhG § 17 Rdn 18.

19. *Blok* (1974), p. 200 m. henv.

20. *Loewenheim* (1996), p. 309.

21. *Loewenheim* (1996), p. 209, og p. 216: »Insofern hat sich durch die Richtlinien [se om EU-direktiverne nedenfor] und deren Umsetzung gegenüber der früheren Situation nichts geändert ...«

Som de *almene hensyn*, som medgår i dén interesseafvejning, nævner man i tysk ret gerne følgende: Ejendomsretsteorien (»Eigentumstheorie«), hensynet til omsætningens sikkerhed (»Verkehrssicherungstheorie«) og belønningsteorien (»Belohnungstheorie«).²²

Ejendomsretsteoriens udgangspunkt er, at der består en retssystematisk modsætning mellem den (ejendoms)ret til genstanden (f.eks. en bog) som tilkommer ejer (jf. BGB § 903), og den (ophavsret)ret til (bog)-værket, som tilkommer ophavsmanden. Konsumptionsprincippet forklares i den forbindelse som en konsekvens af, at ejendomsretten »tilsidesætter« ophavsretten (immaterialretten).²³

Omsætningsteorien begrundes konsumptionsprincippet under henvisning til hensynet til den tredjemand, som i god tro med hensyn til eventuelle rådighedsbegrænsninger i forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer anskaffer eksemplaret. Konsumptionsprincippet hindrer immaterialretligt virkende begrænsninger i erhververs spredningsret og medvirker således til klarhed og sikkerhed i omsætningen.

Ifølge *belønningsteorien* indtræder konsumptionen, fordi immaterialretten ved markedsføringen har opfyldt sit formål og skaffet rettighedshaveren en belønningsmulighed.

Af de nævnte tre hensyn fremhæves navnlig *belønningslæren*. Som det skal vises nedenfor, har disse hensyn – navnlig belønningslæren – undertiden truet med at overskygge den bagvedliggende almene afvejning af hensyn.

Kombinationen af den principielle ramme og udmøntningen af konsumptionsprincippets enkelte elementer i retspraksis har medført, at man i tysk ret har sondret ganske hårdt og principielt mellem de forskellige *rettighedstyper* med hensyn til den konkrete fastlæggelse af konsumptionens indhold. Det bedste eksempel på dette er nok bedømmelse af betydningen for konsumptionen efter tysk ret af, at produktet første gang er bragt i omsætning *uden for Tyskland* (»parallelimport«). Parallelimportspørgsmålet vil blive gjort til genstand for nærmere drøftelser ne-

22. En god illustration af den tyske argumentation findes hos Reimer (1972), p. 225-227. Se også Joos (1991), p. 51ff. og Loewenheim hos Schricker (1999) UrhG § 17 Rdn 36.

23. Teorien havde tidligere stor betydning, se f.eks. RGZ 63.394 (Koenigs Kursbuch) med fremhævelse af den selvstændige betydning af BGB § 903. Teorien er med sit udgangspunkt i en kollision baseret på »genstanden« for ejendomsretten og immaterialretten uanvendelig. Konflikten mellem »ejer« og »rettighedshaver« dækker imidlertid over en række meget væsentlige og reelle *interessemodsatninger*, herunder bl.a. spørgsmålet om parallelimport, som skal drøftes nedenfor.

denfor. Her skal de traditionelle tyske positioner blot ridses kort op med henblik på et par mere principielle betragtninger.

I relation til *patentretten* begrænsede såvel *Kohler* som *Reichgericht i Gujakol-sagen* konsumptionsprincippet til indenlandsk omsætning. Den patentretlige konsumption er med andre ord traditionelt blot national.²⁴ For *varemærkeretten* derimod var udgangspunktet global konsumption.²⁵ Udgangspunktet var i begge tilfælde konsumptionsprincippet, men de samfundsmæssige hensyn talte – efter dagældende opfattelse – til fordel for en lagt stærkere patentretlig belønning end en varemærkeretlig. Som det skal vises nedenfor, har både det retlige og det faktiske grundlag for diskussionen ændret sig afgørende i løbet af de seneste år. På dette sted bemærkes blot, og for det første, at konsumptionsprincippet som *metode* ikke indebærer en ensretning af resultatet. Dernæst, og for det andet, at konsumptionsprincippet med fokuseringen på »samtykke« og markedsføringssted muliggør en meget nøje justering af retsfølgen (konsumption) på baggrund af de almene hensyn. Heri består den primære fordel ved den principielle tilgangsvinkel til forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer, som tysk ret er udtryk for.

1.1.1. *Sammenfatning: Konsumptionsprincippet i klassisk tysk ret*

Konsumptionsprincippet har i tysk ret karakter af en immaterialretlig balancemekanisme. Princippet forudsætter en bred spredningsret og udgør forudsætningen for etableringen af samme. Konsumptionsprincippet tjener til at afgrænse den immaterialretlige eneret og angiver dermed grænserne for rettighedshavers beføjelser i kraft af immaterialretten. Grænserne skal i den forbindelse drages således, at de hensyn, som er knyttet til det immaterialretlige system, tilgodeses, uden at de fordringer, som den almindelige omsætning m.v. opstiller, overses.

1.2. **Konsumptionsreglernes udvikling i dansk ret: Et overblik**

De *danske* (nordiske) konsumptionsregler er udviklet efter tyske forbilled,²⁶ dvs. som begrænsninger af spredningsretten, der udløses i kraft af visse nærmere beskrevne dispositioner over genstanden. Med henblik på at konkretisere den senere diskussion, og for at antyde nogle strømninger i den nyere udvikling i relation til konsumptionslæren, gives i det

24. Se nærmere *Kohler* (1902), p. 452, jf. 456ff.

25. Ophavsretten indtog i traditionel tysk ret en mellemposition.

26. *Koktvedgaard* (1970), p. 228.

følgende et kortfattet overblik over udviklingen i konsumptionsreglerne i en række udvalgte danske love.

1.2.1. Ophavsretten

For ophavsretten blev et almindeligt konsumptionsprincip først indført ved 1961-lovens § 23 (litterære og musikalske værker) og § 25 (kunstværker).²⁷ Den centrale bestemmelse i § 23, stk. 1, lød således:

»Når et litterært eller musikalsk værk er udgivet,²⁸ kan udgivne eksemplarer spredes videre eller fremvises offentligt. Dog kan musikallier ikke uden ophavsmandens samtykke spredes til almenheden gennem udleje.«²⁹

Det konkrete behov for en sådan lovhjemlet og principiel indskrænkning opstod ved formuleringen af indholdet af eneretten i lovens § 2, stk. 3, i form af en almindelig *spredningsret*.³⁰ Eneretten omfattede herefter situationer, hvor eksemplarer »udbydes til salg, leje eller lån eller på anden måde spredes til almenheden ...«. Bestemmelsen indebar isoleret set, at ophavsmanden nød beskyttelse mod, at eksemplarejer, f.eks. et bibliotek, udlånte eller på anden måde viderespredte eksemplaret. Med henblik på at *begrænse* virkningen af dette, herunder navnlig sikre bibliotekernes almindelige virksomhed,³¹ blev det fastslået ved § 23, at udgivne eksemplarer af litterære eller musikalske værker kunne spredes videre eller fremvises offentligt. Ophavsretten begrænses i relation til den sekundære udnyttelse. Konsumptionsreglerne fandtes da også i lovens

27. Se generelt om den historiske udvikling hos *Rognstad* (1999), især p. 33ff. Se nærmere om den danske Ohl af 1933 hos *Lund* (1933), p. 41f.

28. Et værk blev i medfør af § 8, stk. 2, anset for »udgivet«, når »eksemplarer af værket lovligt er bragt i handelen eller på anden måde spredt blandt almenheden«. Se nærmere om 1961-loven hos *Lund* (1961), p. 170ff.

29. Af stk. 2 fulgte, at konsumtionen i medfør af stk. 1 ikke indebar nogen indskrænkning i forfatterens ret til at modtage vederlag via bibliotekslovgivningen. Forbeholdet findes også i den nugældende lov, jf. dennes § 19, stk. 4. Se generelt om forholdet mellem det ophavsretlige konsumptionsprincip og bibliotekslovgivningen hos *Blume* (1999).

30. Forfatterbeskyttelsen efter 1933-Ohl indebar eneret til to former for offentliggørelse: 1) spredning af eksemplarer og 2) direkte fremføring for publikum af værker. Heri lå dog ingen generel spredningsret. Se således *Lund* (1933), p. 40-41, der på baggrund af lovens kasuistiske opbygning konkluderede, at forfatteren i henhold til den ret, som var hjemlet ved loven, ikke kunne »modsatte sig, at den, der paa lovlig Maade erhverver et Eksemplar af et udgivet Værk, udlaaner, udlejer eller udstiller dette Værk offentligt ...«

31. *Lund* (1961), p. 172f. m. henv. til ældre litteratur. Se også SOU 1956:25, p. 246.

kapitel II – »indskrænkninger i ophavsretten«. Af konsumptionsreglen fulgte en generel adgang for eksemplarejer til at videresælge, udlåne og udleje eksemplaret, idet virkningen dog var begrænset for så vidt angik udlejning af »musikalier« (dvs. noder).³² Den ret tilkom rettighedshaver, uanset den stedfundne overdragelse.

I takt med ophavsrettens øgede økonomiske betydning og den teknologiske udvikling opstod et behov for præcisering af konsumptionen. Denne kom i 1980-erne og 90-erne i form af særregler vedrørende musikværker³³ og filmværker (videogrammer) og edb-programmer.³⁴ Ændringerne indebar yderligere sondringer med hensyn til beskyttelsens objekt. Inden for gruppen »litterære værker« blev der således givet særregler for edb-programmer, idet der endog blev sondret yderligere mellem programmer, som forelå i »maskinlæsbar« (dvs. digital) form og programmer, som forelå i anden form. Hertil kom en yderligere specialisering baseret på karakteren af erhververs spredning (»leje« og »udlån«). Adgangen til videresalg blev ikke berørt. I sin endelige udformning lød § 23, stk. 1 og 2, således:³⁵

»Stk. 1. Når et litterært eller musikalsk værk er udgivet, kan de udgivne eksemplarer spredes videre eller fremvises offentligt. Et eksemplar af et edb-program må dog spredes videre til almenheden, når eksemplaret med ophavsmandens samtykke er solgt eller på anden måde overdraget til andre.

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 er det ikke tilladt uden ophavsmandens samtykke til almenheden at sprede

- 1) eksemplarer af musikværker gennem udlejning eller
- 2) eksemplarer af edb-programmer gennem udlejning eller, hvis programmet foreligger i maskinlæsbar form, gennem udlån.«

Den nye tendens i lovgivningen var en begrænsning af konsumptionens indhold. Eftersom konsumptionsprincippet har karakter af en undtagelse til eneretten i § 2, kunne man beskrive tendensen som en isoleret set »styrkelse« af rettighedshaverens position. Denne beskrivelsen er imidlertid næppe dækkende. Ændringen var således en reaktion mod den risiko, som den nye teknologi indebar for en udhuling af den ophavsretlige eneret i kraft af bl.a. adgangen til kopiering af udlejede eller udlånte

32. Lund (1961), p. 172.

33. L 274/6.6.1985, FT 1985-85 A sp. 1979ff.

34. Jf. hhv. L 378/7.6.1989 (filmværker og edb-programmer), FT 1988-89 A sp. 3197ff. og L 1010/19.12.1992 (edb-programmer), FT 1992-93 A sp. 1945ff.

35. Jf. LBK 1170/21.12.1994, som blev ophævet ved den nugældende lovs ikrafttræden den 1.7.1995.

eksemplarer. Begrundelsen for indgrebene var et ønske om at justere afbalanceringen i lyset af den teknologiske og kommercielle udvikling.³⁶ For især *edb-programmer* illustrerer udviklingen den nøje sammenhæng mellem den ophavsretlige genstandslære og konsumptionsprincippet. Konsumptionsprincippet står helt centralt i det ophavsretlige system. Med konsumptionsreglerne varetages ikke alene *almenhedens* interesse i viderespredning, men også *rettighedshaverens* interesse i øget kontrol.

Den teknologiske udvikling udgør fortsat en væsentlig udfordring for den moderne ophavsret. Den seneste – og igangværende – fase af tilpasninger af konsumptionsreglerne er imidlertid domineret af de *regionale hensyn*. EF-domstolen havde tidligt gjort det klart, at konsumptionsproblematikken har en væsentlig fællesskabsretlig dimension vedrørende *grænseoverskridende* transaktioner (se nedenfor), men med vedtagelsen af edb-direktivet i 1991 (91/250/EØF) – gennemført i dansk ret ved L 1010/19.12.1992 – blev den EF-retlige påvirkning via *regelharmonisering* af konsumptionsproblematikken langt mere intens end tidligere. De teknologiske og regionale strømme løb sammen og udgør tilsammen udfordringen for den moderne ophavsret. Den EF-retlige påvirkning af konsumptionsreglerne fortsatte med *leje-lånedirektivet* fra 1992 (92/100/EØF), som blev gennemført i forbindelse med den lovrevision, som ledte til den nugældende Ophavslov. Direktivet indebar bl.a. et almindeligt forbud mod *udlejning*,³⁷ hvortil kom væsentlige regler om konsumptionens *territoriale* udstrækning i forhold til tredjelande. Ved loven ændredes samtidig udgivelseskriteriet til et generelt *salgskriterium*, og konsumptionsreglerne blev opdelt efter udnyttelsesarter i stedet for værkskategorien, således, at § 19 angår spredningsretten og § 20 visningsretten. § 19 lyder nu i sin helhed:

»Stk. 1. Når et eksemplar af et værk med ophavsmandens samtykke er solgt eller på anden måde overdraget til andre, må eksemplaret spredes videre.

Stk. 2. Uanset bestemmelsen i stk. 1 er det ikke tilladt uden ophavsmandens samtykke til almenheden at sprede eksemplarer af værker gennem udlejning. Dette gælder dog ikke for bygningsværker og brugskunst.

Stk. 3. Uanset bestemmelsen i stk. 1 er det ikke tilladt uden ophavsmandens samtykke til almenheden at sprede eksemplarer af filmværker og eksemplarer af edb-programmer i digitaliseret form gennem udlån. Dette gælder dog ikke,

36. Se hertil især bemærkningerne til 1985-ændringen, FT 1984-85 A, sp. 2007. Se om *videofilm* Betænkning 1000/1984, p. 25ff. Ved ændringen af § 23 ved 1989-ændringsloven blev der indført en adgang for erhverver til videresalg af videofilm. Retten til udlån og udleje krævede derimod rettighedshaverens samtykke.

37. Bortset fra bygningsværker og brugskunst, jf. Ohl § 19, stk. 2 *in fine*.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

når et eksemplar af et edb-program i digitaliseret form udgør en del af et litterært værk og udlånes sammen med dette.

Stk. 4. Bestemmelsen i stk. 1 medfører ingen indskrænkning i retten til at modtage afgift mv efter lov om biblioteksafgift.«

Konsumptionsprincippet indgår som et integreret led i den samlede afbalancering af de almene hensyn, som ophavsretten søger at tilgodese. Drivkraften bag ophavsretten udvikling er den *teknologiske* udvikling og *regionaliseringen*. Resultatet har været en kombination af en *ekspansion* i henseende til rettens indhold (spredningsrettens udbygning) og genstand (navnlig edb-programmer) og en øget *præcisering* (begrænsning) af indholdet af ophavsretten ved (bl.a.) konsumptionsreglerne.

1.2.2. Patentretten

Den patentretlige konsumption er hjemlet ved Ptl § 3, stk. 3, nr. 2, som efter lovændringen pr. 30.6.2000 ved Lov 412/31.5.2000 lyder således (se om §§ 3a og 3 b straks i det følgende):

»[Eneretten omfatter ikke] handlinger angående produkter, som af patenthaveren eller med dennes samtykke er bragt i omsætning her i landet eller i et andet land inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)«.

En konsumptionsregel blev først indført ved revisionen af Ptl i 1978.³⁸ I retsteknisk henseende har det patentretlige princip ligeledes karakter af en indskrænkning i en bredt formuleret eneret. Af § 3, stk. 1, nr. 1, fremgår således, at andre end patenthaveren ikke uhjemlet må »fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende et produkt, der er genstand for et patent, eller importere eller besidde produktet med et sådant formål«. Formuleringen af eneretten muliggør en fortolkning, hvorefter f.eks. eksemplarejerens videresalg af et beskyttet eksemplar udgør en krænkelse.³⁹ Med stk. 3, nr. 2, blev det imidlertid aldeles klart, at der tilkommer køber af et beskyttet produkt en almindelig adgang til videresalg, udlån, udleje osv. for så vidt angår produkter, som af patenthaveren selv eller med denne samtykke er bragt i omsætning i Danmark (nærmere straks nedenfor). Som det fremgår, er den patentretlige kon-

38. L 264/8.6.1978, FT 1977-1978 A sp. 1953ff. Bestemmelsen lød således: »Eneretten omfatter ikke ... handlinger angående produkter, som af patenthaveren eller med dennes samtykke er bragt i omsætning her i landet.«

39. Dette er dog nok tvivlsomt, jf. herved ordet »uhjemlet« og hertil Blok (1974), p. 23 (om formuleringen af § 3, stk. 1, som den fandtes i L 479/20.12.1967) og Koktvedgaard (1999), p. 225

sumption dermed bredere end den ophavsrettlige, idet også retten til udleje og udlån generelt er fri.

Patentlovgivningen havde ikke tidligere indeholdt en udtrykkelig konsumptionsbestemmelse, hvilket formentlig skyldtes, at spørgsmålet om eksemplarejeres dispositioner ikke tidligere havde givet anledning til tvivl.⁴⁰ Det var således forudsat ved udformningen af reglen i nr. 2, at reguleringen i både form og indhold havde karakter af en *kodifikation* af gældende ret.⁴¹ Den direkte anledning til optagelsen i loven af konsumptionsprincippet var imidlertid ikke ønsket om en kodifikation med henblik på at skabe klarhed over indholdet af gældende dansk ret. Baggrunden var ønsket om at forberede dansk patentret på gennemførelsen af *Fællesskabets Patentkonvention* (FPK). Konventionen blev aldrig gennemført,⁴² men ved lovændringen forberedtes systemet således på den kommende *regionalisering* af patenteretten.⁴³

Set i lyset af den regionale målsætning måtte det undre, at konsumtionen indtil ændringen ved L 412 udtrykkeligt var begrænset til produkter, som var »bragt i omsætning her i landet«. Det var således allerede i 1978 klart, at den patentretlige konsumption også indtrådte for så vidt angår produkter, som var markedsført første gang inden for Fællesskabets område (senere EØS-området). Dette fremgik da også af Bek 238/30.3.1994, § 1. Præciseringen af den regionale konsumption ved L 412 har således ikke karakter af en retsændring, men blot af en velkommen præcisering.

40. Spørgsmålet blev drøftet i NU 1963:6, p. 148f., hvor erhververs udnyttelsesret diskuteredes både på baggrund af en aftalekonstruktion og under henvisning til det tyske konsumptionsprincip, uden at det præciseredes, hvilken model der måtte anses for bærende.

41. Se *Koktvedgaard* (1970), p. 231, *Blok* (1974), p. 23, bemærkningerne til lovforslaget, FT 1977-78 A sp. 2020 og *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 116.

42. Arbejdet med en europæisk patentkonvention videreførtes som »Aftalen om EF-patenter«, som omfattede EF-Patentkonventionen samt en række protokoller, jf. herved *Koktvedgaard* (1999), p. 24f. Heller ikke dette arbejde ledte til noget konkret. Udviklingen går nu i en anden retning, jf. det nu foreliggende forslag af 1.8.2000 til *forordning om EF-patenter* (KOM(2000)412) og om baggrunden herfor kommissionsmeddelelsen »Patentering som innovationsfremme – Opfølgning af grønbogen om EF-patentet og det europæiske patentsystem« fra februar 1999, hvor også et direktiv vedr. edb-programmer annonceredes. Med henblik på en evt. fremtidig vedtagelse af EF-PK fandtes tidligere en særlig regel i Ptl § 3, stk 4. Bestemmelsen blev ophævet pr. 30.6.2000 ved L 412. Der er ikke længere grund til at forberede sig på EF-PK.

43. Regionaliseringen af patenteretten var allerede på det tidspunkt stærkt fremskreden via *EF-domstolens* praksis, jf. herved *Blok* (1974) og *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 118f.

Den *regionale* ramme har således tidligt præget udformningen af de patentretlige regler om konsumption. I den seneste udvikling er – også her – den regionale strøm løbet sammen med den (*bio*)teknologiske. I forbindelse med gennemførelsen af *bioteknologidirektivet* (98/44/EF) i dansk ret ved L 412 er patentlovens konsumptionsbestemmelser således blevet ændret ved §§ 3a og 3b med henblik på de bioteknologiske spørgsmål.

I relation til *bioteknologisk materiale* (»produktpatenter«) består den særlige vanskelighed i, at produktet på grund af sin karakter kan reproducere sig selv. Hermed opstår et særligt konsumptionsproblem i forbindelse med afgrænsningen af eneretten i forhold til de såkaldte *fremtidige generationer*. Udgangspunktet er herved givet med Ptl § 3a, stk. 3,⁴⁴ som præciserer det almindelige princip i § 3, hvorefter eneretten omfatter enhver industriel (re)produktion.⁴⁵ Patentretten til f.eks. en genmodificeret plante indebærer således eneretten til det formeringsmateriale, som måtte fremkomme i forbindelse med den almindelige dyrkning af planten. Problemet består i, at der ofte er knyttet væsentlige interesser til adgangen til at foranstalte en (videre)formering. Set ud fra en vis betragtning kunne man hævde, at der heri ikke bestod et »konsumptionsproblem«, idet konsumptionsprincippet alene angår spredningsretten og ikke – som her – retten til fremstilling af eksemplarer. Argumentet bør ikke have betydning, jf. ovenfor, hvorefter man ikke på baggrund af formelle betragtninger om konsumptionsprincippets natur kan udlede noget konkret, og tankegangen har da heller ikke hindret, at spørgsmålet er søgt løst via de patentretlige konsumptionsregler. Fra det almindelige udgangspunkt i § 3 gøres således to typer undtagelser med hensyn til materiale, som er markedsført på en medlemsstats område af patenthaveren selv eller med denne samtykke:

- 1) Eneretten omfatter ikke tilfælde, hvor reproduktionen eller formeringen er foretaget som et *nødvendigt led* i den anvendelse, hvortil det biologiske materiale er markedsført, forudsat at det fremstillede materiale ikke efterfølgende anvendes til yderligere reproduktion (§ 3a, stk. 4, jf. direktivets artikel 10).

44. »Den beskyttelse, der er knyttet til et produkt, som indeholder eller består af genetisk information, omfatter ethvert materiale, hvori produktet indgår, og hvori den genetiske information er indeholdt og udøver sin funktion ...«

45. I bemærkningerne til lovforslaget hedder det, at en sådan »udvidelse« er nødvendig »for ikke at udvande patentretten og for at belønne opfinderen og tillige at tilskynde til innovation«. Se også direktivets præambel, punkt 46.

- 2) Eneretten omfatter (§ 3b, stk. 1 og 2, jf. direktivets artikel 11) ikke markedsføring af formeringsmateriale fra planter (stk. 1) eller avlsdyr eller andet animalsk reproduktionsmateriale (stk. 2), til *landbrugere*. Landbrugere har således tilladelse til at anvende deres eget høstudbytte til reproduktion eller formering på deres egen bedrift (jf. nærmere lige nedenfor). For avlsdyr gælder en tilsvarende ret til egne landbrugsformål, idet materialet dog ikke må sælges i forbindelse med eller med henblik på reproduktion i kommercielt øjemed.

Den første undtagelse minder om reglen i *Ohl* § 36, stk. 1, nr. 1, vedrørende edb-programmer. Til forskel fra i ophavsretten foreslås den »nødvendige reproduktion« imidlertid i patentretten reguleret via den tekniske konsumptionsbestemmelse og ikke indenfor en aftalemodel. Reglen må i øvrigt nok – og i modsætning til den ophavsretlige regel, jf. *Ohl* § 36, stk. 4 – anses som præceptiv.

Den anden undtagelse – *farmers' privilege* – kendes traditionelt inden for *planteforædlingsretten*. Slægtskabet til planteforædlingsretten træder da også tydeligt frem i § 3b, stk. 1 (plantemateriale), hvor der henvises udtrykkeligt til artikel 14 i Rfo 2100/94 af 27.7.1994 om EF-sortsbeskyttelse med henblik på fastsættelsen af omfanget af den tilladte reproduktion og de nærmere vilkår. Af nævnte artikel 14's stk. 3 fremgår bl.a., at der for udnyttelsen af frø til egen udsæd skal betales et »rimeligt vederlag« til rettighedshaveren. Bestemmelserne må i overensstemmelsen med formuleringen af artikel 14 anses for præceptive og har således nærmest karakter af en særegen *tvangslicensbestemmelse*. Det fremgår endvidere af artikel 14, at vederlaget skal være »betydeligt lavere end det beløb, der opkræves for en licens til produktion«⁴⁶ af det pågældende materiale. Vederlagsforpligtelsen påhviler dog ikke »*små landbrugere*«,⁴⁷ som altså gratis kan foranstalte den pågældende formering.

Uden at gå nærmere ind i de givetvis betydelige praktiske problemer, som disse regler vil lede til, kan det konstateres, at de konkrete hensyn, som de patentretlige konsumptionsregler skal varetage, ved disse bestemmelser har bevæget sig ganske langt i forhold til en traditionel patentretlig målsætning. De patentretlige konsumptionsregler har fået et tydeligt *regionalt* og *erhvervsstrukturelt* formål, idet reglerne må læses som udtryk bl.a. for EUs landsbrugs- og regionspolitiske interesser.

46. Se nærmere forordning 1768/95 af 24.7.1995, artikel 5.

47. Jf. herved forordning 1768/95 af 24.7.1995, artikel 7.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

For så vidt angår *fremgangsmådepatenter* er udgangspunktet, at konsumptionsreglen ikke giver køber adgang til at anvende et ikkepatenteret produkt i relation til en patenteret fremgangsmåde. En sådan ret kræver en særlig tilladelse, som dog efter omstændighederne vil kunne foreligge stiltiende, f.eks. hvis produktet ikke har anden anvendelsen end den patenterede fremgangsmåde. Se til spørgsmålet *Stenvik* (1999), p. 277 og om amerikansk ret *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-288f. For fremgangsmådepatenter følger endvidere af Ptl § 3, stk. 1, nr. 3, at eneretten omfatter fremstilling, import og besiddelse af produkter, der er fremstillet ved hjælp af en patenteret fremgangsmåde. Denne *indirekte produktbeskyttelse* omfatter dog ikke tilfælde, hvor der er anvendt en anden fremgangsmåde, idet der dog er en legal formodning herimod, jf. § 64a. Disse principper gælder også for fremgangsmåder til fremstilling af biologisk materiale, idet princippet om indirekte produktbeskyttelse i disse tilfælde også omfatter produktion på baggrund af materiale, som er fremstillet ved hjælp af den patenterede fremgangsmåde, jf. direktivets artikel 8, stk. 2.

1.2.3. Varemærkeretten

En udtrykkelig regel om den varemærkeretlige konsumption blev først optaget i Varemærkeloven i forbindelse med gennemførelsen af Varemærkedirektivet ved den nugældende Vml pr. 1.1.1992. Konsumptionsspørgsmålet havde ikke tidligere givet anledning til principielle problemer: »... man har anset det som en selvfølge, at mærkeindehaverens beføjelser er opbrugt (konsumeret) med den lovlige mærkning og markedsføring«. ^{48 49} Det nærmere indhold af den varemærkeretlige konsumption anses imidlertid i dag for et af immaterialrettens centrale og mest sprængfarlige emner og diskuteres som oftest under overskriften *parallelimport*. Dette skal ske nedenfor, punkt 4.

Konsumptionsreglen findes i Vml § 6, som gennemfører artikel 7 i Varemærkedirektivet:

»Stk. 1. Indehaveren af en varemærkeret kan ikke forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for De Europæiske Fællesskaber [dsv. EØS-området] under dette mærke.

48. *Koktvedgaard*, »Lærebog i immaterialret« (1. udgv. 1988), p. 227 m. henv. til Vml-betænkningen (199/1958), p. 100: »Når en vare af mærkeindehaveren selv eller af en anden med mærkeindehaverens samtykke bringes ud i omsætningen forsynet med varemærket, kan varemærkeretten ikke gøres gældende mod den, som videresælger den således mærkede vare. [i fodnoten tilføjes:] Denne regel har i praksis vist sig at have særlig betydning i agentvirksomhed, men rækker i og for sig videre.« Se også NU 1963:6, p. 149 og *Blok* (1974), p. 33.

49. Adgangen for eksemplarejeren til videresalg m.v. kunne endvidere udledes af § 4, stk. 3, i den tidligere gældende Vml (jf. Lbk 249/17.4.1989), jf. hertil *Koktvedgaard* (1970), p. 236.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis indehaveren har rimelig grund til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

Ifølge Vml § 4, stk. 1, indebærer varemærkeretten en eneret til erhvervsmæssig brug. Ifølge § 4, stk. 3, omfatter dette eneretten til bl.a. at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem med dette formål eller at udbyde dem til salg under det pågældende tegn (nr. 2). Ifølge nr. 3 falder også import og eksport af mærkevarer under eneretten.

Udviklingen i den varemærkeretlige konsumtionslære er stærkt præget af den *regionale udvikling*. I *Silhouette*-dommen fra 16. juli 1998 (sag C-355/96) forklarede EF-domstolen således, at henvisningen til, at markedsføringen skal have fundet sted inden for EØS-området skal forstås således, at markedsføring uden for dette område ikke indebærer, at der indtræder konsumtion for EØS-området. Den varemærkeretlige konsumtion er med andre ord *regional* og kun dette.

Den *teknologiske* udvikling har indirekte betydning for det varemærkeretlige område, idet udviklingen i kommunikationsteknologien har gjort reklame mulig på en hidtil uhørt intens og global facon. Hertil kommer, at den *kommercielle* udvikling – muliggjort af reklamen – har ført til en ny og meget intens udnyttelse af varemærker, bl.a. i form af trademark merchandising. Disse forhold har, som det skal vises, afgørende betydning for konsumptionsreglen i Vml, og udgør baggrunden for Varemærkedirektivet.

1.2.4. Sammenfatning: Konsumptionsprincippet i dansk lovgivning:

Teknologi og regionalisering

Gennemgangen af udviklingen af konsumptionsprincippet i dansk immaterialretlig lovgivning har vist, at den lovgivningsmæssige interesse for princippet er af nyere dato. Gennemgangen har endvidere vist en tendens til en stigende interesse for området, hvilket har ført til en stadig udvikling af konsumptionsreglerne i retning af øget præcisering af reglerne. De primære momenter bag denne udvikling er den *teknologiske* udvikling og den *regionale* markedsdannelse.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

Historisk og internationalt er det mest interessante alternativ til den (konsumptions)principielle løsningsmodel, som er udviklet i tysk ret og gennemført i bl.a. dansk ret, hvad der her kaldes den *kontraktuelle model*.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

Den kontraktuelle model omfatter bl.a. og navnlig traditionel *engelsk* og *amerikansk* ret.

Fransk ret og læren om *droit de destination* hører ligeledes hjemme i den kontraktuelle familie. Der er principielle og væsentlige forskelle mellem på den ene side den franske ophavsretlige tradition og regulering (»droit d'auteur«) og den anglo-amerikanske (»copyright«). Den sammenhæng, som angives ved den »kontraktuelle« beskrivelse, angår således ikke regelindholdet som sådant og i sin helhed, selv om forskellene nok er mindre, end de nogle gange gøres til. Sammenhængen tager her alene sigte på fastlæggelsen af forholdet ejer / rettighedshaver og er af *metodisk art*, idet det angår rammen til regulering af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. *Droit de destination*-læren og fransk ret skal ikke omtales yderligere. Begrundelsen for dette er, at den traditionelle franske lære ikke har samme betydning i dag som tidligere, idet der i fransk lovgivning findes regler om konsumtion for bl.a. patent- og varemærkeretten, jf. herved CDPI, Art. L-613-6 (patent) og L-713-4 (varemærker) og herom *Bonet m.fl.* (1997), p. 260f. og 336, *Pollaud-Dulian* (1999), §§ 523f. og 1314ff. og – om varemærkeretten også – *Schmidt-Szalewski* (1997), p. 37. Se særligt om parallelimport *Schovsbo* (1996a), p. 121-131. Inden for ophavsretten opretholdes det traditionelle princip med de modifikationer, som EU-retten kræver, jf. nærmere *Rognstad* (1999), p. 134ff.

2.1. Klassisk engelsk og amerikansk ret:

»Implied license« og »the first sale doctrine«

Det traditionelle *engelske* udgangspunkt kan illustreres med *National Phonograph*-sagen fra 1911, hvor Lord *Shaw* udtalte om forholdet mellem patenthaver og køber af en patenteret genstand, at:

»It is open to the patentee, by virtue of his statutory monopoly, to make a sale sub modo, or accompanied by restrictive conditions which would not apply in the case of ordinary chattels; ... the imposition of these conditions in the case of a sale is not presumed, but, on the contrary, a sale having occurred, the presumption is that the full right of ownership was meant to be vested in the purchaser while ... the owner's rights in patented chattel would be limited, if there is brought home to him the knowledge of conditions imposed, by the patentee or those representing the patentee, upon him at the time of sale.«⁵⁰

Der består således en *formodning* for, at køber opnår en ejers almindelige og uindskrænkede adgang til at disponere over genstanden i form af f.eks. videresalg – »the general doctrine of absolute freedom of dispo-

50. Lord *Shaw* of Dunfermline i *National Phonograph Co. Ltd. of Australia v. Menck* [1911] A.C. 336, p. 353. Et overblik over engelsk ret og »the principle of exhaustion« giver *Perrott* (1989).

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

sal«. ⁵¹ Dette er imidlertid blot udgangspunktet. Det står således parterne frit for at *aftale* de begrænsninger, som de måtte ønske. Sådanne begrænsninger skal respekteres af de senere led i en afsætningskæde, hvis de er »*brought home*« til (hver enkelt) køber. De vilkår, som fastlægges i aftalen mellem rettighedshaver og dennes køber, har ikke virkning for senere erhververe, *medmindre* vilkåret er »*brought home*« i forbindelse med salget. ⁵² Heri ligger en udvidet adgang til at pålægge senere erhververe begrænsninger, idet der ikke stilles krav om, at sådanne vilkår er vedtaget i aftaleretlig forstand, således at der foreligger en isoleret set gyldig aftale. Vilkaaret er »bragt hjem«, blot erhverver har kendskab til den foreliggende begrænsning. Er de formelle krav til denne »homebringing« opfyldt, er der intet til hinder for, at rettighedshaver pålægger begrænsninger i spredningsretten gennem afsætningskæden. En disposition, som foretages i strid med et sådant vilkår, anses som en *patentkrænkelse*. ⁵³ Den patentretlige tredjemandsvirkning er således formuleret inden for den kontraktuelle ramme gennem en særlig *vedtagelseslære* (dvs. bringing home) for aftalevilkår, der angår erhververs dispositioner over ting. ⁵⁴ Det tilkommer således parterne selv at fastlægge de immaterial-

51. Lord Shaw, p. 347 og 349. White (1999), p. 177 henviser i den forbindelse til den engelske købelov (Sale of Goods Act, sec. 12(2)), hvorefter sælger ved en »implied warranty« indestår for, at køber opnår »ejendomsret« til salgsgenstanden. Henvisningen hertil er naturligvis lige så tom som henvisningen i tysk ret til BGB § 903, jf. om »ejendomsretsteorien« ovenfor, 1.1.

52. En vis »konsumption« følger dog af, at rettighedshavers begrænsning skal have været gjort gældende senest i forbindelse med det *første salg*, for at kunne påberåbes i forhold til senere erhververe. I modsætning til i tysk ret – fsva. immaterialretligt virkende begrænsninger – er vedtagelsen i første led således kun en nødvendig, men ikke i sig selv tilstrækkelig betingelse for, at vilkåret kan gøres gældende i forhold til senere erhververe. Det samme gælder for videresalg: En »general licence« kan ikke ændres til en »limited licence«.

53. I *National Phonograph*-sagen fandt House of Lords således, at et aftalevilkår i en forhandleraftale, som havde til hensigt at opretholde minimumpriser og forhindre salg af andre producenters varer, og som ikke forpligtede videresælger aftaleretligt (idet aftalen måtte anses for ophørt), kunne gennemtvinges via *patentretten*. Se også *Incandenscent Light*, 12 RPC 262, fra 1895, hvorefter en aftalt begrænsning har patentretlig virkning, hvis »... a purchaser ... buys with the knowledge of the condition under which his vendor is authorized to use the patented invention ... Such conditions are not contractual but are incident to and a limitation of the grant of the licence to use ...«, citeret efter Lord Shaw, AC 1911.352.

54. Se nærmere hos Ulfbeck (2000), p. 153ff. om »The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999«, som muliggør håndhævelsen af visse *begunstigende* tredjemandsaftaler. Loven har ingen direkte betydning for de aftaler, som diskuteres her, som har til hensigt at pålægge tredjemand (køber) *begrænsninger*.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

retlige konsekvenser af deres aftale med hensyn til erhververs dispositioner over beskyttede genstande.

En del af baggrunden for forskellen mellem tysk og engelsk ret er, at traditionel engelsk patentret indrømmede patenthaver en mere begrænset (sprednings)ret end tysk ret. Af *National Phonograph*-sagen fremgår, at patentretten ifølge den relevante patentlov (lov af 1903 gældende for Commonwealth, Australia) omfattede en eneret »to make, use, exercise, and vend the invention ...«. ⁵⁵ Heri lå ikke en eneret også til den sekundære udnyttelse i form af f.eks. erhververs videresalg. Tankegangen er da den, at der tilkommer parterne en adgang til med »patentretlig« virkning at aftale en eneret til denne sekundære udnyttelse. Konstruktionen bliver herved ganske kompliceret, idet det følger af det almindelige aftaleretlige udgangspunkt, at aftaler med tredjemandsvirkning som udgangspunkt er utilstedelige (privity of contract), jf. *Ulfbeck* (2000), p. 33f. Herooverfor står, at der af patentretten »følger« en vis udvidet mulighed for at pålægge erhverver begrænsninger (»by virtue of [the] statutory monopoly«).

Ved at henvise til, at et ubetinget salg af en patenteret genstand indeholder en *implied licence* til købers almindelige råden – hvilken licens kan fraviges ved en udtrykkelig aftale – har House of Lords søgt en begrundelse for resultatet. House of Lords afviste i den forbindelse at søge en særlig *immaterialretlig* begrundelse.

Der var ellers god lejlighed i sagen til at søge en mere principiel ramme for løsningen. I dommen fra underinstansen – den australske High Court – var der således henvist til den amerikanske *first sale doctrine* og til princippet om, at patentretten som udgangspunkt udtømmes ved det første lovlige salg, hvorved genstanden »passes outside the limit of the monopoly«. ⁵⁶ Lord *Shaw* afviste denne lære under henvisning bl.a. til, at en køber af en genstand, under henvisning til dette *princip*, ville kunne befri sig fra eventuelle begrænsninger, som var pålagt ham i forbindelse med salget. Immaterialretten har ikke forrang frem for den almindelige kontraktsret. Som det skal vises i det følgende – *Davidoff*-dommen – har denne opfattelse holdt sig til i dag.

Lord *Shaws* frygt for *the first sale doctrine* var næppe velbegrundet. Princippet var udviklet i amerikansk retspraksis begyndende omkring århundredeskiftet.¹ I *Keeler v. Standard Folding-Bed* fra 1895 udtalte den amerikanske Supreme Court i relation til patentretten, at:

55. AC 1911.341.

56. AC 1911.348.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

»In the essential nature of things, when the patentee, or the person having his right, sells a machine or instrument whose sole value is in its use, he receives in consideration for its use, and he parts with the right to restrict that use. The article, in the language of the court, *passes without the limit of the monopoly*; that is to say, the patentee or his assignee having in the act of sale received all the royalty or consideration which he claims for the use of his invention in that particular machine or instrument, it is open to the use of the purchaser without further restriction on account of the monopoly of the patentee.« (Min kursivering).⁵⁷

Den ledende *ophavsretlige* afgørelse er *Bobbs-Merrill* fra 1908.⁵⁸ Firmaet Bobbs-Merrill var indehaver af ophavsretten til en bog (»the Castaway«) og forsynede bogen med en påtegning, hvorefter salgsprisen var \$ 1, samt at ethvert videresalg under denne pris ville blive anset som en ophavsretskrænkelser. Den amerikansk højesteret afviste, at en senere erhververs videresalg til 89 cents udgjorde en sådan krænkelse. Afgørelsen blev begrundet med, at videresalgprisen ikke var begrænset ved *aftale*, samt at en begrænsning af denne art ikke kunne udledes direkte af den ophavsretlige eneret, som den er hjemlet i USOhl: »... this is purely a question of statutory construction. There is no claim in this case of contract limitation, nor license agreement controlling the subsequent sales of the book«.

The first sale doctrine minder om det tyske konsumptionsprincip, hvis man ser på det almindelige resultat: Retten afskæres ved det første salg. Blot fordi der er lighed med hensyn til resultatet, behøver der ikke være lighed i henseende til begrundelse. Og der er der da heller ikke her. Udgangspunktet for amerikansk ret er således – som i klassisk engelsk ret – *licenskonstruktionen*: Eksistensen af en (selv stiltiende) license udgør et defence i tilfælde af en påstand om patentkrænkelser. Ved the first sale doctrine angives et udgangspunkt for fastlæggelsen af indholdet af den stiltiende licens. Behovet som udgangspunkt opstår kun i de tilfælde, hvor parterne ikke har aftalt andet (se dog om USOhl lige nedenfor). Hvis salget ikke er autoriseret, foreligger der en (patent) krænkelse, hvis vilkåret ikke overholdes.⁵⁹ Det er således ganske præcist, når *Castell* betegner den amerikanske model som »'épuisement' facultatif« og dermed som modstillet den tyske (danske og EU-retlige) »'épuisement' automati-

57. Mr. Justice Miller i *Keeler v. Standard Folding-Bed Co.*, 15 S.Ct. 738, 157 U.S. 659, (U.S.Mass. 1895). Se tilsvarende *Adams v. Burke*, 84 U.S. 453 (U.S. Mass. 1873) og *Strohm* (1971), p. 72ff. for flere henvisninger fra den klassiske amerikanske patentret.

58. *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

59. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-229f. og 2-288f. Se også om *Mallingckrodt*-dommen lige nedenfor.

que«. ⁶⁰ For salget af et patentbeskyttet produkt indebærer princippet om first sale (især i nyere teori og praksis også kaldet *exhaustion*), at der består en *formodning* for, at salget udtømmer patenthavers beføjelser. Der ligger imidlertid ikke i patentretten selv begrænsninger i adgangen til at pålægge sådanne begrænsninger. ⁶¹ Her følger begrænsningen primært af den almindelige konkurrenceret. Formålet med the first sale doctrine er således først og fremmest at afgrænse området for anvendelsen af den *almindelige konkurrenceret*, navnlig the Sherman Act fra 1890.

The first sale-princippet er således af grundlæggende konkurrenceretlig karakter. Udgangspunktet for den konkurrenceretlige bedømmelse er herved, at konkurrenceretten står tilbage for begrænsninger, som falder inden for patentets omfang (scope of the monopoly). Med the first sale doctrine præciseres, at aftalemæssige begrænsninger i erhververs dispositionsret, som angår tiden efter et salg, ikke falder inden for immaterialrettens indhold og dermed kan bedømmes efter den almindelige konkurrenceret. Det konkurrenceretlige udgangspunkt understreger det kontraktuelle udgangspunkt for first sale-læren. Behovet for en klar afgrænsning af konkurrenceretten opstår netop, fordi der ikke i immaterialretten findes afgrænsningsnormer (svarende til »konsumptionsprincippet«). Forskellen mellem den klassiske *engelske* og den amerikanske tilgangsvinkel består således ikke i et forskelligt udgangspunkt, men skyldes den traditionelt hårdhændede amerikanske antitrustret, som medfører et behov for en principiel markering af grænserne for konkurrencerettens omfang.

For *ophavsretten* – hvor udgangspunktet også gælder, jf. *Bobbs-Merrill*-sagen lige ovenfor – har udviklingen tidligt ⁶² været præget af lovgivning, jf. nu USOhl, sec. 109, som i uddrag lyder således:

»(a) Notwithstanding the provisions of section 106(3), ⁶³ the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord ...«.

60. *Castell* (1989), f.eks. § 16.

61. En god oversigt giver *Bodewig* (2000), p. 606ff.

62. En vis lovregulering fandtes allerede i 1909, men princippet fremstod først klart i den amerikanske Ohl af 1927, jf. *Nimmer*, § 8.12[B] og [1].

63. Som omfatter en almindelige spredningsret: »to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending«.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

Baggrunden for udviklingen af den særlige ophavsretlige konsumptionsregel er en kombination af udviklingen af en almindelig spredningsret og behovet for konkrete begrænsninger som følge af den teknologiske udvikling. For *fonogrammer* og *computerprogrammer* bevarer rettighedshaveren således eneretten til spredning i form af »rental, lease or lending« eller handlinger, som kan sidestilles hermed (jf. sec. 109(b)(1) og (e)).⁶⁴ På trods af den tætte lovregulering gælder det imidlertid også for nyere amerikansk ret på dette punkt, at konkrete aftaleforhold har stor betydning. Dette skal belyses nærmere nedenfor, 5.2.2, i forbindelse med diskussionen af adgangen til ved aftale at fravige konsumptionsreglerne; denne adgang er relativt vid i amerikansk ret.

Varemærkeretten adskiller sig noget fra patent- og ophavsretten. Den amerikanske højesteret fastslog således i *K-Mart*-dommen fra 1988, at der indtræder »konsumption« for så vidt angår produkter, som er fremstillet i udlandet af den amerikanske rettighedshaver selv eller en virksomhed, som er forbundet med denne (»the same owner« og »the corporate affiliate« undtagelserne).⁶⁵ Højesteret bekræftede dermed inden for varemærkeretten de principper, der gennem årene havde udviklet sig i relation til de toldmæssige regler. Udgangspunktet for den varemærkeretlig bedømmelse svarer derfor stort set til bedømmelsen i henhold til f.eks. det EU-retlige konsumptionsprincip.⁶⁶ Baggrunden for den amerikanske bedømmelse skal her søges i princippet om *consumer confusion*: Der foreligger ikke vildledning af forbrugere for så vidt angår ægte varer, hvorfor der varemærkeretligt intet er til hinder for importen af sådanne varer.⁶⁷ I konkret henseende er adgangen til parallelimport dog noget mere begrænset efter amerikansk varemærkeret end f.eks. dansk, hvilket bl.a. skyldes, at amerikansk ret – under henvisning til *Consumer confusion* – tillægger kvalitetsvariationer (langt) større betydning end dansk og europæisk ret gør. Hertil kommer, at der er et stort blandingbælte mellem den amerikanske varemærke- og *ophavsret*, samt at ophavsretten, som det skal vises nedenfor, yder en mere omfattende beskyttelse end

64. Begrænsningerne er indført gradvis; fonogramreglen i 1984 ved the Record Rental Amendment Act og computerreglen i 1990 ved the Computer Software Rental Agreement Act. Hensigten har været at begrænse kopieringsmulighederne bl.a. i forbindelse med maskeret udleje af eksemplarer, se for et kort overblik *Chisum & Jacobs* (1996), p. 4-123ff. og for en nærmere gennemgang af det meget omfattende materiale hos *Nimmer*, som behandler de generelle spørgsmål § 8.12[B][1]-[6] og undtagelserne i [7] og [8].

65. *K-Mart Corp. v. Cattier Inc.*, 486 U.S. 281, 6 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1987. Se om sagen *Schovsbo* (1996a), p. 144 m.henvisninger.

66. Se nærmere om udviklingen i amerikansk ret hos *Schovsbo* (1996a), p. 143ff. m.henvs. navnlig til *Lever Brothers Co. v. United States of America*, 25 U.S.P.Q. 2d 1579 (DC Cir. 1993) og *Société de Produits Nestlé v. Casa Helvetica (Perugina)*, 25 U.S.P.Q. 2d 1256 (1 st. Cir. 1992).

67. Heraf følger også, at den amerikanske varemærkeretlige diskussion kun har indirekte betydning for den europæiske. Varemærkedirektivet er således udtryk for en langt bredere og mere udbygget varemærkeretlig beskyttelse – og opfattelse – end amerikansk ret. Et andet eksempel herpå er den særlige amerikanske Federal Trade Mark Dilution Act 1995 (15 U.S.C. § 1125 (c)), som omhandler beskyttelsen af »famous« varemærker (især i Internet-sammenhæng). Praksis er ganske streng, jf. senest *Avery Dennison v. Sumpton* Court of Appeal, Ninth Cir. af 23.8. 1999 (98-55810).

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

varemærkeretten, bl.a. fordi der i ophavsretten ikke er oparbejdet principper svarende til the corporate affiliate-undtagelsen.

2.1.1. Nyere udvikling i engelsk og amerikansk ret

Som det er fremgået, har udviklingen i engelsk og amerikansk ret på trods af de tilsyneladende store forskelle været nogenlunde ensartet. Det er dog meget muligt, at engelsk og amerikansk ret glider fra hinanden. I nyere engelsk ret pågår en udvikling i retning af et generelt konsumptionsprincip. I amerikansk ret går udviklingen derimod i retning af en nedtoning af the first sale doctrine til fordel for en rent konkurrenceretlig bedømmelse og en kontraktuel opfattelse.

2.1.1.1. England: Et generelt konsumptionsprincip

Det klassiske engelske system har i dag ingen betydning for så vidt angår *handel inden for EØS-området*.⁶⁸ Dette følger allerede af EF-domstolens praksis. Et afgørende træk ved den nyere udvikling er *øget lovgivning* på området. Inden for *varemærkeretten* har gennemførslen af Varemærkedirektivet i engelsk ret resulteret i et almindeligt og lovhjemlet konsumptionsprincip.⁶⁹ Også inden for *ophavsretten* er der nu hjemlet, hvad der forekommer at være et konsumptionsprincip, jf. herved UK Ohl, sec. 18, som efter ændringen pr. 1.12.1996 (foranlediget af leje-/lånedirektivet)⁷⁰ lyder således:

68. Introduktionen af det regionale princip har haft stor betydning for især engelsk ophavsret, som – ud over læren om »implied licence« – har betonet *territorialitetsprincippet*, som udgangspunkt for bedømmelsen af parallelimportsituationen, jf. *Laddie, Prescott & Vitoria* (1995), p. 744.

69. Sec. 12(1) i UK Vml af 1994: »A registered trade mark is not infringed by the use of the trade mark in relation to goods which have been put on the market in the European Economic Area under that trade mark by the proprietor or with his consent« (ved stk. 2 gennemføres direktivets artikel 7, stk. 2). Se nærmere *Kitchin & Mellor* (1994), p. 26/12, som anfører, at princippet – naturligvis – også gælder ved rent national engelsk omsætning. Se om parallelimport *Carboni* (1997), som anser sec. 12 for at regulere forholdet generelt (og for at indeholde en regel om regional konsumption, a.st., p. 204, se dog nedenfor om *Davidoff*-sagen. Se om traditionel engelsk varemærkeret med særligt henblik på parallelimport hos *Schovsbo* (1996a), p. 117ff. m. henv.

70. Jf. Statutory Instrument (S.I.) 1996 No. 2967, jf. *Phillips & Bentley* (1999) og *Cornish* (1999), især § 11-27.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

»18(1) The issue to the public of copies of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work.

(2) Reference in this Part to the issue to the public of copies of a work are to:

(a) the act of putting into circulation in the EEA copies not previously put into circulation in the EEA by or with the consent of the copyright owner, or

(b) the act of putting into circulation outside the EEA copies not previously put into circulation in the EEA or elsewhere.

(3) References in this Part to the issue to the public of copies of a work do not include:

(a) any subsequent distribution, sale, hiring or loan of copies previously put into circulation (but see section 18A: infringement by rental or lending), or

(b) any subsequent importation of such copies into the United Kingdom or another EEA state,

except so far, as paragraph (a) of subsection (2) applies to putting into circulation in the EEA copies previously put into circulation outside the EEA.

(4) References in this Part to the issues of copies of a work include the issue of the original.«

Reglen er beskrevet som »tortuous and obscure«,⁷¹ og dette er vel ingen overdrivelse.⁷² Konsumptionen er hjemlet ved stk. 3, der fastslår, at for så vidt angår eksemplarer, som er markedsført af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke inden for EØS-området (jf. stk. 2, a eller stk. b), kan ophavsretten *ikke* anvendes til at forhindre den sekundære udnyttelse (subsequent distribution) i form af »sale, hiring or loan« (idet der i overensstemmelse med leje-/lånedirektivet gøres visse undtagelser for udleje og udlån). Stk. 3 er formuleret som en *begrænsning* i den almindelige spredningsret, som ifølge UKOHL sec. 16 omfatter bl.a. »copying« og »issuing of copies to the public«.⁷³

71. Phillips & Bentley (1999), p. 134.

72. Se ud over sec. 18 også sec. 27 og den komplicerede lære om *secondary infringement/infringing copy*, som har betydning for bedømmelsen af import. Sec. 27 lyder i uddrag således: »... (2) An article is an infringing copy if its making constituted an infringement of the copyright in the work in question. (3) An article is also an infringing copy if (a) it has been or is proposed to be imported into the United Kingdom, and (b) its making in the United Kingdom would have constituted an infringement of the copyright in the work in question, or a breach of an exclusive licence agreement relating to that work ...«. Se nærmere herom Laddie, Prescott & Vitoria (1995), p. 748 og 757-770 og Copinger & Skone James (1999), §§ 8-03ff. (især 8-08f.) og §§ 25-13 – 15-15. I takt med konsumptionsprincipets indmarch falder behovet for disse regler og principper (heldigvis) bort.

73. Sec. 16(1) lyder i uddrag således: »16. – (1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

Engelsk ophavsret fremtræder nu med den klassiske *tyske* retsstruktur og figurer: En bred eneret med konkrete begrænsninger.⁷⁴ Den konkrete og principielle betydning af sec. 18 er dog ganske omtvistet. Meget taler for, at sec. 18 skal opfattes som en almindelig introduktion af et konsumptionsprincip i engelsk ophavsret, jf. således også *Cornish*.⁷⁵ Det er dog samtidig åbenbart, at det er vanskeligt at forene konsumptionsprincippet med den traditionelle engelske ophavsrets konstruktioner. For øjeblikket synes engelsk ret at være præget af, at både de nye og de klassiske tanker og systemer søges tilgodeset. Dette indebærer, at engelsk ret på dette område er unødigt kompliceret.⁷⁶

Et af de omtvistede spørgsmål angår bedømmelsen af parallelimport, hvor man kan spørge, om sec. 18 indeholder en regel om *regional* konsumption eller tillader *global* konsumption. Besvarelsen af spørgsmålet er ganske vanskelig, allerede fordi selve formuleringen af problemet forudsætter eksistensen af et konsumptionsprincip som ramme. I klassisk engelsk ret har markedsføringsstedet som sagt ingen selvstændig betydning. Ordlyden af sec. 18 efterlader det klare indtryk, at bestemmelsen indebærer *præceptiv regional konsumption*, jf. herved også *Cornish* (1999) § 11-27.⁷⁷ Noget

right to do the following acts in the United Kingdom – (a) to copy the work (see section 17); (b) to issue copies of the work to the public (see section 18); (ba) to rent or lend the work to the public (see section 18A) and those acts are referred to in this Part as the ‘acts restricted by the copyright.’« Ved 1996-ændringen af UKOhl tilføjedes sec. 16(1)(ba). Før 1988 og sec. 16 opererede man i engelsk ophavsret blot med en »offentliggørelsesret«, jf. nærmere *Copinger & Skone James* (1999), §§ 7-105ff. (»divulgaration right«), hvorefter ophavsretten alene gav eneret til den første markedsføring i UK, men ikke til at kontrollere de således markedsførte produkters videre gang på markedet. 1988-loven indeholdt i sec. 18 en mere begrænset regel om »konsumption«, som dog ikke synes at være blevet tillagt videre betydning i hverken teori eller praksis.

74. Se også *Phillips & Bentley* (1999), f.eks. p. 137, som ligeledes ser reglen som udtryk for introduktionen i engelsk ret af »the notion of exhaustion of right«, og som også kritiserer bestemmelsen for dens uklarhed.

75. *Cornish* (1999), § 11-27.

76. Vanskeligheden med at opsume i engelsk ophavsret strømningerne fra EU-retten træder tydeligt frem hos *Copinger & Skone James* (1999). I bogens 4 første dele gennemgås »engelsk« ophavsret. I del 7, kapitel 25, drøftes »Community Law«, herunder spørgsmålet om forhold til parallelimport, jf. § 25-07ff., som på grund af EU-retten beskrives »in continental terms« (dvs. »the principle of exhaustion«). Det er næppe holdbart på længere sigt at opretholde en sådan faktisk og principiel adskillelse i retssystemet, jf. nærmere straks nedenfor.

77. Se i samme forbindelse High Courts dom af 25.2.1998, *Microsoft Corp. v. Computer Future Distribution Ltd.*, ETMR 1998.597, angående parallelimport af computerprogrammer til England fra USA. Rimer J drøftede desværre ikke UKOhl sec. 18(3) nærmere, men lagde dog afgørende vægt på, om rettighedshaveren kunne siges at have givet sit samtykke (»consent«) til importen fra USA.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

sådan afvises imidlertid af *Copinger & Skone James* (1999), § 7-107, bl.a. under henvisning til forarbejderne til leje-/lånedirektivet og til formuleringen af UKOHL, sec. 16 (henvisningen til »acts in the United Kingdom«, jf. ovenfor, hvor bestemmelsen er citeret). Henvisningen til leje-/lånedirektivet er nok overraskende. Som det skal vises, er det således den almindelige opfattelse bl.a. i nordisk ret, at netop dette direktiv foreskriver regional konsumtion; og kun dette. Henvisningen til sec. 16 er ikke mindre overraskende og skyldes tilsyneladende en misforståelse af territorialitetsprincippet. Det forekommer således ikke at være muligt – som *Copinger & Skone James* – at konkludere på baggrund af sec. 16, at UKOHL ikke tager sigte på at bedømme forholdene under hvilke produktet er markedsført i udlandet, jf. hertil også *Phillips & Bentley* (1999) p. 139. Den engelske OHL kan naturligvis alene tage sigte på fastlæggelsen af de retlige forhold fsva. engelske forhold, men heri ligger – som det skal vises nedenfor, 4.1 – ikke, at man i den forbindelse er afskåret fra at tage hensyn til forhold, som har fundet sted i udlandet. Dette sker da også ved sec. 18(2), jf. (3) med sondringen mellem markedsføring inden for eller uden for EØS-området.

Også uden for de direkte regulerede områder – navnlig *patentretten* – er de traditionelle positioner tilsyneladende under afvikling. *Cornish* bemærker således om det traditionelle engelske system, som det er beskrevet lige ovenfor (*National Phonograph-sagen* m.v.), at »[it] is ... in the process of virtual annihilation«. ⁷⁸ Som baggrund herfor henviser *Cornish* til den EU-retlige påvirkning via traktatens konkurrenceregler og reglerne om varernes fri bevægelighed og direkte regulering. ⁷⁹ Også mere indirekte ligger der i den EU-retlige påvirkning nok en tendens til harmonisering også i systematisk henseende. I en kommentar til den nye engelske konkurrencelov (»the Competition Act 1998«) hæfter *Turner* sig således ved, at loven med sit forbudssystem og krav om EU-konform fortolkning og sin EU-principielle tilgangsvinkel vil indebære udviklingen af et generelt konsumptionsprincip i engelsk ret. ⁸⁰

Også i *retspraksis* er der tegn, som peger i retning af en generel introduktion af et konsumptionsprincip. Den engelske højesteret fandt i *British Leyland-sagen* fra 1986, at indehaveren af en bil havde adgang

78. *Cornish* (1999), § 6.16, jf. også § 1.49. Se dog for patentretten heroverfor *Terrell* (2000), §§ 8.46f. og 8.50ff., hvorefter konsumptionsprincippet fsva. patenter udtrykkeligt begrænses til EF-retten. I UKPtL, sec. 60(4) findes en regel, som sætter et konsumptionsprincip i kraft i forbindelse med EF-PK. En tilsvarende bestemmelse i den danske PtL (§ 3, stk. 4) blev som ovenfor anført ophævet pr. 30.6.2000 ved L 412 som følge af, at tanken om EF-PK må anses for opgivet.

79. *Cornish* (1999), § 6.16 henviser også til den tidlige udvikling i almindelig engelsk konkurrenceret (the Resale Prices Act 1964) som et moment, som har ledt til udvandingen af de traditionelle principper.

80. *Turner* (1999), p. 184: »Principles such as exhaustion of rights have to be recognized in the application of the U.K. competition law in relation to trade within the United Kingdom whatever the position under U.K. intellectual property law.«

bl.a. til at erhverve – og derigennem til at lade tredjemand producere – ophavsretligt beskyttede bilreservedele.⁸¹ House of Lords afviste udtrykkeligt at begrunde reparationsretten i en traditionel implied license-konstruktion: Reparationsretten »[is] a right inherent in the ownership of the car itself«. Baggrunden for denne konstruktion var øjensynlig blot at sikre, at reparationsretten ikke kunne *fraviges* ved *udtrykkelig aftale* (hvilket ville være konsekvensen af en traditionel løsning baseret på implied license). Området blev med andre ord anset for så væsentligt, at der ikke var plads til parternes aftalefrihed. BL-sagen har været udsat for voldsom kritik med hensyn til løsningsmodellen (men ikke resultatet), og dens konkrete betydning er da nok også ganske begrænset.⁸² Noget tyder da også på, at denne kritik er taget til efterretning. I en dom fra Privy Council af 30.4.1997⁸³ fandtes principperne fra BL-sagen således ikke anvendelige i tilfælde af printerpatroner. I en kommentar til dommen fremhævede *Loschelder*, at afgørelsen må ses i lyset af *konsumptionslæren*, som i bl.a. tysk og dansk ret udgør rammen for bedømmelse af eksemplarejeres reparationsadgang.⁸⁴ Herved opnås i realiteten den klarhed i retsanvendelsen – »præceptivitet« – som House of Lords eftersøgte, og det indenfor en sammenhængende forklaringsmodel. Retsstillingen er dog endnu ikke ganske klar. I dommen fra House of Lords i *United Wire Ltd. v. Screen Repair Services (Scotland) Ltd.* af 20.7.2000 vedrørende reparation af patentbeskyttede produkter henviste Lord *Hoffmann* både til læren om implied licence (»well established in the

81. *British Leyland v. Armstrong Patents Co.Ltd.*, (1986) AC 577. Se om dommen *Schovsbo* (1996a), p. 197ff. m. henv.

82. Se også *Mars (UK) v. Teknowledge*, High Court, Chancery Division af 11.6.1999 (refereret i EIPR 1999.N-158). I sidstnævnte afgørelse forklarede *Jacobs J.*, at BL-dommen er uden betydning i de tilfælde af vanskeligheder vedr. kompatibilitet, som er lovreguleret. Dette gælder – som i den foreliggende sag – ophavsretligt beskyttede edb-programmer (ved ebd-direktivet) og for engelsk – og til dels kommende europæisk ret – mønsterbeskyttede reservedele (»must fit« og »must match« reglerne). Herved gøres *BL-doktrinen* aldeles sekundær. Udviklingen må ses som en naturlig konsekvens af, at de konkurrencemæssige spændinger, som BL-sagen søgte at løse, i stigende grad reguleres direkte i den immaterialretlige regulering.

83. *Canon Kabushiki Kaisha v. Green Cartridge Co.*, GRUR Int. 1998.498 kom. af *Loschelder*. Se også om dommen *Llewellyn* (1999).

84. I samme retning *Llewellyn* (1999). Se generelt om reservedele *Schovsbo* (1996a), p. 164 m.henvs. i fn. 2.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

authorities«) og konsumptionsprincippet (»adopted in European patent systems«) uden at præcisere forholdet mellem disse to metoder.⁸⁵

Udviklingen er i retspraksis er dog ikke entydig, jf. således især Mr. Justice *Laddies* allerede notoriske afgørelse af 18.5.1999 i *Zino Davidoff*-sagen.⁸⁶ Dommen, som har givet anledning til en præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen af 24.6.1999,⁸⁷ angik parallelimport af parfume fra lande uden for EØS (Singapore), hvor produkterne, der alle var fremstillet i Frankrig, første gang var markedsført. I forbindelse med salget havde rettighedshaveren pålagt importøren følgende eksportforbud: »The distributor undertakes not to sell any product outside the territory and shall oblige his sub-distributors, sub-agents, and/or retailers to refrain from such sales.«

Justice *Laddie* noterede, at Varemærkedirektivet, således som det skal forstås efter *Silhouette*-dommen, forbyder EU-landene at opretholde eller indføre et generelt princip om global konsumption. Som følge af kravet om samtykke indebærer direktivets artikel 7, stk.1, at import fra tredjelande er mulig – konsumption indtrådt – hvis der foreligger samtykke. Heraf slutter dommeren, at direktivet ikke er til hinder for at de nationale domstole på baggrund af en konkret vurdering antager, at markedsføringen i et tredjeland har medført konsumption i relation til et EU-medlemslands varemærkeret: »There is no principle of indefeasible international exhaustion.« Bedømmelsen skal konkret foretages i henhold til den lovgivning, som finder anvendelse i relation til aftalen (»the proper law of the contract«), idet den almindelige kontrakts- og køberet således udgør det »almindelige« regelsæt, som man uden anden angivelse i modsat retning må falde tilbage på. Konsumptionsreglerne i direktivet udgør ifølge *Laddie* ikke en sådan tilstrækkelig begrundelse for at fravige det almindelige udgangspunkt, som i det pågældende tilfælde må søges i engelsk ret.⁸⁸ På baggrund af den klassiske engelske lære om *implied conditions* (ovenfor) anså dommer *Laddie* herefter, at import ikke kunne

85. Den principielle diskussion var uden betydning for sagens udfald. Der forelå således under alle omstændigheder en patentkrænkelse i form af en egentlig fremstilling af det patenterede produkt.

86. Refereret i IIC 1999.568-574. Se om sagen *Ohly* (1999), p. 526ff., *Stamatoudi & Torremans* (2000) og *Norman* (2000), p. 168ff.

87. Se i samme forbindelse de to afgørelser fra High Court vedr. *Levis Strauss & Co.* af 22.7.1999 (begge *Pumfrey J.*), som ligeledes er forelagt EF-domstolen, hvor de behandles med *Davidoff* som forenede sager C-414-416/99.

88. Se nærmere *Carboni* (1999), p. 525, som noterer, at den »rigtige« »law of the contract« i sagen var tysk ret!

hindres, idet eksportforbudet ikke var gjort gældende («brought home») igennem afsætningssystemet.

Udgangspunktet er – forekommer det – forkert. Varemærkedirektivet opstiller netop et *ufravigeligt* princip om konsumption. Hermed er naturligvis ikke sagt, at en konkret bedømmelse ikke kan lede til, at der er indtrådt konsumption i kraft af et samtykke. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at *rammen* for bedømmelsen af, om der foreligger et sådant samtykke, er givet med konsumptionsreglen. Det er netop heri, at den afgørende forskel består mellem den traditionelle engelske løsning, hvor parternes aftale stod alene, og den principielle bedømmelse i medfør af konsumptionsreglen, hvor aftalens betydning må læses inden for de rammer, som den generelle regel opstiller. Se da også de to domme fra den *skotske* Court of Session (Lord *Kingarth*) af 4.4.2000 i tilsvarende sager,⁸⁹ som tydeligt er baseret på den (korrekte) opfattelse, at konsumptionsreglerne ikke efterlader et tomrum for den nationale kontraktsret med hensyn til importadgang.⁹⁰

Laddies vurdering er således problematisk. Man kunne da også ved læsning af dommen få det indtryk, at afgørelsen til dels er betinget af en retspolitisk betinget kritik af *konsekvensen* af den regionale konsumption. Muligheden for at hindre parallelimport af varer, som er markedsført første gang uden for EØS-området, betegnes som »a parasitic right ... which bears little or no relationship to the proper function of the trade mark. It is difficult to believe that a properly informed legislature intended such a result ...«⁹¹ Kritikken forekommer overraskende hård i lyset af, at traditionel engelsk ret traditionelt har ydet en ganske god beskyttelse mod parallelimport. Det er naturligvis muligt, at *Laddie* har ret i sin kritik, selv om det, som det skal vises nedenfor, næppe er sandsynligt. Afgørende her er imidlertid, at den løsning på problemet, som *Laddie* foreskriver, ikke kan opnås uden en ændring af reglen.⁹² Det må da også forventes, at EF-domstolen fastslår dette med sin dom i sagen, jf. herved også *Ohly* (1999), p. 530 og *Turner* (2000), p. 434f.

89. *Zino Davidoff v. M&S Toiletries* (ETMR 2000.622) og *JOOP! v. M&S Toiletries*. Sagerne omtales af *Swift* (2000).

90. En sådan »løsning« af parallelimportspørgsmålet foreslås af *Stamadoudi & Torremans* (2000), som derved tilslutter sig dommer *Laddies* afgørelse.

91. Bemærkningen tangerer det arrogante, jf. således også *Carboni* (1999), p. 526, som spørger, hvad det er lovgiver konkret burde have været opmærksom på, og i den forbindelse noterer, at lovgiver *burde* have sin opmærksomhed henledt på bl.a. varemærkeretlige forhold og de regionale hensyn.

92. Jf. også *Carboni* (1999), p. 527. Sådanne ændringer er, som det skal vises, på ingen måde forestående.

2. Alternative løsningsmodeller: Den kontraktuelle model

2.1.1.2. USA: The first sale doctrine under afvikling

The first sale doctrine er, som det er fremgået ovenfor, oprindelig udviklet i retspraksis for så vidt angår patentretten. Det er endvidere vist, at amerikansk ret på dette område, og på trods af formuleringen af aftaleforholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer inden for en »doctrine«, er baseret på en *kontraktuel tilgangsvinkel* med tydeligt konkurrenceretligt præg. På trods heraf er the first sale doctrine (exhaustion) væsentlig, idet den opstiller en klar ramme for bedømmelsen, hvorved det er udgangspunktet, at foreligger der et lovligt og ubetinget salg, så opnår ejer en almindelig dispositionsret. Den seneste udvikling i amerikansk ret tyder imidlertid på, at the first sale doctrine er ved at blive forladt som det almindelige udgangspunkt for beskrivelsen af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. Bevægelsen er indtil nu tydeligst på det *patentretlige* område, men som det skal vises nedenfor, 5.2.2., i forbindelse med omtalen af UCITA-loven er tendensen også til stede inden for *ophavsretten*.

Den ledende *patentretlige* dom i denne forbindelse er *Mallinckrodt*-afgørelsen fra the Federal Circuit af 24.9.1992.⁹³

Sagen angik håndhævelsen via patentretten af et forbud mod købers genanvendelse af patenterede inhalatorer til brug for behandling af lungelidelser. Patenthaveren – firmaet *Mallinckrodt* – havde forsynet produktet med udtrykkelige påtegninger – »single use only« – som skulle hindre en sådan genanvendelse. På trods heraf videregiktes og genanvendtes inhalatorerne. Retten forklarede, at adgangen til at håndhæve klausulen via patentretten afhang af, om begrænsningen i erhververs råderet var »reasonably within the patent grant«. Dette fandtes at være tilfældet, hvorfor videre salg med henblik på genanvendelse udgjorde en patentkrænkelse.

I *Mallinckrodt* udtalte domstolen, at

»unless the condition violates some other law or policy (in the patent field, notably the misuse or antitrust law), private parties retain the freedom to contract concerning conditions of sale ... The appropriate criterion is whether *Mallinckrodt's* [patentholders] restriction is reasonably within the patent grant, or whether the patentee has ventured beyond the patent grant and into behavior having an anticompetitive effect not justifiable under the rule of reason ... Patent owners should not be in a worse position, by virtue of the patent right to exclude, than owners of other property used in trade.«

Federal Circuit-domstolen søgte tydeligt at distancere sig fra den traditionelle first sale doctrine. Domstolene forklarede således, at de klassiske

93. *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 24 USPQ 2d 1173.

domme, herunder *Adams v. Burke* og *Keeler v. Standard Folding Bed*, slet ikke havde karakter af principielle patentretlige afgørelser (angående the first sale doctrine). De tidligere så fejrede domme havde – forklarede domstolen nu – blot karakter af konkret begrundede afgørelser, hvis eneste principielle betydning bestod i, at de fastslog, at et salg i henhold til den *almindelige aftaleret* kan være betinget (såvel som ubetinget). Henvisningen til den *almindelige aftaleret* begrundede endvidere, at patenthavere ikke burde have ringere adgang end andre sælgere med hensyn til at betinge salget af deres produkter. Der gælder med andre ord ingen særlig formodning for, at der til salget af patentbeskyttede produkter knytter sig særlige hensyn. Salget af et patentbeskyttet produkt må bedømmes som salget af et hvilket som helst andet produkt, idet det må overlades til parterne at afbalancere deres indbyrdes rettigheder og forpligtelser.

I *Duncan McCoy v. Mitsuboshi Cutlery Inc.* fra 1995 videreudviklede Federal Circuit-domstolen takterne fra *Mallingckrodt*-dommen og angav udgangspunktet således:

»Thus, 'an authorized sale of a patented product places that product beyond the reach of the patent' ... Under this implied license, a patent holder receives a reward for inventive work in the first sale of the patented product... An unconditional sale of a patented device exhausts the patentee's right to control the purchaser's use of the device thereafter. The theory behind this rule is that in such a transaction, the patentee has bargained for, and received, an amount equal to the full value of the goods. This exhaustion doctrine, however, does not apply to an expressly conditional sale or license. In such a transaction, it is more reasonable to infer that the parties negotiated a price that reflects only the value of the 'use' rights conferred by the patentee. As a result, express conditions accompanying the sale or license of a patented product are generally upheld. Such express conditions, however, are contractual in nature and are subject to antitrust, patent, contract, and any other applicable law, as well as equitable considerations such as patent misuse. Accordingly, conditions that violate some law or equitable consideration are unenforceable.«⁹⁴

Det bærende princip ved bedømmelsen af forholdet mellem patenthaver og køber er herefter, at begrænsninger i erhververs dispositionsadgang over produktet som udgangspunkt må antages at være handlet af mellem parterne. Den primære opgave består således i at sikre, at aftalevilkårene er udtryk for parternes *individuelle* forhold og forudsætninger. De samfundsmæssige hensyn er sekundære, kontrollen efterfølgende og

94. *Duncan McCoy v. Mitsuboshi Cutlery Inc.*, Fed. Cir., 95-1087 af 4.10.95. Min kursivering. Sagshenvisninger udeladt.

3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?

indskrænker sig til situationer, hvor den partsrelaterede afbalancering af interesser, som har givet sig udtryk i prisen, undtagelsesvis ikke har været tilstrækkelig, og hvor dette skyldes et misbrug. Resultatet synes at være en reel afskaffelse af first sale-princippet inden for det patentretlige område til fordel for en rent konkurrenceretlig vurdering baseret på den almindelige lære om patentrettens indhold (Inherency-læren). Afgørelserne er ikke bekræftet af US Supreme Court

3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?

The first sale doctrine tager primært sigte på at fastlægge rammerne for en efterfølgende konkurrencemæssig bedømmelse af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. Herved adskiller den amerikanske lære om exhaustion sig afgørende fra det tyske *konsumptionsprincip*, som indebærer en oprindelig, immaterialretlig afklaring af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. I henhold til konsumptionsprincippet udtømmes patentretten (immaterialretten) i kraft af den første markedsføring (med samtykke og inden for et konsumptionsbærende område). Efter den amerikanske (og engelske) opfattelse udtømmes retten, dersom parterne ikke i forbindelse med salget har aftalt noget andet. I retsteknisk henseende indebærer dette, at kontrolmulighederne efter the first sale doctrine primært søges i almindelige konkurrencemæssige overvejelser, der har aftaleforholdet som helhed som tema. I den principielle model søges afbalanceringen primært tilvejebragt inden for immaterialretten i spændingsfeltet mellem en bred spredningsret og en immaterialretlig afgrænsningsregel.

Den principielle rammes fornemmeste dyd er *klarheden* i retsforholdet. Klarhed indebærer på *partsniveau* forudsigelighed. For *samfundsrelationen* indebærer klarheden – i form af en begrænsning af aftalefriheden – sikkerhed for opnåelse af et resultat, som set ud fra almene hensyn er ønskeligt. Prisen for klarheden er manglende fleksibilitet i de individuelle forhold. Det skal vises straks i det følgende, hvorledes immaterialrettighedernes øgede økonomiske betydning, den teknologiske udvikling og den generelle udvikling i den internationale samhandel (regionaliseringen) medfører et sådant øget behov for klarhed og præcision i henseende til retsvirkningerne af aftaler om salg af immaterialretligt beskyttede produkter, at området for partsfriheden må klarlægges endog meget nøje for at sikre, at afalen virker til gavn for samfundet.

3.1. Parallelimport i en kontraktuel/principiel kontekst

Det praktiske udgangspunkt i klassisk *engelsk* patentret var, at den engelske patenthaver måtte tåle import af produkter, som han selv havde markedsført i udlandet, *medmindre* han i forbindelse med salget udtrykkeligt havde forbudt eksport til England (og denne begrænsning var »brought home« til eksportøren).⁹⁵ I tilfælde af licensproduktion i udlandet kunne import hindres, *medmindre* der var givet samtykke hertil.⁹⁶

Som et typeeksempel på klassisk engelsk tænkning kan nævnes *Delta-methrin*-sagen fra 1995.⁹⁷ I sagen fandt *Jacob J.*, at den engelske patenthaver ikke kunne hindre import til England fra Kina af et pesticid fremstillet af den engelske patenthaver i Frankrig og derfra eksporteret til Kina i tønder, som var mærket »For use in PRC only, re-export forbidden«. ⁹⁸ Giften blev markedsført i Kina af et kinesisk selskab, der indgik i et joint-venture-samarbejde med den engelske virksomhed. På trods af forbudet blev giften eksporteret til England. Dommer *Jacobs* fandt under henvisning til *National Phonograph*-sagen, at importen ikke kunne hindres, fordi det konkret ikke kunne anses for godtgjort, at eksportbegrænsningen var »brought home« til den kinesiske leverandør eller til importøren.⁹⁹

Vanskelighederne med dette udgangspunkt kan illustreres med afgørelsen fra den *japanske højesteret* af 1.7.1997 (*BBS Wheels III*) angående import fra Tyskland af patenterede bilfælge.¹⁰⁰ Japansk ret er på dette punkt baseret på engelsk ret, og højesteret anså under henvisning til en »engelsk« bedømmelse, at parallelimport var mulig. *Heath* fremhæver i sin kommentar til dommen, at afgørelsen er udtryk for, at højesteret anså det for nødvendigt »to [stress] the importance of unimpeded inter-

95. *Cornish* (1999), § 6-15.

96. *Cornish* (1999), § 6-15 og *Terrell* (2000), § 8.46.

97. *Roussel Uclaf S.A. v. Hockley Int. Ltd.*, IIC 1997.744, jf. *Terrell* (2000), § 8.47.

98. Eksportforbudet var yderligere blevet indskærpet ved breve, jf. nærmere IIC 1997.745.

99. *Jacobs J.*: »It is the law that where the patentee supplies his product and at the time of the supply informs the person supplied (normally via the contract) that there are limitations as to what may be done with the product supplied then, provided those terms are *brought home* first to the person originally supplied and, second, to subsequent dealers in the product, no licence to carry out or to do any act outside the terms of the licence runs with the goods ... However closely one looks at the evidence one cannot see any such bringing home«, IIC 1997.746 (kursiveret her).

100. IIC 1998.331 komm. af *Ohara*, jf. også GRUR Int. 1998.168.

3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?

national trade«. ¹⁰¹ Man kan naturligvis, som det skal ske nedenfor, diskutere, om det – vel – globale princip, som højesteret sigtede mod, er adækvat i så henseende. På dette sted noteres foreløbig blot de metodiske vanskeligheder, som den japanske højesteret mødte. Klassisk japansk (engelsk) ret er således slet ikke indrettet på at tilgodese sådanne almene hensyn. Den japanske højesterets ønske om »handelsfrihed« kunne derfor blot realiseres i form af en formodningsregel, som tilfældigvis sikrede, at det konkrete parti varer kunne importeres. ¹⁰² Nogen principiel åbning af det japanske marked for parallelimport af patenterede produkter er der slet ikke tale om. ¹⁰³ Ohara bemærker da også i sin kommentar, at afgørelsen »... put emphasis on *free agreement* between a patentee or licensee and direct or indirect purchasers ...« ¹⁰⁴

I amerikansk ret har man tilsvarende problemer, jf. herved som eksempel den amerikanske højesterets dom af 9.3.1998 i *Quality King v. L'anza Research International*. ¹⁰⁵ Højesteret afviste i sagen et forsøg på via ophavsretten at hindre reimport fra Malta (via England) til USA. ¹⁰⁶ Baggrunden for det ophavsretlige krav var, at flaskerne var forsynet med ophavsretligt beskyttede etiketter (sic!). Varerne var produceret i USA af den amerikanske rettighedshaver og var af denne solgt til den (autoriserede) engelske distributør, som senere videresolgte partiet til en (uautoriseret) mellemhandler på Malta, hvorfra shampooen blev (re)importeret til USA og der solgt til lavpris. Den amerikanske højesteret forklarede, at importreglen i USOhl, sec. 602(a) ¹⁰⁷ i kraft af henvisningen til sec. 106 (den almindelige spredningsret) skal læses i lyset af *the first sale doctrine*, som findes i sec. 109. ¹⁰⁸ Domstolen forklarede generelt om princip-

101. Heath (1997), p. 624.

102. Heath (1997), p. 625: Importforbudet kan alene opretholdes, hvis begrænsningerne »... are clearly displayed on the patented product« (min kursivering).

103. Se i øvrigt om japansk ret og konsumptionsprincippet hos Schovsbo (1996a), p. 148ff., herunder med omtale af *Brunswick*-dommen fra 1969 (der for patentretten fastslog »national« konsumtion) og underinstansafgørelserne i *BBS*-sagen.

104. IIC 1998.335.

105. No. 96-1470, refereret i IIC 1998.472.

106. Årsagen til, at rettighedshaveren ikke baserede sig på *varemærkeretten*, var givetvis, at adgangen til at hindre parallelimport via *varemærkeretten* som sagt ovenfor er mere begrænset end den traditionelle adgang efter ophavsretten.

107. »Importation into the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords of a work that have been acquired outside the United States is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under section 501.«

108. I sec. 106 henvises således til bl.a. sec. 109. Sec. 109 er gengivet i uddrag ovenfor.

pet, at »the whole point of the first sale doctrine is that once the copyright owner places a copyrighted item in the stream of commerce by selling it, he has exhausted his statutory right to control its distribution«. Denne lære om »exhaustion« omfatter imidlertid *ikke* – fremgår det videre – produkter, som er »'lawfully made' not under the United States Copyright Act, but instead under the law of some other country«. Exhaustion-reglen er således begrænset til eksemplarer, som er »lawfully made under this title«, dvs. eksemplarer, som er markedsført i sec. 109's forstand *inden for USA*.¹⁰⁹

Bedømmelsen af importerede varer har givet anledning til stor diskussion i amerikansk retspraksis.¹¹⁰ Med *Quality King*-dommen har den amerikanske højesteret ikke bidraget videre til at afklare denne tvivl. Det forekommer dog rimeligt at konkludere, at afgørelsens direkte betydning er begrænset til tilfælde af *reimport*, dvs. situationer, hvor produkter efter at være »lawfully made under this title [dsv. USOhl]« eksporteres for derpå at blive (re)importeret til USA. For sådanne produkter er der altså adgang til parallelimport, *hvis* de almindelige betingelser i henhold til sec. 109 er opfyldt. For alle andre tilfælde af parallelimport finder the first sale doctrine *ikke* anvendelse.¹¹¹ Retsstillingen i gældende amerikansk ret svarer således stort set til klassisk engelsk ret: Der er en formodning for »exhaustion« i de tilfælde, hvor rettighedshaveren i USA og eksportlandet er den samme.¹¹² I tilfælde af licensproduktion i udlandet er formodningen derimod for, at retten ikke anses for udtømt i forbindelse med import til USA, *medmindre* den amerikanske patenthaver har givet samtykke til importen.¹¹³ *Nimmer* sammenfatter retsstillingen efter dommen således, idet den store uklarhed dog samtidig betones: »... in gross fashion [the Copyright Act] should still be interpreted to bar the importation of gray market goods that have been manufac-

109. Også det patentretlige first-sale-princip er begrænset til det amerikanske territorium, jf. nærmere *Bodewig* (2000), p. 608 og 610.

110. Generelt *Nimmer*, § 8.12[B][6] og nærmere *Bodewig* (2000), p. 601f.

111. Man anerkender således fortsat ikke en undtagelse inden for det ophavsretlige område svarende til den varemærkeretlige lære om *corporate affiliates* (der svarer til et princip om »samtykke«). De ældre sager på det ophavsretlige område gælder derfor nok fortsat, jf. f.eks. *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477 (9th Cir. 1994), hvor »the affiliate-exception« (ang. koncernforbundne virksomheder) afvistes, og parallelimport kunne hindres af parfume i ophavsretligt beskyttet emballage fremstillet i Frankrig af den amerikanske rettighedshavers moderselskab. Se generelt *Nimmer* § 8.12[B][6][c].

112. *Rothnie* (1993), p. 183.

113. *Rothnie* (1993), p. 184.

3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?

tured abroad«. ¹¹⁴ Den mere principielle iagttagelse på dette sted er, at den amerikanske ophavslov kun giver meget begrænsede muligheder for at påvirke dette resultat.

3.2. Kontrakt eller princip?

Bedømmelsen i henhold til *konsumptionsprincippet* er ganske forskellig fra det ovenfor skitserede: Konsumption indtræder for så vidt angår produkter, som er markedsført af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke inden for et konsumptionsbærende område. Fordelen ved denne model er, at den muliggør en høj grad af styring af konsumptionen beroende på markedsføringsstedet. I anglo-amerikansk ret har stedet for den første markedsføring ingen videre betydning, idet det afgørende er parternes aftale.

Forskellen i henseende til rammen for diskussionen vanskeliggør retssammenligninger mellem systemer, der opererer med et princip (EU-retten, jf. nærmere i det følgende) og kontraktuelle systemer (bl.a. USA og Japan). Problemerne opstår især, hvis man søger at beskrive konsekvenserne af f.eks. den japanske og amerikanske afgørelse i *konsumptionsterminologien*. Man kunne således på baggrund af *BBS* og *Quality King*-sagerne hævde, at japansk patentret hyldede princippet om »global konsumption«, og at amerikansk ret gjorde det samme for ophavsretten. Sådanne sammenligninger er ikke usædvanlige ¹¹⁵ og kombineres undertiden med en beskrivelse af japansk/amerikansk immaterialret som værende mere frihandelsvenlig end f.eks. tysk og dansk ret. Både konklusionen og præmisserne er, som det er fremgået, ikke alene misvisende; de er forkerte.

Vanskelighederne med at foretage reelle komparationer er øget betydeligt i takt med, at parallelimportspørgsmålet har påkaldt sig stadig større international bevågenhed. En meningsfuld international dialog angående parallelimport- og konsumptionsspørgsmål forudsætter dels et fælles sprog – ensartede principper – dels retlige strukturer, som kan sikre at dialogens resultater kan føres ud i livet med den fornødne præcision. Disse krav opfylder for øjeblikket kun konsumptionsprincippet. Den amerikanske højesteret afviste i *Quality King*-dommen udtrykkeligt at tage stilling til konsumptionsspørgsmålets handelsmæssige implikationer, herunder til »... the fact that the Executive Branch of the Govern-

114. *Nimmer*, § 8.12[B][6][c].

115. *Jehoram* (1999), p. 510, som dog betegner den »internationale konsumption« i *BBS*-sagen som »a mild one«. Dette er ingen underdrivelse.

ment has entered into at least five *international trade agreements* that are apparantly intended to protect domestic copyright owners from the unauthorized importation of copies of their works sold in those five countries [Cambodia, Trinidad and Tobago, Jamaica, Ecuador og Sri Lanka]«. De nævnte handelsmæssige aftaler har næppe videre direkte betydning, men også gennemførslen af f.eks. en aftale mellem EU og USA om etableringen af et princip om gensidig konsumtion – eller et krav om global konsumtion via TRIPs – ville støde på vanskeligheder i relation til den konkrete gennemførslen i amerikansk retspraksis. Under de nugældende amerikanske og japanske regler er noget sådant næppe muligt.

Schweiz. Bevægelsen *fra »kontrakt« og til »(konsumptions)princip«* afspejler, som det er fremgået, en væsentlig tendens i international immaterialret. I Schweiz går udviklingen dog måske den anden vej. Schweizisk immaterialret udgør med sit særegne forhold til EU-retten en sådan specialitet, som man med rette kunne forbigå i tavshed. Schweizisk ret har imidlertid traditionelt påkaldt sig en vis opmærksomhed i den internationale immaterialretlige litteratur, og de seneste domme har ført til en del opmærksomhed – se *Linder (1999)* – og skal derfor også omtales kort her.

Bedømmelsen af parallelimport i schweizisk ret har traditionelt været helt særegen, hvilket har ført til, at adgangen til at parallelimportere immaterialretligt beskyttede produkter til Schweiz traditionelt har været meget begrænset. I en række nye afgørelser har den schweiziske højesteret imidlertid fastslået, at der gælder »global konsumtion« inden for *varemærkeretten* (jf. *Chanel* af 23.10.1996, GRUR Int. 1998.520 kom. af *Knack* (IIC 2000.337)) og *ophavsretten* (*Nintendo-Videospil* af 20.7.1998, GRUR Int. 1999.362, jf. *Linder (1999)* og *Lutz (2000)*). Fsva. *patentretten* statuerede Handelsgericht Zürich i dom af 23.11.1998, *Kodak*, GRUR Int. 1999.55, på baggrund af en drøftelse af bl.a. den schweiziske patentlovs ordlyd, den internationale teori og praksis samt patentrettens formål, at der skulle gælde noget tilsvarende, dvs. et »globalkonsumptionsprincip«. Efter at have konstateret dette udtalte domstolen imidlertid, at udgangspunktet om global konsumtion »... bedeutet nicht ... daß es dem Patentinhaber deswegen zwingend verwehrt sein müßte, Parallelimporte zu unterbinden. Die Vertragsfreiheit dürfte es vielmehr zulassen, bei der ersten Inverkehrsetzung mit dem Abnehmer gewisse Beschränkungen vertraglich zu vereinbaren (immer vorausgesetzt, übergeordnetes Recht sehe nicht Gegenteiliges vor) und diese Beschränkungen auf der Ware selbst aufzuführen und so auch Dritten (den weiteren Abnehmern) zur Kenntnis zu bringen und auf diese Weise (im Sinne der im Vereinigten Königreich praktizierten 'implied licence doctrine' und im Sinne des ... Entscheids des japanischen Obersten Gerichtshofes [dvs. BBS-sagen, jf. ovenfor] den Warenfluß ländermäßig zu steuern« (min kursivering). Det er højst uklart, hvad der er indholdet af denne tilføjelse. Hensigten er tydeligt at få den bitre globalkonsumptionspille til at glide lettere ned, men tilføjelsen efterlader et lettere forvirret indtryk: På den ene side taler forarbejder, patentrettens formål osv. imod en blot national konsumtion, på den anden side bør der tilkomme parterne en adgang til selv at fastlægge adgangen til at bestemme, om der skal være adgang til parallelimport. Henvisningen engelsk og japansk ret er i sig selv ganske gådefuld og skyldes formentlig til dels en misforståelse af engelsk

3. Diskussion: Den principielle eller kontraktuelle model?

ret. Henvisningen kan således næppe under nogen omstændigheder tages til indtægt for, at den klassiske engelske lære – som er under afvikling i England – er under international udbredelse. Dommen er for tiden under anke til den schweiziske højesteret, som forhåbentlig vil afklare forholdene.

I *varemærkesagen* fastslog den schweiziske højesteret et udgangspunkt om »global« konsumption. Den nye schweiziske mærkelov af 28.8.1992 (Markenschutzgesetz), som vel tog sigte på at tilpasse schweizisk ret til Varemærkedirektivet indeholder ikke en regel om konsumption. Parallelimport bedømmes således efter det almindelige forbud (i § 3) mod anvendelsen af forvekslelige mærker. Dette forbud omfatter imidlertid ikke parallelimporterede produkter (af »hjemlandskvalitet«), idet der i sådanne tilfælde ikke er den risiko for vildledning af forbrugere, som udgør baggrunden for forvekslingsforbudet (loven findes i GRUR Int. 1993.663ff. og trådte i kraft den 1.4.1993). Hermed er den reelle adgang til at parallelimportere til Schweiz formentlig snævrere end i henhold til f.eks. dansk og tysk ret, hvor kvalitetsforskelle ikke tillægges videre betydning, blot varerne er bragt på markedet af den berettigede selv eller med dennes samtykke (og ikke efterfølgende forandret).

I *fransk varemærkeret*, som i sin klassiske skikkelse (læren om forveksling (*contrefaçon*)) minder om traditionel schweizisk ret, er et almindeligt konsumptionsprincip anerkendt ved CDPI, Art. L-713-4, jf. herom ovenfor.

3.3. Konsumptionsprincippet som ramme

Konsumptionsprincippet er i tysk ret udviklet som et *immaterialretligt princip*. Beskrivelsen er velegnet, hvis man derved søger at fremhæve som et karakteristisk træk ved konsumptionsprincippet, at det har karakter af en immaterialretlig balancemekanisme, der begrænser omfanget af eneretten, og som er internaliseret i den tekniske immaterialret ved hjælp af særlige bestemmelser. Beskrivelsen er derimod mindre velegnet, hvis man søger at udtrykke, at princippet på *udtømmende* vis regulerer forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer med hensyn til eksemplarejers dispositionsret. Reglerne i den almindelige konkurrenceret og – for EU-retten – om den fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser er ikke principielt udelukket fra at finde anvendelse i relation til konsumptionsproblematikken. En sådan *tværfortolkning* bør vel helst undgås, men der er intet i konsumptionsprincippets »immaterialretlige« karakter, som er til hinder herfor.

Den væsentlige risiko ved konsumptionsprincippet og opfattelsen af dette som et immaterialretligt princip består i, at man søger en løsning ud fra snævre overvejelser angående »immaterialrettens karakter« eller lignende. Vanskelighederne i den forbindelse kan illustreres med diskussionen i *tysk ret* angående den præceptive, regionale konsumption,

som er indeholdt i Varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1.¹¹⁶ Ullrich bemærker, at udviklingen i henseende til den retlige bedømmelse inden for EU af konsumptionsprincippet – hvad han med et rammende udtryk betegner som en »handelspolitisk instrumentalisering«¹¹⁷ – har ført til, at konsumptionslæren så at sige er gledet ud af »immaterialrettens« indhold og har mistet sin »... Legitimität als *schutzrechtsimmanenter Garant der Freiverkehrs- und Wettbewerbsträglichkeit des Immaterialgüterschutzes* ...«. ¹¹⁸ Den samme opfattelse deler Ohly: »... the driving force behind permitting parallel imports inside the European Union is not trade mark law but the creation of an internal market«. ¹¹⁹

Rammen for kritikken er vanskelig at forstå: Konsumptionsprincippet som sådant har intet indhold og derfor ingen selvstændig legitimitet. Konsumptionsprincippet viser tilbage til en *interesseafvejning*, som på ingen måde kan reduceres til »Freiverkehrs- und Wettbewerbsträglichkeit« eller »trade mark law«. Det er således også misvisende, at Ullrich fremstiller udviklingen således, at konsumptionsprincippet i den særlige EU-retlige aftapning har ændret karakter, idet det er overgået fra at være et immaterialretligt princip til at blive et handelspolitisk. Ullrich har derimod ret i, at karakteren og vægtningen af de *hensyn*, som konsumptionsprincippet viser tilbage til, har ændret karakter inden for de seneste år. Dette fører dog ikke til, at princippet er hverken mere eller mindre immaterialretligt eller politisk, end det hele tiden har været.

Det er på denne baggrund afgørende at fastholde, at de konkrete hensyn, som medgår ved fastlæggelsen af konsumptionsreglen, ikke er begrænset efter deres art; hvilket Ullrich tydeligt mener er tilfældet. Princippet viser tilbage til en almen samfundsmæssig afbalancering. Det er netop *muligheden for at operationalisere de aktuelle og almene samfundsmæssige hensyn i relation til aftaler om salg af immaterialretligt beskyttede produkter, der udgør konsumptionsprincippets afgørende fordel i forhold til en kontraktuel model*. Som eksempler på hensyn, som har været fremhævet i teori og praksis, kan nævnes hensynet til rettighedshavers *belønning*, erhververs almindelige *råderet, omsætningens sikkerhed, kulturelle hensyn* (biblioteker), *konkurrencemæssige hensyn* og *regionale hensyn*. Karakteren

116. Ullrich (1996a). Se i samme forbindelse også Ullrich (1975). Se også Beier (1970) og (1990), som forsøgte at formulere konsumptionsprincippet i relation til udviklingen i EF-domstolens praksis og med kravet om »samtykke« som det afgørende, uden at dette har sat sig videre spor i tysk teori eller praksis.

117. Ullrich (1996), p. 564. Tilsvarende Joller (1998), p. 760 og 765.

118. Ullrich (1996), p. 564.

119. Se tilsvarende Ohly (1999), p. 520.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

og vægtningen af de involverede hensyn lader sig ikke fastlægge endeligt, den *reelle konsumtionsvirkning* må undertiden fastlægges på baggrund af en kombination af f.eks. en direktivfødt konsumptionsregel og konkurrencereglerne eller reglerne om varernes fri bevægelighed.

Det karakteristiske for den moderne udvikling er en øget betoning af de almene hensyn, hvilket leder til en øget regulering via konsumptionsprincippet af forholdet mellem rettighedshaver og ejer. Konsekvensen af dette for aftaleforholdet er, at området for aftalefriheden bliver stadig mindre, idet de almene hensyn i stigende grad bliver afgørende for retsstillingen mellem parterne. Dette skal i det følgende illustreres i forbindelse med en drøftelse af parallelimport i regional og global belysning.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

Et centralt tema i den aktuelle diskussion om konsumptionsprincippets rette udformning er *konsumtionens territoriale udstrækning*. Man kan i den forbindelse identificere to tendenser i den internationale samhandel: *Regionaliseringen* og *globaliseringen*. Hovedeksemplet på den regionale bevægelse i det følgende er EU (EØS-området), men det er væsentligt at bemærke, at den europæiske regionalisering via EU (EØS) er udtryk for en *generel tendens* som også ses i bl.a. Nordamerika med oprettelsen af NAFTA-samarbejdet.^{120 121} *Regionaliseringen* tager sigte på fremme frihandel mellem regionslandene bl.a. ved afskaffelsen af toldmæssige og handelstekniske barrierer for samhandlen. Regionaliseringen indebærer i større eller mindre udstrækning, at adgangen til regionens marked forbeholdes deltagerlandene. *Globaliseringen* tager sigte på international

120. North American Free Trade Agreement, som er en frihandelsaftale indgået mellem Canada, Mexico og USA med ikrafttræden 1.1.1994. Se nærmere om aftalens betydning for immaterialretten generelt og særligt om ophavsretten hos *Haedicke (1997)*, p. 120ff. Se også *Gendreau (1995)* for en generel beskrivelse af NAFTA og (1998), p. 646 vedr. en række ophavsretlige spørgsmål.

121. Se også f.eks. for *Latinamerika*: Andean Community og Mercosur og *Asien*: ASEAN, AFTA SAPTA. Desuden findes bl.a. *APEC* (Asia Pacific Economic Cooperation, bl.a. Australien, Canada, Japan og USA), *Association of Caribbean States*, (Association of Southeast Asian Nations, bl.a. Indonesien, Malaysia og Philipinerne), *UDEAC* (Central African Customs and Economic Union), *CACM* (Central American Common Market) og *Comesa* (Common Market for Eastern and Southern Africa). Se nærmere *Holm, Vestergaard Knudsen & Nielsen (1999)*, p. 193ff. og nedenfor om de særlige regler i WTO, som vedrører regionale handelsarrangementer.

frihandel, dvs. på afskaffelse af internationale barrierer for varernes fri bevægelighed. Det forløbige mest prægnante udtryk for globaliserings-tendensen på det immaterialretlige område, er *TRIPs* (-aftalen) indgået under Verdenshandelsorganisationen.¹²² De to strømninger udgør til dels modsætninger, hvis man betragter deres målsætning isoleret. Som det skal vises nedenfor, er det dog vigtigt – i hvert fald for så vidt angår immaterialretten – ikke at overdrive betydningen af denne modsætning.

Karakteren og styrken i den regionale henholdsvis globale bevægelse skal her drøftes i relation til *parallelimportspørgsmålet*, som udgør den operative side af konsumtionslæren i relation til samhandel. Parallelimportdiskussionen er særdeles velegnet til at illustrere betydningen af de almene handelsmæssige strømninger for immaterialretten, idet spørgsmålet angår adgangen for rettighedshaveren til at styre varestrømmene ved at hindre import via immaterialretten.¹²³ Med henblik på nærmere at diskutere spørgsmålene drøftes nedenfor først udviklingen i *EU-retten*, dernæst indholdet af *TRIPs*. Det er i den forbindelse ikke hensigten at give en udtømmende redegørelse for konsumptionsprincippets udvikling, men blot at identificere en række hensyn m.v., som kan anvendes ved den efterfølgende diskussion af den konkrete betydning for konsumptionsprincippets indretning af den regionale og globale udvikling. Det centrale spørgsmål for diskussionen nedenfor er, hvorvidt man inden for *EU-retten* bør operere med et generelt princip om regional konsumtion og kun dette. Den almene baggrund for den diskussion udgøres af den regionale/globalt spænding, men den konkrete diskussion varierer efter retsgrundlag og forskellige reelle hensyn.

122. Et andet eksempel, der dog slet ikke har samme ambition som *TRIPs* (og som vist desuden har tabt voldsomt i fart), er *MAI-aftalen* inden for *OECD* (*Multilateral Agreement on Investment*). Aftalen skal ikke omtales nærmere her, da der er meget sparsomme kilder til aftalen, og da den i principiel henseende – frihandel – er på linje med *TRIPs*. Se om aftalen *Haedicke* (1998). I relation til immaterialretten har globaliseringen i form af *TRIPs* aftalen indgået under *WTO* haft den væsentlige *institutionelle* effekt, at det traditionelle internationale forum til diskussion af internationale immaterialretlige spørgsmål – *WIPO* – har mistet i betydning, se nærmere om denne udvikling, som har stor praktisk og signal-mæssig værdi, hos *Schovsbo* (1998c), p. 478 og 482ff. og nærmere om forholdet *WTO/WIPO* og *TRIPs/BKV* (m.v.) hos *Samuelson* (1999).

123. Der er naturligvis også andre retlige forhold, som påvirker adgangen til at foretage parallelimport, bl.a. aftalemæssige begrænsninger (selektive distributions-systemer), konkurrenceretlige forhold m.v. Disse forhold skal ikke omtales udtrykkeligt i det følgende.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

Virksomheden af et *regionalt konsumptionsprincip* i EU-retten er – kort fortalt – at der foretages en knivskarp sondring mellem på den ene side varer, som er markedsført første gang af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke *inden for EØS-området* (regionen), og på den anden side varer, hvis første markedsføningssted er *uden for* regionen. Den nærmere fastlæggelse af markedsføningsstedet og indholdet af samtykke-kriteriet volder store praktiske vanskeligheder, som ikke skal forfølges nærmere på dette sted. Til brug for den følgende diskussion af de territoriale aspekter kan det dog noteres, at produkter almindeligvis først anses for »markedsført inden for regionen«, når de rent fysisk er udbudt til salg (»markedsført«) der.¹²⁴ I det omfang dette er foretaget af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke, er der indtrådt konsumption. Med hensyn til *import* af varer, som er produceret og/eller markedsført første gang uden for regionen, anses markedsføring for at have fundet sted inden for regionen, hvis importen og den efterfølgende markedsføring har fundet sted med rettighedshaverens samtykke hertil.¹²⁵ Den konkrete virkning af princippet om regional konsumption er, at (parallel)import kan hindres for så vidt angår produkter, som er markedsført af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke uden for regionen. På den anden side gælder, at produkter, som en gang er markedsført inden for regionen, frit kan cirkulere inden for regionen eller – hvis de efter denne markedsføring er eksporteret til et land uden for regionen – reimporteres.

4.1. Nationalstaten og territorialitetsprincippet

Konsumptionsprincippet udtrykker en afbalancering af interesser mellem rettighedshaver og eksemplarejer. Rammerne for den afbalancering har traditionelt været det *nationale* marked. Dette er navnlig tydeligt for så vidt angår *patentretten*, hvor konsumptionen traditionelt opfattes som snæver. I den tysk inspirerede model viser dette sig ved, at den patentretlige konsumption er blot *national*. Også inden for *varemærkeretten*, hvor konsumptionen traditionelt er anset for vid (i traditionel tysk og skandinavisk ret: global), udgør nationalstaten omdrejningspunktet: De hjemlige forbrugere skal ikke betale for, at varemærkeindehaveren vil konkurrere på prisen i udlandet.¹²⁶

124. En begrænsning af importen forudsætter, at den immaterialretlige eneret – »spredningsretten« – indeholder en eneret til »import«. Dette forudsættes i det følgende at være tilfældet.

125. Jf. nærmere *Koktvedgaard* (1999), p. 331 og *Schovsbo* (1999) om C-173/98, *Sebago* fra EF-domstolen af 1.7.1999, som kastede en vis klarhed over området. Som sagt ovenfor er der yderligere sager på vej til EF-domstolen (*Davidoff* m.fl.).

126. For varemærkeretten har territorialitetsprincippet traditionelt ikke haft den samme betydning som for de øvrige rettighedstyper. Som følge af *Kohlers* arbejder ansås varemærkerettens udgangspunkt således at være et *universalitetsprincip*. Se nærmere herom *Levin* (1990), p. 107ff., som viser, hvorledes den universalistiske model i klassisk tysk ret »nødvendigtvis« førte til global konsumption. En sådan konstruktiv anvendelse af universalitetsprincippet er naturligvis lige så ubrugelig som en tilsvarende brug af territorialitetsprincippet. Noget andet

Inden for EU-samarbejdet har regionaliseringen medført, at nationalstaten har mistet sin betydning som omdrejningspunkt for den immaterialretlige regulering. Denne omstilling har vist sig at give anledning til store problemer både med hensyn til den konkrete udmøntning af de regionale hensyn og med hensyn til den begrebsmæssige håndtering. For den konkrete udmøntning af konsumptionsprincippet har regionaliseringen tilvejebragt et praktisk *alternativ* til det traditionelle valg mellem national og global konsumption. Med regionaliseringen har de traditionelle konklusioner på konsumptionsspørgsmålet således mistet deres relevans. En snæver (patentretlig) konsumption er ikke nødvendigvis ensbetydende med *national* konsumption. Og en vid (varemærkeretlig) konsumption betyder ikke automatisk *global* konsumption. I begge tilfælde tilbyder den *regionale* konsumption en ny og tredje mulighed. For lande, som ikke er tilsluttet en region, stiller sagen sig anderledes. Dette gælder som sagt navnlig *Schweiz*, hvor udviklingen nu går i retning af global konsumption. Baggrunden for dette er bl.a., at alternativet til den globale konsumption på grund af den manglende tilslutning til en region (EØS/EU) er blot *national* konsumption.¹²⁷

Nationalstatens betydning som referencepunkt må ikke forveksles med spørgsmålet om *territorialitetsprincippets* (normative) betydning. Territorialitetsprincippet udtrykker det almindelige folkeretlige suverænitetsprincip.¹²⁸ Beskyttelsen er begrænset til et *territorium*. Retten opstår og må gøres gældende i henhold til en national lovgivning. I Danmark gælder den danske patentlov, i Tyskland den tyske osv. osv. Man kan således ikke af territorialitetsprincippet udlede, hvorledes man i national ret skal bedømme handlinger – f.eks. en markedsføring – som er foretaget i udlandet.¹²⁹ For konsumptionsproblematikken indebærer dette, at

er, at spændingen mellem universalitet og regionalitet (territorialitet) fortsat dækker over reelle problemer inden for varemærkeretten (Internettet m.v.), jf. herom *Koktvedgaard* (1999c), p. 61.

127. Alternativet fremhæves i *Kodak*-dommen fra Handelsgericht Zürich af 23.11.1998 ang. patenter, GRUR Int. 1999, p. 556. Se også *Nintendo*-dommen fra den schweiziske højesteret ang. ophavsret af 20.7.1998, GRUR Int. 1999, p. 363f.

128. Der henvistes navnlig tidligere til, at PKV artikel 4b, stk. 1 og 2 – princippet om patentets territoriale uafhængighed – skulle hjemle en særlig »territorialitetsvirkning«. Dette afvises nu almindeligvis – og med rette, jf. *Beier* (1996), p. 6, *Kunz-Hallstein* (1998), p. 270 (der ligeledes afviser, at PKV, artikel 5d, skulle have direkte betydning for konsumptionsspørgsmålet) og *Verma* (1998), p. 556.

129. Se for tysk ret især *Beier* (1970), p. 59 (GRUR Int. 1968.12) og *samme* (1996), p. 5f. Se også *Riehle* (1968), p. 89 og *Koktvedgaard* (1970), p. 237. I navnlig traditionel *schweizisk* ret tillagdes territorialitetsprincippet dog en selvstændig betydning,

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

fastlæggelsen af, hvor i verden den første markedsføring skal have fundet sted for at udløse konsumtion i henhold til den nationale lovgivning, ikke følger af territorialitetsprincippet. Af dette princip følger alene, at det tilkommer national lovgivning – med respekt af eventuelle konventionsmæssige forpligtelser – at afgøre betydningen af de udenlandske handlinger.

Regionaliseringens betydning for de klassiske immaterialretlige figurer kan følges ad flere spor. I det følgende drøftes konsumtion. Et andet eksempel findes i relation til de traditionelle *immaterialretlige konventioner*, f.eks. Berner-, Pariser- og Romkonventionerne. Et af de bærende principper i disse konventioner er adgangen for de enkelte unionslande til inden for rammerne af princippet om national behandling at indgå gensidige aftaler, hvorefter den indbyrdes beskyttelse – f.eks. med hensyn til beskyttelsestidens længde (BKV artikel 7, stk. 8) – fastlægges mellem de involverede lande (materiel reciprocitet), jf. herom Riis (1996), p. 147ff. EF-domstolen fastslog ved sin dom i Forenede sager C-92 og 326/92, *Phil Collins* (Saml. 1993/I-5145), at en sådan praksis mellem EU-lande efter omstændighederne er i strid med forbudet mod nationalitetsdiskrimination i artikel 6 EF (se især præmis 33). Inden for EU skal EU-borgere og virksomheder behandles ens: »Farväl reciprocitet ...« (Karnell (1994), p. 36). Riis (1996), p. 153, ser med rette betoningen af ikkediskriminationsprincippet som udtryk for en regionalisering af ophavsretten. Hensynet til forpligtelser i henhold til internationale konventioner (Bernerkonventionen) var også fremme i Forenede sager C-241 og 242/91 P, *Magill TV-Guide*, Saml. 1995/I-743. I præmis 84 fastslog domstolen, at konventionsreglerne alene har betydning for forholdet til tredjelande. I forholdet mellem medlemslande gælder alene Traktatens principper. De regionale principper om forbud mod ikkediskrimination er i den seneste udvikling udsat for et globalt pres via TRIPs artikel 4 om mestbegunstigelsesprincippet. Se om *Phil Collins* sagen i så henseende Karnell, a.st. og Riis (1996), p. 152 og om TRIPs artikel 4 nedenfor, 4.3.2.1.

4.2. Regionalisering: Konsumptionsprincippet i EU-retten med særligt henblik på parallelimport

Det EU-retlige udgangspunkt for diskussionen af konsumtionspørgsmålet er etableringen af *fællesmarkedet* (det indre marked).

Om formålet med EF hedder det i TEF (Amsterdam-traktaten), artikel 2 EF, bl.a., at

hvilket for patent- og varemærkeretten ledte til et udgangspunkt om blot »national« konsumtion, jf. Levin (1990), p. 133ff., Cottier (1995) og Schovsbo (1996a), p. 133. I nyere schweizisk praksis antages territorialitetsprincippet imidlertid ikke i sig selv at udelukke, at forhold, som har fundet sted i udlandet (f.eks. en markedsføring), tillægges retlig betydning i Schweiz, jf. *Kodak-dommen* fra Handelsgericht Zürich af 23.11.1998, GRUR Int. 1999, p. 558. Se dog Lutz (2000), p. 500 vedr. ophavsretten, som fastholder den traditionelle – og besynderlige – opfattelse.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

»Fællesskabet har til opgave gennem oprettelsen af et *fælles marked* og en økonomisk og monetær union samt gennem iværksættelsen af fælles politikker eller aktioner ... i Fællesskabet som helhed at fremme en harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling af den økonomiske virksomhed ...« (min kursivering).

I artikel 3 EF hedder det videre, at

»1. Med de i artikel 2 nævnte mål for øje skal Fællesskabet virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne Traktat, indebære
a) forbud, Medlemsstaterne imellem, mod told og kvantitative restriktioner ved varers ind- og udførsel, såvel som af alle andre foranstaltninger med tilsvarende virkning

...

g) gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes

...«

Af andre bestemmelser af betydning for den følgende diskussionen kan nævnes artikel 131 EF – om handelspolitikens målsætning:

»Ved at oprette en toldunion har Medlemsstaterne til hensigt i fælles interesse at bidrage til en harmonisk udvikling af verdenshandelen, en gradvis afskaffelse af restriktionerne i den internationale handel og en sænkning af toldskranke.
...«

Bestemmelsen har ingen direkte betydning for konsumptionspørgsmålet. Man kan navnlig ikke som *Verma* (1998), p. 557 af den hensigtserklæring, som ligger i artikel 131 EF, udlede en forpligtelse for EU til at anerkende global konsumption. EF-domstolen gjorde det tværtimod klart i *EMI/CBS*-sagen,¹³⁰ at den regionale konsumption er et produkt af regionaliseringen, jf. nærmere nedenfor. I den seneste udvikling påhviler der som følge af regionaliseringen i et vist omfang medlemslandene en forpligtelse til ikke at operere med global konsumption. Artikel 131 EF er ikke til hinder for denne udvikling. Dette ligger vel også i henvisningen i bestemmelsen til, at udgangspunktet for den harmoniske udvikling af verdenshandelen er medlemslandenes fælles – dvs. *regionale* – interesse. Som det skal vises, gælder endelig, at der ikke i betoningen af det regionale udgangspunkt nødvendigvis ligger noget misligt. Det er således på ingen måde givet, at en »harmonisk udvikling af verdenshandelen« er ensbetydende med global konsumption.

Etableringen af *fællesmarkedet* udgør således referencepunktet både for reglerne for varernes *fri bevægelighed* (artikel 28/30 EF) og for *konkurrenceretten* (artikel 81/82 EF). For så vidt angår den konkrete udmøntning af disse principper med hensyn til immaterialretten yder traktaten ingen

130. Sag 51/75, *EMI/CBS*, Saml. 1976/811.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

videre vejledning. Af artikel 295 EF fremgår, at »de ejendomsretlige ordninger i Medlemsstaterne berøres ikke af denne Traktat«. Af artikel 30 EF fremgår, at hensynet til beskyttelsen af bl.a. »industriel og kommerciel ejendomsret« kan retfærdiggøre sådanne handelsrestriktioner, som er forbudt i medfør af artikel 28 og 29 EF. Udtrykkene i artikel 295 EF og 30 EF omfatter immaterialretten, herunder ophavsretten og beskyttelsen af geografiske oprindelsesbetegnelser.

4.2.1. Første fase: Konsumptionsprincippet og det indre marked

Den første sag for EF-domstolen angående parallelimport var *Consten/Grundig* fra juli 1966,¹³¹ som blev bedømt i henhold til konkurrencereglerne (artikel 81 EF (tidligere: 85)). De konkrete omstændigheder – et aftalekompleks – gjorde det ikke nødvendigt for domstolen at tage stilling til den isolerede anvendelse af varemærkeretten til brug for at hindre parallelimport. Der var derfor ikke grundlag for at komme ind på et konsumptionsprincip. Afgørelsen fik imidlertid stor betydning også for den senere praksis vedrørende artikel 28 og 30 EF, idet domstolen i sagen fandt, at en ophævelse af et aftalevilkår ikke stred mod Traktatens grundlæggende respekt for de nationale regler, idet pålægget om ikke at bruge den nationale ret til hindre parallelimport »... ikke [berører] disse rettigheders *eksistens*, men begrænser deres *udøvelse*, for så vidt dette er nødvendigt for håndhævelsen af forbudet i artikel 85, stk. 1 [nu artikel 81 EF]«. ¹³²

Konsumptionsprincippet blev først introduceret i 1974 med *Centrafarm*-sagerne i forbindelse med reglerne om *varernes fri bevægelighed*.

Centrafarm-sagerne angik parallelimport fra England (og Tyskland) til Holland. Det amerikanske firma Sterling Drug Inc. var indehaver af nationale patenter i adskillige lande, herunder i England og Holland på metoden til fremstilling af lægemidlet *acidum nalidixicum*, der anvendes mod infektioner i urinvejene. I England og Holland forhandlede produktet under varemærket NEGRAM. Produktion og afsætning i England blev varetaget af Sterling-Winthrop Group Ltd., der er et datterselskab af Sterling Drug Inc., som er indehaver af varemærkeretten for England. I Holland, hvor der ikke blev produceret medicin, tilhørte varemærket Winthrop B.V., som er et datterselskab af Sterling-Winthrop Group Ltd. *Centrafarm* opkøbte medicin i England (også en smule i Tyskland), hvor medicinen var omtrent halvt så dyr som i Holland, og videresolgte medicinen i Holland.

131. Forenede sager 56 og 58/64, *Consten/Grundig*, Saml. 1965-1968.245.

132. Saml. 1965-1968, p. 258, min kursivering.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

Spørgsmålet for domstolen var, om parallelimporten til Holland krænkede hhv. *patentretten* (Sag 15/74, *Centrafarm/Sterling Drug Inc.*) og *varemærkeretten* (Sag 16/74, *Centrafarm/Winthrop B.V.*)¹³³ EF-domstolen fandt i begge tilfælde ved dommene af 31. oktober 1974, at parallelimporten ikke kunne hindres, og begrundede i begge tilfælde sit resultat med et princip om regional konsumption.

Centrafarm/Winthrop:

»(præmis 9) en hindring for varernes frie bevægelighed kan følge af regler i en national lovgivning vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret, som bestemmer, at indehaverens varemærket ikke udtømmes ved markedsføringen af et produkt i en anden medlemsstat under dette mærke, således at indehaveren kan modsætte sig import til sit eget land af det produkt, der er bragt i omsætning i en anden stat;

(præmis 10) en sådan hindring er ikke berettiget, når produktet lovligt er blevet afsat på markedet i den medlemsstat, hvorfra det er importeret, af indehaveren selv eller med hans samtykke, således at der ikke kan opstå spørgsmål om misbrug eller efterligning af mærket;

(præmis 11) dersom nemlig mærkeindehaveren kunne forbyde import af beskyttede produkter, bragt i omsætning i en anden medlemsstat af ham selv eller med hans samtykke, ville han have mulighed for at opdele de nationale markeder og således foretage en restriktion af handelen mellem medlemsstaterne, uden at en sådan restriktion var nødvendig for at sikre ham det væsentlige i de enerettigheder, som flyder af mærket.« (min kursivering)¹³⁴

Siden *Centrafarm*-sagerne har domstolen løbende bekræftet konsumptionsprincippet.¹³⁵ Anvendelsen af en immaterialret til at hindre eller blot vanskeliggøre import anses som en foranstaltning i strid med artikel 28 EF (tidligere: artikel 30). En sådan foranstaltning tillades kun, hvis den er omfattet af artikel 30 EF (tidligere: artikel 36), hvilket videre er tilfældet, hvis foranstaltningen hører til (bl.a.) rettens »eksistens«, dens

133. Hhv. Saml. 1974.1147 og 1974.1183.

134. Formuleringen i *Centrafarm/Sterling Drug* er stort set parallel (se præmis 10-12). Præmis 11 i denne dom lyder dog således: »Selv om en sådan hindring for den frie varebevægelighed kan være berettiget med henblik på beskyttelse af den industrielle ejendomsret, når denne beskyttelse påberåbes over for et produkt hidrørende fra en medlemsstat, hvor det ikke kan patenteres, og hvor det er blevet fremstillet af tredjemænd uden patentindehaverens samtykke, såvel som hvor der foreligger patenter, hvis oprindelige indehavere juridisk og økonomisk ikke er afhængige, er til gengæld fravigelsen fra princippet om varernes frie bevægelighed ikke berettiget, når produktet lovligt er blevet afsat på markedet i den medlemsstat, hvorfra det er importeret, af indehaveren selv eller med hans samtykke, særligt når det drejer sig om en indehaver af parallelle patenter.«

135. Senest ved dom af 10.12.1999 i sag C-379/97, *Upjohn*, jf. dennes præmis 13.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

»særlige genstand«, ¹³⁶ hensynet til rettens »hovedfunktion«, ¹³⁷ den »retmæssige udøvelse« ¹³⁸ eller den »legitime« håndhævelse. Med hensyn til varer, som er markedsført inden for EØS-området af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke, er en importrestriktion almindeligvis ikke retfærdiggjort efter artikel 30 EF.

Resultatet i EU-retten – parallelimport kan principielt ikke hindres ¹³⁹ – beror, som det er fremhævet flere gange, på en *interesseafvejning*, der har regionen som omdrejningspunkt: »EFs interesse i frie varebevægelser må afvejes over for de nationale interesser, som ligger til grund for de pågældende foranstaltninger«. ¹⁴⁰ De forskellige udtryk, som domstolen anvender, tjener, som påpeget af *Gulmann*, blot til at skjule domstolens retsskabende virksomhed ved at objektivere resultatet af denne afvejning. ¹⁴¹ Når resultatet kan angives så entydigt for så vidt angår parallelimport skyldes det, at de EF-retlige interesser – regionaliseringen – på dette punkt er meget fremtrædende og klare. Hensynet til *varernes frie bevægelighed* suppleres af andre hensyn; bl.a. den *effektive konkurrence*, ¹⁴² fællesskabets *økonomiske og kulturelle udvikling* samt hensynet til de »almindelige fællesskabsretlige grundsætninger«, så som ejendomsrettens ukrænkelighed og retten til frit at udøve et erhverv ¹⁴³ og forbudet mod nationalitetsdiskrimination. ¹⁴⁴ Også for disse hensyn udgør *regionaliseringen* den samlende referenceramme. Fortolkningen af de *direktivhjemlede* konsumtionregler skal ligeledes ske inden for de traktatmæssige rammer. ¹⁴⁵

136. Sag 102/77, *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, Saml. 1975/1139, præmis 7 og Sag C-200/96, *Metronome/Music Point*, dom af 28.4.98, præmis 14.

137. Sag 62/79, *Coditel/Ciné Vog*, Saml. 1980/881, præmis 14 (ophavsret).

138. Sag 144/81, *Keurkoop/Nancy Kean Gifts*, Saml. 1982/2853, præmis 24.

139. For produkter, der omsættes i *selektivt afsætningssystemer* eller *franchiseordninger*, modificeres princippet dog noget. I sådanne tilfælde er det almindeligvis tilladt at forbyde salg til udenforstående (ikkeautoriserede) forhandlere. Der skal derimod være fri adgang til parallelsalg i form af »krydssalg« mellem autoriserede forhandlere inden for forskellige områder. Se nærmere *Schovsbo* (1996a), p. 83 fn. 3 og nu Frd. 2790/99, artikel 4, b.

140. *Gulmann* (1980), p. 385.

141. *Gulmann* (1980), p. 387. Se også for en kritik af sondringen mellem »eksistens« og »udøvelse« m.v. *Schovsbo* (1996a), p. 13ff.

142. Sag 40/70, *Sirena/Eda*, Saml. 1971/7 og Sag C-200/96, *Metronome/Music Point*.

143. Sag C-200/96, *Metronome/Music Point*, dom af 28.4.1998, præmis 21f.

144. Forenede sager C-92/92 og C-326/92, *Phil Collins*, Saml. 1993/I-5145, præmis 17.

145. Se navnlig dom af 11.7.1996 i forenede sager C- 427, 429 og 436/93, *Bristol-Myers Squibb*, og herom nedenfor.

Det gennemgående træk i EF-domstolens praksis er betoningen af, at konsumptionsprincippet er nødvendigt for at sikre markedsintegrationen.¹⁴⁶ Det karakteristiske ved denne argumentation i modsætning til den traditionel, national begrundelse er for det første, at hensynet bag reguleringen er flyttet fra det nationale til det regionale. Hertil – og for det andet – kommer, at konsumptionsdiskussionen *instrumentaliseres* i den forstand, at det afgørende for domstolen er markedsvirkningen: Princippet udformes med henblik på at fremme integrationen.

Konsumptionsprincippets formulering i relation til realiseringen af de regionale mål indebærer, at den konkrete udformning af princippet har været stærkt påvirket af udviklingen i den almene EF-ret. Konsumptionsprincippet følger i den forbindelse den almindelige periodisering af EF-retten: Efter en meget hårdhændet behandling i 1970-erne – navnlig *Hag I* og *Sirena*-dommene – er luften mildnet siden midten af 1980-erne.¹⁴⁷ Karakteren af den bedømmelse af konsumptionssspørgsmålet, som følger af traktaten, beror derfor ikke alene på reglernes konkrete indhold, men også på de almene forhold, som traktaten indgår i, herunder bl.a. og navnlig skismaet mellem *regionalitet* og *globalitet*. Det er i den forbindelse karakteristisk for den senere udvikling – 2. fase – at formuleringen af disse rammebetingelser i kraft af den øgede EU-regeludstedelse på området i stigende grad præges af mere »immaterialretlige« hensyn, se herom i det følgende.

4.2.1.1. Konsumptionsprincippet og markedsintegration

Det domstolsudviklede konsumptionsprincip har ledt til en række vanskeligheder med at fastlægge og forudsige retsstillingen. Vanskelighederne skyldes navnlig, at Domstolen ved udviklingen af princippet på baggrund af alene *Traktatens regler* har haft blik for integrationshensynet forstået blot som afskaffelsen af de indre grænser og etableringen af effektiv konkurrence. Domstolen har således ikke formået at tilvejebrin-

146. F.eks. Sag 78/70, *Deutsche Grammophon*, præmis 12, Forenede sager 55 og 57/80, *Musik Vertrieb Membran*, præmis 14, Sag 270/80, *Polydor/Harlequin*, præmis 16, Forenede sager C-427, 429 og 436/93, *Bristol-Myers Squibb*, præmis 40, Forenede sager C-267 og 268/95, *Merck II*, præmis 37 og Sag C-337/95, *Dior*, præmis 37

147. Se som et konkret eksempel på denne udvikling den ulykkelige lære om *fælles oprindelse*, som blev indledt i Sag 40/70, *Sirena/Eda*, Saml. 1971/7, udbygget med Sag 192/73, *HAG I*, Saml. 1974/731 for siden at blive afskaffet omkring 1990 med Sag C-10/89, *HAG II*, Saml. 1990/I-3711 og Sag 9/93, *IHT Internationale Heiztechnik/Ideal-Standard*, Saml. 1994/I-2789.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

ge et sammenhængende konsumptionsprincip. I det følgende skal blot nævnes et par eksempler på problemerne.

a. Patentretten: Merck-sagerne

For patentretten fandt Domstolen i *Merck*-sagerne, at import af medicin ikke kunne hindres fra et område i EU – hhv. Italien og Portugal og Spanien – hvor medicinen var markedsført med samtykke fra rettighedshaveren i importlandet, uanset at det pågældende produkt *ikke kunne* patentbeskyttes i eksportlandet.¹⁴⁸ Belønningen, i form af en prisfastsættelse på baggrund af eneretten, var således ikke mulig i eksportlandet. I kraft af parallelimporten var der, ville man traditionelt hævde, intet tilbage af belønningen i Holland. Afgørelsen er vel ikke udtryk for, at EF-domstolen ikke anser den patentretlige belønning for væsentlig. Afgørelsen beror på, at andre hensyn – markedsintegrationen – undertiden er vigtigere. Afgørelsen gør det dog ikke videre klart, hvornår det er tilfældet.

b. Varemærkeretten: Ompakning m.v.

Linjen fra *Merck*-sagerne er gået igen i de varemærkeretlige sager om ompakning af lægemidler, hvor det fremhæves, at adgangen for rettighedshaveren til som den eneste at påsætte mærket, er en central del af den varemærkeretlige eneret. Samtidig fremgår det dog af praksis, at denne eneret kun skal respekteres, *medmindre* hensynet til markedsintegrationen tilsiger noget andet.¹⁴⁹ Domstolen har i sagerne om *genanbringelse* efter ompakning søgt sin hjemmel i varemærkedirektivets artikel 7 og princippet om konsumtion, idet domstolen har forklaret, at artikel 7 alene tilsigter – og alene kan tilsigte – en regulering af konsumptionsspørgsmålet inden for de rammer, som er angivet af EF-domstolen i dens retspraksis på baggrund af traktaten.¹⁵⁰ Domstolens opfattelse af artikel 7, stk. 1, som en blot og bar kodifikation trådte også klart frem i den

148. Sag 187/80, *Merck I*, Saml. 1981.2063 og forenede sager C-267 og 268/95, *Merck II*. Se om sagerne bl.a. *Schovsbo* (1996b), kap. F.4.1.4.2, hvor det bl.a. påpeges, at *Merck II*-sagen bekræfter princippet i sag 19/84, *Pharmon/Hoechst*, Saml. 1985/228, hvorefter der ikke indtræder konsumtion for så vidt angår produkter, som er bragt på markedet i kraft af en tvangslicens.

149. Se dom af 11.7.1996 i forenede sager C-427, 429 og 436/93, *Bristol-Myers Squibb* og om disse og domstolens praksis på området i øvrigt hos *Schovsbo* (1996b), kap. B.4.6.2.4. Også f.eks. den varemærkeretlige *forvekslingsbedømmelse* skal foretages inden for rammerne af artikel 30 EF, jf. Sag 119/75, *Terrapin/Terranova*, Saml. 1976/1039 og Sag 317/91, *Deutsche Renault/Audi (Quattro)*, Saml. 1993/I-6227.

150. Forenede sager C-427, 429 og 436/93, *Bristol-Myers Squibb*, præmis 31 og 34-36.

seneste sag på området – *Upjohn*-sagen. EF-domstolen forklarede i denne dom, at Varemærkedirektivets artikel 7 (konsumptionsprincippet) *ikke* fandt anvendelse, »... såfremt parallelimportøren *udskifter* det originale varemærke med et andet mærke«. ¹⁵¹ I dette tilfælde er varemærkeindehaverens og parallelimportørens respektive rettigheder fastlagt i *artikel 28 og 30 EF* (tidligere artikel 30 og 36), ¹⁵² som hjemler en konsumtion i tilfælde, der nøje svarer til de tilfælde, som er fastlagt i sagerne om genanbringelse af varemærkerne. ¹⁵³ Ved at fastholde konsumptionsprincippet som et produkt af reglerne om varernes fri bevægelighed overser EF-domstolen hermed aldeles, at artikel 7 udgør en *integreret* del af den samlede formulering af varemærkeretten, som Varemærkedirektivet tilbyder. Det havde nok været mere nærliggende, om domstolen havde taget udgangspunkt heri frem for i de efterhånden mere og mere anstrengte betragtninger om varemærkerettens »særlige genstand« m.v.

c. Ophavsretten: »Reklamekonsumption«

På det ophavsretlige område fastslog EF-domstolen i *Warner Brothers*-dommen fra 17.5.1988 (sag 158/86), at en regel i den danske Ophavslov, der begrænsede konsumtionen fsva. udlejningsretten, ikke var i strid med artikel 30 EF, selv om reglen indebar, at en videofilm, som var indkøbt i England, hvor der ikke gjaldt begrænsninger, kun kunne udlejes i Danmark med samtykke fra rettighedshaveren. Domstolen forklarede, at »ophavsmandens væsentligste særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af værket« ikke anfægtes af reglerne i traktaten (præmis 13). Domstolen oplyste dernæst, at eneretten til udlejning – uden dog at være omfattet af ophavsmandens »væsentligste særrettigheder« – er af så væsentlig betydning for ophavsmanden, at et krav om særskilt samtykke i så henseende kan forenes med artikel 30 EF.

Ophavsmandens »væsentlige særrettigheder« er (endnu) ikke generelt reguleret i EF-retlig sammenhæng. ¹⁵⁴ Den præcise fastlæggelse af konsumtionen giver således fortsat anledning til praktiske og principi-

151. Dom af 12.10.1999 i sag C-379/97, *Upjohn*, præmis 28.

152. Dommens præmis 28.

153. Afgørende er herefter om udskiftningen af varemærket er »objektivt nødvendig«, jf. dommens præmis 42ff. og nærmere *Schovsbo* (1996b), kap. B.4.6.2.4.

154. For udleje og udlån foreligger der dog direktiv 92/100/EØF, som har ledt til større klarhed, sammenlign således *Warner Brothers*-dommen med domstolens afgørelse af 22.9.1998, *Laserdisken* i sag C-61/97 (se også sag C-200/96, *Metronome* af 28.4.1998).

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

elle vanskeligheder. Det seneste eksempel herpå er *Dior*-dommen fra 4.11.1997.¹⁵⁵ EF-domstolen fastslog her, at det tilkommer en parallelimportør at gøre reklame for (lovligt) importerede varer i form af en *gengivelse* af disse varers *varemærker*. Dette giver ikke anledning til videre principielle varemærkeretlige problemer. Sådanne opstår imidlertid i relation til ophavsretten, idet domstolen forklarede, at denne adgang tilkommer parallelimportøren, uanset at varemærkerne nyder *ophavsretlig beskyttelse*. Domstolen forklarede således, at den ophavsretlige beskyttelse »... under alle omstændigheder ikke [kan] være mere vidtgående end den, som under samme omstændigheder gives indehaveren af en varemærkeret« (præmis 58). Domstolen præciserede, at udgangspunktet også her er den respekt for »ophavsmandens to væsentligste særrettigheder«, som de blev angivet i *Warner Brothers*-sagen, dvs. eksemplarretten og retten til offentlig fremførelse. Som påpeget af *Annette Kur* er resultatet af *Dior*-dommen imidlertid, at EF-domstolen tilsyneladende uden videre overvejelser introducerede, hvad *Kur* kalder en »reklamekonsumptionsregel« (»presentation right«) af ukendt omfang vedrørende *eksemplarretten*.^{156 157} Om baggrunden for princippet anfører EF-domstolen, at den »kommercielle udnyttelse af ophavsretten« i form af ophavsmandens kontrol (via sine »væsentligste særrettigheder«) medfører samme »problemer« for – må man tro – *integrationen* som de øvrige immaterialrettigheder. Der er – som påpeget af *Kur* – vel ingen tvivl om, at afgørelsens resultat isoleret set er fornuftigt og velbegrundet,¹⁵⁸ men resultatet viser, at konsumptionsprincippet på ingen måde ligger fast på det ophavsretlige område.¹⁵⁹ Vanskeligheden heri består

155. Sag C-337/95.

156. Det vil sige den selv samme ret, som man netop havde erklæret for at udgøre en af »ophavsmandens væsentligste særrettigheder«. Sådanne henvisninger klinger efterhånden mere og mere hult.

157. *Kur* (1999a), p. 25, (1999b), p. 392ff. og (2000).

158. Se således ovenfor om vanskelighederne i *amerikansk* ret ved at operere med forskellige »konsumptionsregler« inden for varemærke- og ophavsretten. Domstolen har ved denne formulering endvidere imødegået et muligt pres på ophavsretten for øget beskyttelse af emballage m.v.

159. *Kur* (1999a) angiver endvidere, at domstolens argumentation giver grund til at befrygte, at også domstolens praksis med hensyn til retten til offentlig fremførelse – den anden af »ophavsmandens væsentligste særrettigheder« – står foran en revision. Der er da næppe heller tvivl om, at EF-domstolen, i det omfang eneretten til offentlig fremførelse støder sammen med reglerne om tjenesteydelsesernes fri bevægelighed på en tilstrækkelig kvalificeret måde, vil vælge at give sidst-

i, at retsudviklingen i mangel af klare retsakter overlades til *ad hoc* løsninger. Løsningen af problemet i *Dior*-dommen består således nok i en fælles regulering af *genstanden* for ophavsretlig beskyttelse. Emballage o.lign. hører slet ikke hjemme i ophavsretten, hvilket *Dior*-dommen illustrerer med al ønskelig tydelighed.¹⁶⁰ Denne løsningsmodel ligger imidlertid hinsides EF-domstolens kompetence.

I *Dior*-dommens præmis 59 sammenfattes retsstilingen således: »[artikel 28 EF og 30 EF] skal fortolkes således, at indehaveren af en varemærkeret eller en ophavsret ikke kan modsætte sig, at en forhandler, der sædvanligvis sælger artikler af samme art, men ikke nødvendigvis af samme kvalitet som de beskyttede varer, bruger disse i overensstemmelse med de fremgangsmåder, der er sædvanlige i hans branche, for at gøre offentligheden bekendt med videreforhandlingen af varerne, *medmindre det godtgøres, at brugen af de nævnte varer til dette formål, i betragtning af de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde, tilføjer deres omdømme alvorlig skade*«. Begrænsningen i henseende til anvendelse er således også fsva. ophavsretten relateret til den traditionelle varemærkeretlige referenceramme i form af goodwill-beskyttelsen. I denne tendens til *uniformering* af bedømmelsen af immaterialrettighederne ligger en yderligere *instrumentalisering* af konsumptionsprincippet, idet afvejningen ledes væk fra de individuelle »ophavsretlige« eller »varemærkeretlige« hensyn og i stedet forkuseres på integrationsmålsætningen. Se hertil også *Rognstad* (1999), p. 161f.

4.2.1.2. Sammenfatning: Første fase

Karakteristisk for den første fase af EF-domstolens udvikling af konsumtionsspørgsmålet er den ensidige betoning af den regionale målsætning forstået som *afskaffelsen af indre grænser*. Det regionale grundlag for afvejningen brydes med det nationale. Det sparsomme retsgrundlag for bedømmelsen af konflikterne har medført, at retsudviklingen stort set har været overladt til EF-domstolen, som navnlig har haft sig de regionale hensyn til konkurrence og varernes fri bevægelighed for øje. Resultatet er, at konsumptionsprincippet i vid udstrækning blev løsrevet fra den immaterialretlige sammenhæng, som princippet indgår i i de nationale immaterialretssystemer.

nævnte forrang, uanset ophavsrettens »særlige indhold« og »ophavsmandens væsentligste særrettigheder«.

160. Se nærmere *Schovsbo* (2000). Anglo-amerikansk ret har traditionelt ydet en vidtgående beskyttelse af emballage og andre former for kendetegn. Både UKOHL og USOHL indeholder da også regler, der tager sigte på den kommercielle afbildning, jf. herved UKOHL (CDPA 1988), art. 63(1): »It is not an infringement of copyright in an artistic work to copy it, or to issue copies to the public, for the purpose of advertising the sale of the work.« Tilsvarende i USOHL, sec. 113(c). Se nærmere herom hos *Verkade* (1998), p. 73.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

Udskiftningen af den traditionelle nationale orientering med de regionale målsætninger har, som det er fremgået, været en nødvendig og naturlig del af udviklingen af EU-retten. Det er imidlertid karakteristisk for denne første fase, at konsumptionsprincippet i et vist omfang kom til at fungere som en rambuk for en udvikling, snarere end som et princip, der havde sin præcise og klare plads i et sammenhængende system. Den første fase – kendetegnet ved en løsrevet og tilfældig retsudvikling på baggrund af EF-traktatens principper anvendt på de forelagte sager – er ikke overstået endnu, jf. *Dior*-dommen og ompakningssagerne. I metodisk henseende er den senere og igangværende udvikling imidlertid kendetegnet ved, at formuleringen af konsumptionsprincippet i stigende grad finder sted ved regeludstedelse i forbindelse med en mere samlet regulering. Hermed genindtræder konsumptionsprincippet i sin traditionelle og egentlige rolle som en immaterialretlig begrænsning i spredningsretten, dvs. som en integreret del af en almindelig, harmoniseret EU-immaterialret. Samtidig hermed er skismaet regionalitet/nationalitet gradvis er afløst af en brydning mellem regionalitet og globalitet.

4.2.2. Anden fase: Konsumptionsprincippet som del af en EU-immaterialret
Tendensen i udviklingen af immaterialretten på EU-plan går i retning af øget regulering via *EU-retsakter* i form af direktiver og forordninger. Udviklingen har også omfattet konsumptionsprincippet. Det er i den forbindelse væsentligt at notere, at konsumptionsbestemmelserne ikke kan anskues løsrevet fra den sammenhæng, som de indgår i. Konsumptionsregler udgør, således som de er formuleret i direktiverne m.v., en integreret del af den fælles immaterialretlige regulering. Princippet udgør i den forbindelse blot en af flere mekanismer, som har til formål at sikre den korrekte afbalancering af de involverede interesser. Hermed er grundlaget lagt ikke blot for udviklingen af et sammenhængende konsumptionsprincip i EU-retten, men også for en yderligere udvikling og præcisering af målsætningerne for regionaliseringen. EU-retten er således på det immaterialretlige område kendetegnet ved, hvad der set i en international sammenhæng må kaldes en *styrkelse* og *præcisering* af rettighedshavernes position. Konsumptionsprincippet indgår i denne bevægelse, der som sine primære referencepunkter har *den teknologiske udvikling* og – frem for alt – *regionaliseringen*.

4.2.3. Er den regionale konsumption i EU-retten almindelig og præceptiv?
Udviklingen i EF-domstolens praksis af konsumptionsprincippet har været båret af hensynet til varernes fri bevægelighed inden for fælles-

markedet. Hensynet til *tredjelande* har ikke spillet nogen videre rolle. Domstolen har dog berørt forholdet i et par sager, men af disse kan ikke udledes andet og mere end, at regionaliseringen i form af EF/EU-samarbejdet ikke forpligter medlemslandene til at operere med global konsumption.

Spørgsmålet om forholdet til *tredjelande* med hensyn til konsumptionsprincippet var fremme i Sag 51/75, *EMI/CBS* af 15. juni 1976 (varemærkeret) og i Sag 270/80, *Polydor/Harlequin* af 9. februar 1982 (ophavsret).¹⁶¹ *EMI*-sagen angik import af grammofoonplader med varemærket »Columbia« fra USA til bl.a. England. *Polydor*-sagen angik import af grammofoonplader fra Portugal til England. Sagerne adskilte sig fra hinanden ved, at der mellem Portugal og EF var indgået en overenskomst om afskaffelse af restriktioner for samhandelen, som frembød en vis lighed med Traktatens regler om fri varebevægelighed.

EF-domstolen afviste i begge sager, at det skulle stride mod traktatens regler om varernes frie bevægelighed, at importen kunne hindres med støtte i de respektive immaterialretslove. Traktaten indebærer med andre ord ikke en forpligtelse for de enkelte lande til at anerkende et princip om global konsumption. Domstolen begrundede dette med, at domstolens praksis, der tager sigte på at fastlægge forholdet mellem immaterialretsbeskyttelsen og reglerne om frie varebevægelser, »skal ... fastlægges på baggrund af den i EØF-traktatens artikel 2 og 3 givne afgrænsning af Fællesskabets mål og virksomhed ... gennem oprettelse af et fællesmarked og en gradvis sammensmeltning af de nationale markeder [skal der] ske en sammensmeltning af de nationale markeder til et enkelt marked, der besidder et hjemmemarkeds karakteristika«.¹⁶² I *EMI* påpeges i samme forbindelse, at traktatens artikel 131ff. EF om Fællesskabets handelspolitik ikke indeholder forpligtelser for medlemslandene til at lade samhandlen med *tredjelande* være omfattet af de bindende principper, som regulerer forholdet mellem medlemslandene (præmis 17).¹⁶³

4.2.3.1. Varemærkeretten: *Silhouette-dommen*¹⁶⁴

Firmaet *Silhouette* fremstiller luksusbriller og afsætter brillerne i hele verden under varemærket *Silhouette*. Mærket er registreret i Østrig og i de fleste lande i verden. I Østrig leverer selskabet selv brillerne til optikere. I andre lande har selskabet enten

161. Sag 51/75, *EMI/CBS*, Saml. 1976/811 og Sag 270/80, *Polydor/Harlequin*, Saml. 1982.329. Se om *Polydor*-dommen og samhandelsaftaler *Soltysirski* (1996), p. 320ff. *Jones* (2000) drøfter, om artikel 28/30 og *EMI*-sagen giver EF-domstolen mulighed for at udvikle et princip om global konsumption.

162. *Polydor*, præmis 15 og 16, se også 18.

163. Det tilføjes, at aftaler mellem virksomheder inden for EF og konkurrenter i *tredjelande* – herunder aftaler, som involverer eller berører varemærkerettigheder, vil kunne være omfattet af artikel 81, stk. 1 EF, hvis de medfører en afskærmning af Fællesmarkedet (præmis 25ff.).

164. Sag C-355/96, *Silhouette*, dom af 16.7.98. Litteraturen om dommen er omfattende, se bl.a. *Beckmann* (1998), *Jøller* (1998), *Schovsbo* (1998a), *Gippini-Fournier*, CMLRev. 1999.807-830 og *Pagenberg* (1999).

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

datterselskaber eller forhandlere. Firmaet Hartlauer (parallelimportøren) er en lavprisbrillekæde. Silhouette nægtede at levere brillestel til Hartlauer, idet Silhouette mente, at Hartlaunders salg ville skade for selskabets image som fabrikant af modebriller af høj kvalitet. I oktober 1995 solgte Silhouette 21.000 brillestel af udgåede modeller til det bulgarske selskab Union Trading. Silhouette havde anmodet sin repræsentant om at pålægge kunderne kun at sælge brillestellene i Bulgarien eller i landene i det tidligere Sovjetunionen og ikke at eksportere dem til andre lande. Det er dog tvivlsomt, om dette skete. I november 1995 blev brillerne leveret i *Bulgarien*. Hartlauer købte varerne – sælgers identitet kunne ikke fastslås under sagen – og udbød dem til salg i *Østrig* fra december 1995. Hartlauer meddelte i en pressekampagne, at selv om det ikke fik leverancer fra Silhouette, var det lykkedes at erhverve 21.000 Silhouettestel i udlandet. Silhouette anlagde derpå sag i Østrig med påstand om, at importen udgjorde en *varemærkekrænkelse*, idet markedsføringen af brillerne i Bulgarien – dvs. uden for EØS-området – ikke havde medført konsumtion af Silhouettes varemærkerettigheder. I østrigsk varemærkeret havde man traditionelt opereret med et princip om global varemærkeretlig konsumtion. Silhouette påstod således, at varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, som gennemført i Østrig, forbød Østrig at bevare princippet om global konsumtion. På denne baggrund forelagde den østrigske domstol Oberster Gerichtshof EF-domstolen to præjudicielle spørgsmål, hvoraf det første lød: »Skal artikel 7, stk 1, i [Varemærkedirektivet] ... fortolkes således, at varemærket giver sin indehaver ret til at forbyde en tredjemand at bruge mærket for varer, som er markedsført under dette mærke i en stat, som ikke er en kontraherende stat?«.

Varemærkedirektivet indeholder i artikel 7, stk. 1, følgende regel:

»De til et varemærke knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er *markedsført inden for Fællesskabet* under dette mærke«.

EF-domstolen tog udgangspunkt i ordlyden af artikel 7 og afviste på den baggrund, at direktivet på dette punkt skulle opfattes som et »minimumsdirektiv«, som alene pålagde medlemsstaterne at foreskrive konsumtion inden for Fællesskabet (præmis 21). En sådan fortolkning – forklarede EF-domstolen – ville være

»(præmis 22) ... uforenelig med ordlyden af artikel 7, såvel som med opbygningen af og formålet med direktivets bestemmelser om de rettigheder, som varemærket giver indehaveren«.

Om *direktivets formål* hedder det senere (præmis 27):

»Denne fortolkning [dvs. regional konsumtion med forbud mod global] er endvidere den eneste, som fuldt ud kan virkeliggøre *direktivets mål, som er at beskytte det indre markeds funktion*. Der ville nemlig uundgåeligt opstå hindringer for de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser i en situation, hvor visse medlemsstater kunne foreskrive international konsumtion, hvorimod andre kun foreskriver konsumtion inden for Fællesskabet.« (Min kursivering)

Retsstillingen inden for varemærkeretten er således aldeles klar fsva. det regionale spørgsmål: Konsumptionen er regional, og kun dette.

Domstolen fremhævede, at regionaliseringen ikke blot kræver afskaffelsen af de indre grænser; markedsintegration. Regionaliseringen forudsætter også *ekstern enighed* i form af en regel om *præceptiv* regional konsumption. Ved denne udlægning af artikel 7 har EF-domstolen anerkendt, at artikel 7 ikke udtømmende kan beskrives som en kodifikation af Domstolens praksis. Konsumptionsbestemmelsen har en betydning, som rækker videre end til blot at sikre sikre varernes fri bevægelighed inden for EØS. Den varemærkeretlige konsumption er således produktet både af harmoniseringen, en udvikling i varemærkeretten og en handelspolitisk udvikling.

4.2.3.2. Ophavsretten: De ophavsretlige direktiver m.v.

For ophavsretten er retsstillingen på baggrund af direktiverne for nærværende noget uklar. Konsumptionsspørgsmålet nævnes udtrykkeligt i foreløbig tre direktiver på det ophavsretlige område, hvortil kommer forslaget til direktiv om ophavsret i informationssamfundet. Forvirringen på dette område øges af, at konsumptionsbestemmelsen i henseende til det territoriale aspekt er formuleret forskelligt alle fire steder:

Edb-direktivets (91/250/EØF af 14.5.1991) artikel 4, c:

»... første gang en kopi af et edb-program sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for Fællesskabet udtømt ...«.

Leje-/lånedirektivets (92/100/EØF af 19.11.92) artikel 9, stk. 2:

»Spredningsretten inden for Fællesskabet med hensyn til en genstand [bl.a. fonogrammer] udtømmes først, når genstanden for første gang sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse.«¹⁶⁵

Databasedirektivets (96/9/EF af 11.3.96) artikel 5, c:

»... første gang et eksemplar af en database sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at udøve kontrol med videresalg af dette eksemplar inden for Fællesskabet udtømt«.

165. Bestemmelsen lyder i den *engelske* version således: »2. The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of an object as referred to in paragraph 1, *except* where the first sale in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent«. (Min kursivering)

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

Artikel 4, stk. 2, i *infosoc.-direktivforslaget*:

»Spredningsretten udtømmes ikke i Fællesskabet for så vidt angår originalværker eller kopier heraf, medmindre det første salg eller anden overdragelse af ejendomsret i Fællesskabet af den pågældende genstand foretages af rettighedshaveren eller med dennes samtykke.«¹⁶⁶

Man kan på denne baggrund spørge, som EF-domstolen gjorde i *Silhouette*-dommen i relation til Varemærkedirektivet, om der med direktiverne er tilstræbt en *præceptiv* regulering af konsumtionen, således at medlemsstaterne forpligtes til at operere med regional konsumtion og afskæres fra at anvende global konsumtion. Alternativet er, at direktiverne alene skal opfattes som minimumsdirektiver, der overlader det til de enkelte medlemslande at indføre eller (som bl.a. Danmark) opretholde et princip om global konsumtion, og som alene forpligter til afskaffelsen af et princip om national konsumtion.

Det er den *almindelige opfattelse i dansk ret*, at konsumtionen i henhold til *leje-/lånedirektivet* er præceptiv,¹⁶⁷ hvorimod konsumtionen i *edb-* og *databasedirektiverne* må opfattes som minimumsbestemmelser, der altså

166. Forslag af 9.6.2000 (SN 2696/00 (RI)). Den engelske version lyder: »The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, *except* where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.« (Min kursivering)

167. 1995-Ohl-bemærkningerne, ad kapitel 5. Tilsvarende i Norge, jf. Ot prp nr. 85 (1997-98) – databasedirektivet – kap. 5.4, hvorefter: »Det har vært og er departementets oppfatning at de direktiver der spredningsretten er berørt, ikke forhindrer konsumpsjon også for så vidt gjelder eksemplar av verk som første gang er solgt eller på annen måte overdratt med rettighetshaverens samtykke utenfor EØS, det vil si et prinsipp om internasjonal konsumpsjon« og i Sverige, hvor man under henvisning hertil har »indført« global konsumtion fsva. edb-programmer pr. 1.1.1998 (SOH § 19). I RP 1996/97:111, kap. 5.5 angives som begrundelse herfor, at »Regeringen föreslår att lagen bringas i överensstämmelse med vad som gäller i de andra nordiska länderna och att exemplar av datorprogram således skall få spridas vidare om de överlåts med upphovsmannens samtycke oavsett var i världen överlåelsen har skett. En sådan ordning innebär att rättighetshavaren inte kan använda spridningsrätten för att dela upp världsmarknaden, vilket är till fördel för konkurrensen och därmed också för konsumenterna.« Se nærmere herom Karnell (1998a) og Wahl (1998), p. 45 og 55ff. Som det skal vises straks nedenfor, er denne lovændring ikke uproblematisk. Den svenske *varemærkelov* (Lag 1960:644) blev ændret pr. 1.7.2000 (v. Lag 2000:352) således, at den regionale konsumtion nu fremgår udtrykkeligt af lovens § 4a. Også i Holland har harmoniseringen af konsumptionsreglerne givet anledning til vanskeligheder, jf. Jehoram (1999).

overlader det til de enkelte medlemslande at fastlægge forholdet til tredjelande. Det er imidlertid ikke ganske klart, hvorpå man støtter disse konklusioner.

Edb-direktivet er født uden en udtrykkelig stillingtagen til stedet for den første markedsføring. Konsumtionsspørgsmålets territoriale aspekter berøres i forarbejderne alene direkte i forbindelse med en præcisering af interessen i at sikre afskaffelsen af barrierer ved handel *inden* for Fællesskabet.¹⁶⁸ Forholdet til tredjelande berøres ikke direkte.¹⁶⁹ Interessen var koncentreret om andre spørgsmål, bl.a. muligheden for aftalemæssige begrænsninger af konsumtionen og – i sær – adgangen til fremstilling af kompatible produkter. *Retten i Første Instans* lagde i sin dom af 16.6.1999 i sag T-198/98, *Micro Leader*, til grund, at konsumtionen i henhold til artikel 4, c, er *regional*; og kun dette. Retten henviste herved til *Silhouette* og *Sebago*-dommene og må således antages at have lagt vægt dels på en ordlydsfortolkning dels på de regionale hensyn.¹⁷⁰

Leje-/lånedirektivet indeholdt oprindeligt en bestemmelse (artikel 7, stk. 2) med følgende ordlyd: »Hvis et værk ... er blevet bragt i omsætning inden for Fællesskabet af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke, kan dets indførsel til en anden medlemsstat ikke forbydes ...«¹⁷¹ En bemærkning i udtalelsen fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg kunne tyde på, at man hermed havde tilstræbt en præceptiv regulering af konsumtionen, og at dette stod i modstrid til *edb-direktivet*,¹⁷² men spørgsmålet påkaldte sig ikke videre interesse.

I forbindelse med fremsættelsen af forslag til *databasedirektivet*, som i artikel 5d indeholdt en bestemmelse, der stort set svarer til den endelige,¹⁷³ udtalte Kommissionen, at bestemmelsen »[kun] skal fortolkes ud fra Fællesskabets konsumptionsprincip, og der sker ikke konsumtion

168. KOM(88) 816 punkt 2.11.

169. Se dog udtalelsen fra det Økonomiske og Sociale Udvalg, EFT 1989 C 329, p. 2, punkt 3.5.3.2. Udvalget synes her at forudsætte, at direktivet ikke tager stilling til import fra tredjelande, idet det samtidig udtales, at en sådan stillingtagen henhører »under handelslovgivningen og ikke under ophavsretslovgivningen«. I henseende til dette sidste punkt har opfattelsen i EU-systemet ændret sig meget.

170. Sag 198/98, præmis 54, jf. 34.

171. KOM(90) 586/13.12.90, EFT 1991 C 53/35. Se om den endelige formulering ovenfor. Denne anses – som det fremgår der – gerne for at udtrykke princippet om præceptiv regional konsumtion (jf. især den engelske versions »except where«).

172. EFT 1991 C 269/54.

173. Jf. KOM(92) 24 af 15.4.1992, EFT 1992 C 156/4.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

af rettigheder på verdensplan ved det første salg inden for Fællesskabet». ¹⁷⁴ Her forudsættes således af Kommissionen en præceptiv, regional konsumption. Ordlyden af databasedirektivets regel svarer ganske nøje til *edb-direktivets*.

Bestemmelsernes ordlyd og forhistorie giver således ikke entydige fortolkningsbidrag. Den korte redegørelse viser dog en generel *tendens* i retning af øget interesse for konsumptionens territoriale aspekter. Resultatet af denne interesse er en udvikling, som alene peger i retning af en *regional konsumption*. Med udgangspunkt i *ordlyden* af direktivbestemmelserne og deres almindeligt tilgængelige *forarbejder* er det således efter *Silhouette*-dommen vanskeligt at finde støtte for et udgangspunkt, hvorefter de enkelte medlemslande skulle være fri til – inden for direktivernes område – at fastlægge konsumptionen. På baggrund af ordlyden og forarbejderne kunne man lige så vel – og som det fremgår endog nok med større rette – udlægge direktiverne som om at de fastslog, at der inden for deres anvendeslesområde gjaldt et princip om *præceptiv regional konsumption*, jf. herved også *Micro Leader*-dommen. *Kommissionen* har da også taget dette skridt. I bemærkningerne til forslaget *informations-samfundsdirektivets* artikel 4 hedder det således, at

»som det er tilfældet i gældende fællesskabsret [*acquis communautaire*] udelukker bestemmelsen, at medlemsstaterne anvender international [global] konsumption«. ¹⁷⁵

Udgangspunktet for Kommissionen er således, at det præceptive princip er udtryk for *gældende* ret. ¹⁷⁶ Hermed har Kommissionen formuleret sig ganske bastant. *Karnell* betegner Kommissionens udgangspunkt som »helt enkelt falskt«, ¹⁷⁷ men dette er dog nok en lovlig hård beskrivelse i lyset af direktivernes ordlyd og forarbejder. *Karnells* udlægning står da heller ikke uimodsagt. *Silke von Lewinsky* antager, at indholdet af direktivernes konsumptionsregler er det samme, og at dette er et princip om præceptiv, regional konsumption. ¹⁷⁸ Tilsvarende *Joller*, der påpeger – og

174. KOM(92) 24 af 13.5.1992, punkt 5.d.

175. KOM(97)628 97/0359(COD), p. 26. Tilsvarende, a.st., p. 21. Se nu forslaget af 9.6.2000, punkt 18.

176. Jf. herved også *Gaster* (2000), især p. 573.

177. *Karnell* (1998a), p. 602.

178. *Silke von Lewinsky* (1998), p. 640: »Jegliche andere Interpretation, die die internationale Erschöpfung zuließe, widerspräche dem Zweck der Harmonisierung des Verbreitungsrechts und würde im übrigen entgegen der Tradition zum Schutz des geistigen Eigentums bewirken ...« (jf. også *samme* (1999), p. 775).

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

stærkt beklager – at den handelspolitiske instrumentalisering i retning af udviklingen af konsumptionsprincippet som en handelspolitisk figur, som *Silhouette*-dommen repræsenterer, er fælles for samtlige immaterialrettigheder.¹⁷⁹ Rognstad og bl.a. Loewenheim anser også direktiverne for at hjemle regional konsumption og kun dette.¹⁸⁰

Som begrundelse for sit standpunkt henviser Kommissionen navnlig til hensynet til *det indre marked*:

»På nuværende tidspunkt er det sådan, at Fællesskabets væsentligste handelspartnere enten har særlige importrettigheder eller på anden måde udelukker global konsumption. Der kan derfor opstå en konkurrencemæssig ulempe, hvis der skulle gælde international [global] konsumption for spredningsretten. Der er endvidere en række spørgsmål om følgerne for rettighedshavere i tredjelande, der ville skulle afklares, før man kunne overveje at indføre international konsumption. En harmoniseret udelukkelse af international [global] konsumption for alle værkskategorier vil fjerne den eksisterende konkurrenceforvriddning for disse varer og hindre opdelingen af det indre marked i adskilte markeder og områder.«¹⁸¹ (min kursivering)

Det interessante ved Kommissionens argumentation er sammenkædnin-gen af hensynet til »det indre markeds funktion« med forholdet til *tredjelande*. Hvis man sammenligner med de tidligere afgørelser fra EF-domstolen vedrørende konsumptionsprincippet og forholdet til *tredjelande* (ovenfor) er det tydeligt, at der er foregået en voldsom udvikling i de underliggende hensyn. De regionale hensyn tilsiger nu ikke blot en afskaffelse af de *indre* grænser, men også etableringen af fælles *ydre*

179. Joller (1998), p. 760 og 765.

180. Rognstad (1999), p. 560f. og 751ff. Tilsvarende Loewenheim (1996), (vist) Clark (1999), p. 1, Jehoram (1999), p. 496, Reinbothe (1999) og Gaster (2000), p. 579f.

181. KOM(97) 628 97/0359 (COD) ad artikel 4, punkt 2. Se også EF-domstolens Udtalelse 1/94 af 15.11.1994 vedr. WTO (TRIPs), Saml. 1994/I-5267, p. 5297, hvorefter »Kommissionen mener, at begrænsninger af princippet om konsumption til relationer inden for Fællesskabet 'er nødvendige for at overholde bestemmelserne i fællesskabsretten og for at give rettighedshavere i Fællesskabet mulighed for at erobre udenlandske markeder (dvs. *markeder i tredjelande*), samtidig med at der opretholdes en vis kontrol med (gen-)indførsel af teknologibaserede varer til Fællesskabet'«. Domstolen udtalte i samme forbindelse, at »Fællesskabets stater, som er forpligtet til at anvende princippet om konsumption i relationer inden for Fællesskabet, kan frit undlade at anvende det, hvis det indførte produkt hidrører fra et tredjeland: Det samme gælder for Fællesskabet selv.« Disse udtalelser synes entydigt at pege i retning af et princip om *regional* konsumption. Det er derfor vanskeligt at forstå, hvorledes Beckmann (1998), p. 839 kan mene, at Domstolen skylder en forklaring på *Silhouette*-afgørelsen i lyset af sine udtalelser i forbindelse med TRIPs.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

grænser. Konsumptionsreglerne skal med andre ord ikke blot medvirke til effektiv konkurrence på det indre marked, men også i forhold til regionens samhandelspartnere.¹⁸² Udviklingen er bl.a. båret af regionaliseringen af verdenshandlen og opfattelsen af de immaterialretlige regler, som tilknyttet de almene handelsmæssige overvejelser.¹⁸³ Ud over disse – handelspolitiske – aspekter anfører *Rognstad* som argument for resultatet, at »de økonomiske argumenter til fordel for en avgrensning af konsumpsjonens rækkevidde må sies å være sterkere innenfor opphavsretten (og patentretten) [end varemærkeretten]«. ¹⁸⁴ Diskussionen skal som sagt tages op nedenfor. Der er imidlertid grund til allerede her at understrege betydningen af denne sammenkædning af udviklingen i den tekniske konsumptionsregel med udviklingen i den *almindelige spredningsret*. Den regionale ophavsretlige konsumption er således ikke blot produktet af en handelspolitisk udvikling i henseende til konsumptionsreglen forstået som en »importret«. Konsumptionen er også – og i lige så høj grad – resultatet af en ophavsretlig udvikling i retning af en styrkelse og præcisering af den ophavsretlige eneret. Begge momenter bør indgå ved afbalanceringen. Og begge momenter er resultatet af – og medvirker til – regionaliseringen.

4.2.3.3. Patent-, brugsmodel- og mønsterretten m.v.

Tendensen i retning af et almindeligt udgangspunkt om præceptiv, regional konsumption går igen i de seneste (forslag til) retsakter på immaterialrettens område.

I Rådets forslag til *forordning om EF-patenter*¹⁸⁵ findes konsumptionsreglen i artikel 10: »De rettigheder, der er knyttet til et EF-patent, udstrækker sig ikke til handlinger, der angår en af patentet dækket frembringelse, og som udføres på medlemsstaternes område, efter at denne frembringelse er bragt i omsætning i Fællesskabet af patenthaveren selv eller med dennes samtykke, medmindre patenthaveren har lovlige grun-

182. Dette aspekt overses af *Karnell (1998a)*, p. 602, når han nævner, at en præceptiv regel om global konsumption ligeledes ville afskaffe problemerne med markedsopdeling.

183. Sammenlign således Kommissionens udtalelser fra infosoc-direktivet med udtalelserne fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg i forbindelse med edb-direktivet ovenfor. Se om en tilsvarende udvikling i forbindelse med Varemærke-direktivet hos *Schovsbo (1996a)*, p. 153-159.

184. *Rognstad (1999)*, p. 559, m. henv. i fodnote 317 til leje-/lånedirektivets præambel om betydningen af ophavsretten som investeringsbeskyttelse.

185. KOM(2000) 412 af 1.8.2000.

de til at modsætte sig yderligere markedsføring af frembringelsen«. I følge bemærkningerne »knæses« herved »princippet om konsumption efter fællesskabsretten«, idet der endvidere henvises til bl.a. artikel 13 i Varemærkeforordningen. Der er således næppe tvivl om, at det således tilsigtede konsumptionsprincip er regionalt og kun dette.

Forslaget til direktiv om *brugsmodeibeskyttelse af opfindelser*¹⁸⁶ indeholder i artikel 21 følgende konsumptionsbestemmelse: »Stk. 1. De rettigheder, der er knyttet til en brugsmode, udstrækker sig ikke til handlinger, der angår en af brugsmodeen dækket vare, efter at varen er bragt i omsætning i *Fællesskabet* af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke. Stk. 2. De rettigheder, der er knyttet til brugsmode retten, udstrækker sig derimod til handlinger, der angår en af brugsmodeen dækket vare efter at varen er bragt i omsætning *uden for Fællesskabet* af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke« (min kursivering). Af bemærkningerne til et tidligere forslag¹⁸⁷ fremgår, at artikel 21, stk. 2, er medtaget for at »undgå nogen form for misforståelse«.

Artikel 24 i forslaget til *mønsterforordning*¹⁸⁸ lyder: »De til EF-mønstret knyttede rettigheder omfatter ikke handlinger i forbindelse med produkter, som et mønster, der falder inden for EF-mønstrets beskyttelsesområde, indgår i eller er anvendt på, når produktet er markedsført i Fællesskabet af mønsterhaveren eller med dennes samtykke.« I *Mønsterdirektivets* artikel 15 (dir. 98/71EF) findes en bestemmelse af tilsvarende indhold. De territoriale aspekter af konsumptionsproblematikken har på dette område ikke affødt videre bemærkninger i forarbejderne. I det første forslag til forordning,¹⁸⁹ udtalte Kommissionen således blot (ad artikel 24), at konsumptionsreglen indeholder en kodifikation af EF-domstolens praksis vedrørende artikel 28/30 EF. Dernæst hedder det, at »bestemmelsen, der vedrører markedsføring inden for Fællesskabet, følger lignende bestemmelser i andre EF-retsakter, bl.a. i konvention om EF-patenter og i udkast til en forordning om EF-varemærker«. I forslaget til direktiv henvises til disse bemærkninger.¹⁹⁰ Udtalelsen kunne opfattes enten som et forsøg på alene at regulere intra-regional handel (hvilket taler for at opfatte direktivet som en minimumregulering, som overlader det til de enkelte Unionslande at fastsætte konsumptionsreglernes ind-

186. KOM (1999)309 af 25.6.1999.

187. KOM (1997) 691/12.12.1997.

188. KOM (1999) 310/21.6.1999.

189. KOM (1993) 342/3.12.1993.

190. KOM (1993) 344/3.12.1993 ad artikel 13 og 15.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

hold (herunder global konsumption)) eller som udtryk for et ønske om at harmonisere mønsteretten med den øvrige direktivskabte fællesskabsret (hvilket som sagt taler for regional konsumption og kun dette). Dette sidstnævnte hensyn må nok anses for det mest sandsynlige, jf. ovenfor om ophavsretten.

For *halvledertopografier* findes konsumptionsreglen i dir. 87/54/EØF, artikel 5, stk. 5 og for *plantenyheder* i Rfo (EF) 2100/94, artikel 16. Ifølge Kommissionens arbejdsdokument af 9.12.1999, »Exhaustion of Trade Mark Rights«¹⁹¹ hjemler disse regler, som de ophavsretlige, regional konsumption, og – må man tro – kun dette.

4.2.3.4. Parallelimport fra tredjelande og konkurrenceretten

EF-domstolen fastslog i sag C-306/96, *Javico* af 28.4.1998, at et eksportforbud i en distributionsaftale vedrørende tredjelande efter omstændighederne kan være i strid med EF-traktatens artikel 81 EF.¹⁹²

Et regionalt konsumptionsprincip indebærer, at (parallel)import kan hindres, medmindre der er givet samtykke. Herved bortfalder i vid udstrækning behovet for eksport- og importbegrænsninger i forhandleraftaler vedrørende immaterialretligt beskyttede produkter, der angår tredjelande. Resultatet af dette er, at artikel 81 formentlig ikke har videre praktisk betydning for spørgsmålet om parallelimport fra tredjelande.¹⁹³ I principiel henseende er det imidlertid væsentligt at notere, at artikel 81 står til rådighed som en form for sikkerhedsventil for visse usædvanlige tilfælde, hvor et eksportforbud konkret påvirker konkurrencen i fællesmarkedet.¹⁹⁴

En i både principiel og praktisk henseende væsentligere sikkerhedsventil tilbyder *artikel 82 EF*. Af Rettens afgørelse i sag T-198/98, *Micro Leader*, fremgår således, at Retten forudsætter, at det i visse tilfælde vil kunne udgøre et misbrug af en dominerende stilling, at en virksomhed anvender sine beføjelser i henhold til immaterialretten – *in casu* edb-direktivets artikel 4, c – til at hindre import fra tredjelande. Sådanne tilfælde af »retsmisbrug« vil formentlig være sjældne. Parallelimport retter sig almindeligvis mod varer, som er i tæt (inter brand-) konkurrence med lignende produkter. For sådanne tilfælde finder artikel 82 ikke anvendelse. Det er imidlertid væsentligt at notere, at anerkendelsen

191. Ved note 7.

192. Se om eksportforbudsklausuler og parallelimport *Lidgard* (2000).

193. Jf. *Gippini-Fournier*, CMLRev. 1999, p. 628.

194. Se også *Lidgard* (2000), p. 277.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

af et almindeligt, regionalt konsumptionsprincip ikke er ensbetydende med, at man i ethvert tilfælde må tåle international prisdiskriminering.¹⁹⁵

En anvendelse af konkurrenceretten som et korrektiv til den immaterialretlige regulering bør ikke give anledning til principielle vanskeligheder og udgør heller ingen praktisk trussel mod etableringen af et almindeligt EU-konsumptionsprincip udviklet i direktiver m.v.

4.2.3.5. Sammenfatning: EU-retten

Det samlende tema for gennemgangen af EF-retten er *regionaliseringen*. Det er i den forbindelse vist, hvorledes etableringen af det indre marked har krævet en stadig dybere og bredere normtilpasning. Idealet om et fællesmarked uden *indre* (immaterialretlige) grænser har efterhånden udviklet sig til at omfatte også et krav om *fælles ydre* (immaterialretlige) grænser. »Fæstning Europa« om man vil. Det er i den forbindelse vist, hvorledes *konsumptionsprincippet* er anvendt som middel til at sikre de overordnede, regionale mål. Konsumptionsprincippet er *instrumentaliseret*. Det er samtidig vist, at konsumptionsprincippet i den senere udvikling – fase 2 – indgår som led i en *samlet, immaterialretlig* regulering. En forståelse af konsumptionsprincippets betydning for den nyere EU-immaterialret kan således ikke isoleres til en diskussion alene af importspørgsmålet, men må inddrage de bredere hensyn, som reguleringen tilsigter at værne. For bedømmelsen af importadgangen betyder dette, at adgangen til parallelimport må ses i lyset af den samlede immaterialretlige regulering, således som den indgår i den regionale udvikling.

4.3. Globalitet: TRIPs-aftalen

Aftalen om Handelsrelaterede Intellectuelle Ejendomsrettigheder (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) – TRIPs(-aftalen) – indgår i »the Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations«.¹⁹⁶ Aftalekomplekset, der etable-

195. *Micro Leader*-dommen angik import af ophavsretligt beskyttede computerprogrammer fra *Microsoft*, som har en usædvanlig og stærk markedssposition.

196. Speciallitteraturen om TRIPs er ganske omfattende. Se monografierne *Gervais* (1998) og *Blakeney* (1996). Gode oversigter og diskussioner findes hos *F.-K. Beier & G. Schriker* (red.), »From GATT to TRIPs« (1996). Se herudover *Antoniades & Køningsfeldt* (1996), *Schaumburg-Müller* (1997) og *Stucki* (1997), alle med righoldige litteraturhenvisninger. En oversigt over praksis fra tvistbilæggesystemet giver *Dörmer* (1998). Se i samme forbindelse *Pacón* (1999) om erfaringerne i Sydamerika.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

rede Verdenshandelsorganisationen (WTO – World Trade Organization), blev undertegnet i Marrakech den 15.4.1994 og indeholder ud over TRIPs bl.a. GATT-aftalen (1994).¹⁹⁷ ¹⁹⁸ Aftalen trådte i kraft den 1.1.1995.¹⁹⁹ WTO har for tiden godt 130 medlemslande. Den almindelige implementeringsfrist udløb 1.1.1996. U-lande havde en frist på yderligere fire år, de »mindst udviklede lande« har 10 år. Aftalen er således fuldt implementeret i 2006.

Uruguay-forhandlingsrunden – der resulterede i WTO-aftalekomplekset – blev indledt i 1986 i forbindelse med en revision af GATT-aftalen fra 1947 (GATT47). På grund af pres fra navnlig USA fik forhandlingerne imidlertid hurtigt et videre sigte end toldtariffer og handelsliberalisering i mere traditionel form.²⁰⁰ Det retlige vehiculum i den forbindelse var et ganske vidt forhandlingsmandat: »To clarify GATT provisions and elaborate as appropriate new rules and disciplines in order to reduce distortions and impediments to trade«.

Den direkte anledning til inddragelsen af immaterialretten var bekæmpelsen af *pirateri* og i den forbindelse en erkendelse af, at det internationale pirateriuvæsen til dels skyldtes manglende effektiv immaterialretlig beskyttelse, og at de eksisterende muligheder for at afhjælpe

197. General Agreement on Tariffs and Trade. GATT94 består af GATT47-teksten og en række »understandings« angående fortolkningen af en række af dennes enkeltbestemmelser.

198. Se for en generel diskussion af WTO og for et overblik over det meget omfattende aftalekompleks *Holm, Vestergaard Knudsen & Nielsen (1999)*, især p. 57ff.

199. *Rådet* har ved sin afgørelse 94/800/EF af 22.12.94 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale aftaler i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT 1994 L 336/1, p. 2), udtalt, at overenskomsten om WTO, herunder bilagene hertil (bl.a. TRIPs), *ikke har direkte virkning*. EF-domstolen fandt ved sin udtalelse 1/94 af 15.11.94, at Unionen og medlemslandene var fælleskompetente (jointly competent) med hensyn til undertegnelse af TRIPs (præmis 99-104). Det er dog vanskeligt at vurdere betydningen af TRIPs på baggrund af en ordlydsfortolkning, jf. også *Dörmer (1998)*, p. 931f. og *Einhorn (1998)*, p. 1094ff. m. henv. Artikel 50 om »foreløbige foranstaltninger« har således vist sig at volde bl.a. Danmark ganske store vanskeligheder, jf. herved Betænkning 1385/2000, p. 22f. og det på baggrund heraf fremsatte lovforslag L 17/2000-01 om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v. Se i samme forbindelse EF-domstolens dom af 16.6.98 i sag C-53/96, *Hermès International* og forende sager C-300 og 392/98, *Dior/Assco Gerüste* (verserende).

200. Forhandlingsforløbet var langstrakt og til tider ganske dramatisk. Se nærmere hos *Gervais (1998)*, p. 10-25. En fornemmelse for retningen i diskussionerne fås endvidere ved, at *Gervais (1998)* i forbindelse med behandlingen af de enkelte artikler redegør for tidligere forslag m.v.

dette underskud – WIPO eller bilaterale aftaler – ikke slog til.²⁰¹ TRIPs aftalen har imidlertid langt større bredde og videre implikationer. Den udtrykkelige regulering ved TRIPs aftalen er således udtryk for, at immaterialrettighedernes økonomiske betydning nu er af en sådan størrelsesorden, at en sikring og harmonisering på dette område anses for at have betydning på linje med en liberalisering af den almindelige varehandel. TRIPs er udtryk for, at immaterialretten har en naturlig placering i den globale økonomi, men også at den immaterialretlige regulering må afspejle denne placering. I *institutionel* henseende viser de nye tider sig med fravalget af WIPO til fordel for – hvad der blev – WTO. Immaterialretten er med TRIPs blevet placeret centralt i den globale økonomi på godt og ondt. Med TRIPs er det traditionelle, *nationale* udgangspunkt for den immaterialretlige regulering sat under yderligere pres, men også *regionaliseringen* har nu fundet et modstykke i form af *globaliseringen*. Man skal imidlertid være varsom med at udlede noget konkret af denne beskrivelse.

GATT har traditionelt indeholdt visse regler, der berører immaterialretten. Reglerne har dog aldrig haft videre konkret betydning og skal blot kort nævnes, idet visse forfattere mener, at GATT-bestemmelserne har fået betydning i kraft af TRIPs. Dette er, som det skal vises, næppe rigtigt.

GATT, artikel XX, lyder i uddrag således:

»Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a *means of arbitrary or unjustifiable discrimination* between countries where the same conditions prevail, or a *disguised restriction on international trade*, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:... d) relating to ... the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices« (min kursivering).

Stucki (1997), p. 48 ff., synes med støtte i denne bestemmelse – og i en gennemgang af bestemmelsens historie – at antage, at artikel XX i et vist omfang skulle indebære et pres på medlemslandene for at anerkende global konsumption. Tilsvarende Alexander (1998), p. 16. En sådan læsning affattes kortfattet af Antoniadou & Koenigsfeldt (1996), p. 14. Den direkte betydning af GATT47 på det immaterialretlige område må da også være meget begrænset i lyset af TRIPs. Hermed er, som det skal vises nedenfor, ikke sagt, at den generelle linje i GATT – »frihandel« – ikke er af betydning for konsumptionsproblematikken. Selv hvis man tillægger GATT og artikel XX en vis selvstændig betydning, står artikel XX imidlertid ikke alene. Over for denne artikel står således navnlig artikel XXIV vedrørende *toldunioner og frihandelsområder*. Artikel XXIV suppleres nu – GATT94 – af en række bemærkninger (understandings). I følge

201. Kur & Katzenberg (1996), p. 7 og Gervais (1998), p. 25ff.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

både *Antoniades & Køningsfeldt* (1996) og *Verma* (1998) følger det heraf, at regler om regional konsumption inden for en toldunion eller et frihandelsområde ikke kan anfægtes efter princippet om mestbegunstigelse.²⁰² Denne konklusion er rigtig. Regionaliseringen udgør en vigtig og meget omfattende bevægelse i den global handel som man allerede derfor må acceptere i et eller andet omfang.²⁰³ Det forekommer dog ikke oplagt, at resultatet skal støttes på GATT. Konsumptionsproblematikken er i WTO-systemet reguleret i TRIPs, som ud fra en *lex specialis* betragtning må siges at have gjort udtømmende op med spørgsmålet. Reglerne i GATT har derfor ingen direkte betydning for parallelimportproblematikken og skal ikke omtales videre.

4.3.1. TRIPs og immaterialretten

Grundprincippet i TRIPs lyder således:

»MEDLEMMERNE DER ØNSKER at formindske forbrejningerne af og hindringerne for den internationale samhandel og tager hensyn til, at det er nødvendigt at fremme en effektiv og hensigtsmæssig beskyttelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder og at sikre, at foranstaltningerne og procedurerne til håndhævelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder ikke i sig selv bliver hindringer for den lovlige samhandel ...«

Som fremhævet af *Katzenberger & Kur* ligger der i formålsangivelsen en anerkendelse, af at et fravær af immaterialretlig beskyttelse ikke harmonerer med ønsket om en harmonisk og uhindret international samhandel.²⁰⁴ Denne betragtning ligger helt i forlængelse af traditionel immaterialretlig tankegang. Nyt og af afgørende betydning²⁰⁵ er imidlertid den udtrykkelige henvisning til, at »foranstaltningerne og procedurerne til håndhævelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder ikke i sig selv bliver hindringer for den lovlige samhandel«. *Frihandel* udgør således fikspunktet for hele det aftalekompleks, hvori TRIPs indgår. Målsætningen om frihandel skal imidlertid læses med den grundlæggende respekt

202. *Antoniades & Køningsfeldt* (1996), p. 14 og *Verma* (1998), p. 557. Se anderledes *Cottier* (1995), p. 57f., der mener, at artikel XXIV ikke kan fritage en ordning, som inden for en toldunion indebærer, at konsumtionen begrænses (f.eks. fra global til regional). Dette synspunkt kan ikke tiltrædes, eftersom TRIPs må antages at have gjort udtømmende op med konsumtionsspørgsmålet i WTO-regi. Spørgsmålet om bilaterale aftaler og lignende angående konsumption skal bedømmes efter TRIPs, herunder artikel 4 om mestbegunstigelse, se herom i det følgende.

203. *Holm, Vestergaard Knudsen & Nielsen* (1999), 192ff. A.st., p. 202 omtales WTO Komiteen for Regionale Handelsaftaler (CRTA). Behovet for særlige regler opstod ifølge forfatterne, da antallet af regionale (og bilaterale) frihandelsaftaler i 1990-erne oversteg 100.

204. *Katzenberger & Kur* (1996), p. 3. Tilsvarende *Gervais* (1998), p. 25ff.

205. Nærmere hos *Katzenberger & Kur* (1996), p. 5f.

for immaterialretten,²⁰⁶ som også ligger i TRIPs. TRIPs har en stærk immaterialret som forudsætning og som resultat (se nærmere nedenfor). Det er netop karakteristisk for TRIPs, at aftalen understreger, at frihandel og en effektiv immaterialret ikke udgør hinandens modsætninger. Hermed er man nået til den samme erkendelse, som i national (konkurrence)ret, hvor det også er almindeligt anerkendt, at forfølgelsen af en målsætning om effektivitet ikke er uforenlig med et immaterialretligt system. Den immaterialretlige målsætning gives imidlertid en særlig farve i TRIPs systemet. Hensynet til den immaterialretlige beskyttelse kombineret med frihandeltankerne betyder således, bl.a. at hensynet til teknologispredningen – i global henseende – betones i TRIPs, jf. således artikel 7 om målsætningen for den immaterialretlige beskyttelse:

»Beskyttelse og håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder bør bidrage til at fremme teknologisk innovation og overførsel og udbredelse af teknologi til gensidig fordel for producenter og brugere af teknologisk viden og på en måde, der sikrer social og økonomisk velfærd og balance mellem rettigheder og forpligtelser.«

Det er med disse hensyn *in mente*, at man dernæst kan vende sig mod indholdet af TRIPs.

Deltagerlandene forpligter sig til at overholde (hovedparten) af bestemmelserne i PKV, BKV og Rom-konventionerne.²⁰⁷ For ophavsretten er medlemslandene dog ikke forpligtet til at indføre ideelle rettigheder (TRIPs, artikel 9, jf. BKV artikel 6 *bis*²⁰⁸).²⁰⁹ Det er ikke hensigten på dette sted at gennemgå TRIPs aftalen nærmere i henseende til den materielle immaterialret, herom henvises til den omfattende speciallitteratur. Det kan dog kort noteres, at TRIPs-aftalen på en række områder indebærer en *udvidelse* af den traditionelle beskyttelse, som den fremgår af de klassiske konventioner. TRIPs indeholder således udtrykkelige regler om be-

206. Ullrich (1996), p. 399f.

207. TRIPs-aftalen artikel 2: »Stk.1. For så vidt angår del II, III og IV i denne aftale, skal medlemmerne efterkomme artikel 1 til 12 samt artikel 19 i Paris-konventionen (1967). Stk. 2. Intet i del I til IV i denne aftale må stride mod de eksisterende forpligtelser medlemmerne imellem i medfør af Paris-konventionen, Bern-konventionen, Rom-konventionen og traktaten om intellektuel ejendomsret i forbindelse med integrerede kredsløb.«

208. I den danske version af artikel 9 henvises fejlagtigt til BKV, artikel 6a.

209. Det er væsentligt ikke at overvurdere betydningen af dette. Dels er betydningen af de ideelle rettigheder i aftagen i den moderne ophavsret (nærmere nedenfor, kapitel 7.2.3), dels opvejes »tabet« af de ideelle rettigheder af de øvrige bestemmelser i TRIPs, se herom straks i det følgende.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

skyttelse af *geografiske betegnelser* (artikel 22ff.). For *ophavsretten* findes en udtrykkelig beskyttelse af databaser og edb-programmer (artikel 10) og udlejningsrettigheder (artikel 11). For *varemærkers* vedkommende indeholder TRIPs en internationalt set meget liberal definition af, hvilke tegn der kan udgøre et varemærke (artikel 15: »Ethvert mærke ...«).²¹⁰ På *patentrettens* område indrømmes en indirekte produktbeskyttelse (artikel 28, stk. 1, b) og i artikel 33 fastlægges en minimumsbeskyttelseperiode på 20 år fra ansøgningstidspunktet (»the filing date«).²¹¹ I artikel 27 fastslås endvidere, at »*alle* opfindelser skal kunne patenteres, hvad enten der er tale om varer eller processer på *alle* teknologiske områder«.²¹² Retsbeskyttelsen af *erhvervshemmeligheder* (»undisclosed information«) nævnes udtrykkeligt i artikel 39.

Det er på denne baggrund almindeligt at beskrive TRIPs som en »BKV/PKV plus-«konvention. Hermed menes, at den immaterialretlige beskyttelse i medlemslandene mindst skal opfylde konventionskravene, men at beskyttelsen undertiden går længere end krævet i konventionerne.²¹³ Der er udbredt enighed om, at resultatet er en *stærk* immaterialretlig beskyttelse. Styrken viser sig dels – og traditionelt – i relation til den *materielle* immaterialret, dels – og som noget afgørende nyt – med hensyn til immaterialrettens internationale *udbredelse* og *gennemførelsen* i national ret. De ydre

210. Se herom navnlig *Knaak* (1997).

211. Se nærmere hos *Gervais* (1998), p. 154 og 169. TRIPs indeholder dog ingen mulighed for forlængelse af patentbeskyttelsen à la supplerende beskyttelsescertifikater. Betydningen af TRIPs for patentrettens *beskyttelsesområde* er ikke ganske klart.

212. Patentbeskyttelsen står dog i medfør af TRIPs artikel 27 kun til rådighed for sådanne »opfindelser«, som konkret er »nye, omfatter en egentlig nyskabelse [eller: »ikke-selvindlysende«] og kan *udnyttes industrielt*« (min kursivering). Den danske Ptl § 1 er ved L 412/31.5.2000 tilpasset TRIPs, artikel 27 (»Opfindelser kan patenteres på alle teknologiske områder«). Man kan nok diskutere, om man ud fra artikel 27 kan udlede noget videre konkret vedr. medlemslandenes beskyttelse af bl.a. edb-programmer. I praksis har artikel 27 imidlertid haft en væsentlig betydning som katalysator for en udvikling, jf. herved fra EPO praksis T-0935/97 (*IBM*): »This general principle [artikel 27] ... can be correctly interpreted, in the Board's opinion, as meaning that it is the clear intention of TRIPs not to exclude from patentability any inventions, whatever field of technology they belong to, and therefore, in particular, not to exclude programs for computers as mentioned in and excluded under Article 52(2)(c) EPC.« Tilsvarende i T 1194/97 (*Philips*). Se generelt om betydningen af TRIPs artikel 27 i denne forbindelse *Schiama* (1998b) og for det bioteknologiske område *Koenig & Müller* (2000), p. 298.

213. Gode oversigter giver *Katzenberger* (1996) (ophavsret), *Annette Kur* (1996) (varemærkeret) og *Ullrich* (1996) (patenter m.v.). Se også *Cottier* (1995), p. 54 og *Knaak* (1997), p. 28.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

rammer har således betydet, at der har kunnet lægges et vist pres på lande, som ikke i forvejen havde tilsluttet sig BKV og PKV til at gøre dette.²¹⁴ Hertil kommer, at TRIPs for tiden efter tilslutningen til aftalen indeholder en række regler og principper for (national) *håndhævelse*²¹⁵ og for *tvistbilæggelse* i tilfælde af manglende overholdelse af TRIPs.²¹⁶ Reglerne om tvistbilæggelse gør det bl.a. muligt for medlemslande at håndhæve traktatbrud med hensyn til gennemførelsen eller den praktiske efterlevelse af immaterialretskrænkelser ved handelsmæssige sanktioner, dvs. forhold, som er knyttet til GATT-delen af Uruguay-pakken (*»cross-retaliation«*). Herved viser betydningen af sammenknytningen af TRIPs aftalen til GATT sin potentielle styrke og dybde.²¹⁷

Det er på denne baggrund misvisende, når bl.a. *Schønning* beskriver TRIPs som en sejr for den amerikanske copyright-model over den europæisk droit d'auteur-model.²¹⁸ Denne beskrivelse er misvisende, hvis der heri ligger, at TRIPs skulle være modelleret over US Copyright Act. Misvisende er beskrivelsen også, hvis der i henvisningen til copyrightsystemet ligger, at de ophavsretlige regler i TRIPs er på et lavt niveau. Det er da også karakteristisk, at *Schønning* (1994), p. 94f. vel fremholder, at TRIPs ikke – som bl.a. dansk ret – indeholder krav om vederlag for sekundær brug af fonogrammer, men på den anden side ser *tvistbilæggesproceduren* i TRIPs som det mest negative, underforstået: Det mest handelsagtige og dermed copyrightorienterede element. Det er med andre ord ikke så meget indholdet af TRIPs som ånden i aftalen den er gal med. Denne beskrivelse synes da at være præget af en for begrænset synsvidde. Det er ufrugtbart at kritisere TRIPs for ikke at være en droit d'auteur-ophavsret, når pointen i TRIPs netop er, at de traditionelle systemer ikke længere tilbyder en dækkende forståelsesramme, jf. herved også *Strömholm* (1994), p. 631: »... det är inom GATT-förhandlingarnas ram som den största internationella dynamiken i senaste tid visat sik kunna uppbådas – inte inom de traditionella immaterialrättsliga konventionssystemen«.

214. BKV og PKV er i perioden efter 1994/95 tiltrådt af en række nye lande fra bl.a. Mellem- og Sydamerika, Mellemøsten, Asien og Afrika. Det er ikke umiddelbart muligt at sige, om dette skyldes TRIPs, men det tidsmæssige sammenfald peger på, at TRIPs nok har en vis betydning.

215. TRIPs, del III og herom *Dreier* (1996).

216. TRIPs, del V og herom *Lee & Lewinski* (1996). Se også *Gervais* (1998), p. 249 om »the GATTability«. Resultatet blev artikel 64, som i stk. 1 overfører det almindelige GATT-tvistbilæggesessystem (GATT, artikel XXII og XXIII) og stk. 2 (og 3), som udskyder visse dele af GATT-proceduren.

217. Se artikel 22 i Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes og nærmere om Cross-retaliation hos *Lee & Lewinski* (1996), p. 316f., der bemærker, at den praktiske betydning af retten hertil ikke står i forhold til adgangens principielle betydning. De praktiske vanskeligheder i forbindelse med at konstatere om f.eks. en gennemført regulering efterleves effektivt er store, se herom *Helper* (1999), især p. 10ff., som anbefaler, at vejledning til brug for fortolkningen af TRIPs søges i de metoder, som har udviklet sig i forbindelse med fortolkningen af den Europæiske Menneskeretskonvention. Se i samme forbindelse *Samuelson* (1999), der betoner behovet for udvikling af en særlig »TRIPs-fortolkningsstil«.

218. *Schønning* (1994), p. 94.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

4.3.2. TRIPs og konsumption

I artikel 6 findes følgende bestemmelse:

»I forbindelse med bilæggelsen af tvister i henhold til denne aftale kan intet i denne aftale anvendes til afklaring af spørgsmålet om intellektuelle ejendomsrettigheders konsumption, jf. dog artikel 3 [national behandling] og 4 [mestbeholdelsesbehandling].«

Bestemmelsen er udtryk for, at TRIPs ikke indeholder en klar, materiel regel om konsumption. Artikel 6 pålægger ikke i sig selv medlemslandene en bestemt formulering af deres konsumptionsregler.

Vanskelighederne ved at formulere en klar regel afspejler problemets økonomiske betydning og er ikke specielle for TRIPs. Heller ikke i *WIPO-regi* findes en klar regel, se senest WCT, artikel 6, stk. 2: »Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.« Tilsvarende i WPPT, art. 8, stk. 2 og 12, stk. 2. *IPIC*-traktaten under *WIPO* angående *integrerede kredsløb*, undertegnet i Washington i 1989, indeholder i artikel 6, stk. 5, følgende fakultative bestemmelse om konsumption: »Notwithstanding paragraph (1)(a)(ii), any Contracting Party may consider lawful the performance, without the authorization of the holder of the right, of any of the acts referred to in that paragraph where the act is performed in respect of a protected layout-design (topography), or in respect of an integrated circuit in which such a layout-design (topography) is incorporated, that has been put on the market by, or with the consent of, the holder of the right.« Bestemmelsen kan dog ikke tages til indtægt for, at der skulle herske en almindelig formodning el.lign. for den ene eller anden type konsumption. *IPIC*-traktaten er blot ratificeret af Egypten, men traktaten er – bl.a. fsva. reglen i artikel 6, stk. 5 – inkoporeret via *TRIPs*, jf. dennes artikel 35 og nærmere *Schovsbo (1996b)*, kap. E.1.1.

TRIPs artikel 6 må imidlertid ikke forlede til at anse TRIPs som ubetydelig for konsumptionsproblematikken. Der er således enighed i teorien om, at artikel 6 har et ganske snævert område.²¹⁹ Bestemmelsen udelukker alene anvendelsen af *tvistbilæggelsesproceduren*, hvilket har den konsekvens, at et medlemslands udformning af en konsumptionsbestemmelse – f.eks. et princip om regional eller global konsumption – ikke kan håndhæves via de særlige regler i TRIPs. Artikel 6 udelukker derimod ikke, at en national bestemmelse kan anses som et brud med de generel-

219. *Lee & Lewinski (1996)*, p. 317f., *Ullrich (1996b)*, p. 385ff. og *Einhorn (1998)*, p. 1082f. Hertil kommer henvisningen til artikel 3 og 4, som skal berøres nærmere nedenfor, og som yderligere medvirker til at begrænse betydningen af artikel 6.

le forpligtelser, som følger af reglerne i TRIPs,²²⁰ med de konsekvenser i henseende til international anseelse, unilaterale sanktioner m.v., som dette måtte have.²²¹

Der er således enighed i teorien om, at TRIPs har *indirekte* betydning for konsumtionsspørgsmålet, samt at denne betydning må udledes dels af de materielle regler i TRIPs, dels af de almindelige principper, som TRIPs bygger på.²²² *Stucki* fremhæver for det *varemærkeretlige* område, at TRIPs aftalen entydigt peger i retning af global konsumption, hvilket udelukker både regional og national konsumption.²²³ *Straus* fremhæver, at fastlæggelsen af konsumtionen må ske i overensstemmelse med reglerne i TRIPs for det pågældende område kombineret med den generelle målsætning, som den er udmøntet i præamblen. For *patentrettens* vedkommende slutter *Straus* på baggrund af TRIPs artikel 28, stk. 1, der hjemler rettighedshaveren bl.a. en eneret til import, at et princip om *global konsumption* på det patentretlige område ville *stride* mod TRIPs-aftalen.²²⁴ Denne udlægning kan ikke uden videre tiltrædes. Eneretten som den er formuleret i artikel 28, stk. 1, indgår som et moment i den samlede afvejning, men afgør ikke resultatet. Øvrige momenter er de bredere sammenhænge, som TRIPs angiver, herunder, at konsumtionsspørgsmålet skal afgøres med skyldig hensyntagen både til

220. GATT94 har som sagt ovenfor næppe direkte betydning for konsumtionsspørgsmålet.

221. Det nærmere indhold i disse sanktioner er dog ikke ganske klare. Det er navnlig uklart, om den almindelige GATT-tvistbilæggelsesprocedure (GATT, artikel XXII og XXIII) står til rådighed. Dette antages af *Verma* (1998), p. 555, men resultatet forekommer ikke indlysende rigtige.

222. *Heath* (1993), p. 629.

223. *Stucki* (1997), p. 41ff. og 57f. under henvisning navnlig til *Cottier* (1995).

224. *Straus* (1996), p. 191ff. m. yderligere henv. Tilsvarende *Einhorn* (1998), p. 1083 (dog med en lidt anden begrundelse) og *Mager* (1999), p. 641. Se også hos *Gervais* (1998), p. 61f., der med henvisning til et WIPO arbejdsdokument (BCP/CE/III/III af 12.3.1993) bemærker, hvorledes man i visse kredse har argumenteret for, at *BKV* implicit beskytter på et territorielt grundlag, samt at man herudaf kunne læse, at den ophavsretlige konsumption retteligen burde anses for national. *Gervais* noterer endvidere, a.st., at »a number of countries« afviser en sådan implicit national konsumption. Man kan godt forstå disse landes skepsis. *Cottier* (1995), p. 53ff. synes tilbøjelig til at anse en varemærkeretlig importret for indeholdt i TRIPs, artikel 16. Argumentationen, der bedst kan forstås på baggrund af den særlige schweiziske udvikling, er ikke overbevisende.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

de traditionelle immaterialretlige hensyn og frihandelshensynet.²²⁵ Det kan derfor heller ikke tilsluttes, når *Verma* bemærker, at artikel 28, stk. 1, må læses med forbehold for artikel 6.²²⁶ Der henvises vel udtrykkeligt til artikel 6 i fodnoten til artikel 28, stk. 1, men heri ligger næppe noget selvstændigt. Konsumptionsprincippet indebærer, som det er fremgået flere gange ovenfor, blot en sproglig fremstilling af en problemstilling. Det er i den forbindelse lige så ufrugtbart at fokusere på »eneretten« som på »konsumtionen«. Afgørende er en afbalancering af de involverede interesser. TRIPs aftalen tilføjer således i metodisk henseende intet nyt: Afbalanceringen af interesser er afgørende. Det afgørende nye ved TRIPs er, at aftalen ændrer grundlaget for de traditionelle rammer for afbalanceringen.

4.3.2.1. Mestbegunstigelsesprincippet

Artikel 6 indeholder som sagt en henvisning til artikel 3 (nationalitetsprincippet) og 4 (mestbegunstigelsesprincippet). Man kunne spørge, om der i disse principper skulle ligge en indirekte forpligtelse for medlemslande med hensyn til parallelimport og konsumption. Man kunne navnlig spørge, om det fulgte af artikel 4, at EØS-landene (regional konsumption) var forpligtet til at acceptere, at markedsføring også uden for EØS-området medførte konsumption, samt om artikel 4 var til hinder for indgåelsen af bilaterale eller interregionale aftaler om konsumption. Dette sidste spørgsmål har særlig betydning for EU-retten i lyset af, at EF-domstolen i *Silhouette*-dommen opstillede internationale handelsaftaler som et alternativ til reglen om regional konsumption.

Artikel 4 lyder således:

»I forbindelse med beskyttelsen af intellektuel ejendomsret skal enhver fordel, fortrinsbehandling, immunitet og ethvert privilegium, som et medlem indrømmer noget andet lands statsborgere, omgående og ubetinget indrømmes alle andre medlemmers statsborgere.«²²⁷

225. En konsekvens af *Straus'* læsning af artikel 28, stk. 1, burde vel være, at også den regionale konsumption inden for EØS-området principielt var betænkelig i lyset af TRIPs forpligtelsen (jf. dog ovenfor om GATT, artikel XXIV).

226. *Verma* (1998), p. 556f. I samme retning *Heath* (1996), p. 630.

227. Herfra gøres en række betydningsfulde undtagelser bl.a. i litra a angående bestemmelserne i BKV om materiel reciprocitet (bl.a. BKV artikel 2, stk. 7 (brugs-kunst), og 7, stk. 8 (comparision of terms- reglen)), og i litra d vedrørende fordele m.v., som indrømmes i medfør af internationale aftaler vedrørende beskyttelse af intellektuel ejendomsret, som trådte i kraft før WTO-overenskomsten (1.1.1995). Udformningen af litra d giver anledning til store vanskeligheder,

Mestbegunstigelsesprincippet er et klassisk handelsretligt princip.²²⁸ I relation til *varehandlen* – herunder med immaterialretligt beskyttede varer – er indholdet af princippet, at den mest favorable – dvs. mest liberale – handelsadgang gøres til fællesnævner. Princippet har til hensigt at sikre en ensartet behandling på højeste niveau og går i så henseende videre end princippet om national behandling (TRIPs, artikel 3), som ikke udelukker, at visse udenlandske statsborgere behandles bedre end andre, blot alle behandles mindst som de hjemlige statsborgere. Princippet er således en vældig sejr for *u-lande* og andre lande, som ikke har forhandlingsstyrke til at opnå attraktive bilaterale overenskomster. Mestbegunstigelsesprincippet har således selvstændig betydning i de tilfælde, hvor der enten gælder en undtagelse i TRIPs fra princippet om national behandling i artikel 3, eller hvor en fordel ikke indrømmes egne statsborgere.

Med hensyn til parallelimport er det vigtigt at bemærke, at TRIPs, artikel 4 tager sigte på »beskyttelsen af intellektuel ejendomsret«. Sigtet er ikke »varer« eller »handelsliberalisering«, som i den traditionelle formulering af mestbegunstigelsesprincippet.²²⁹ Indholdet af artikel 4 er, at man i henseende til betingelserne for at opnå beskyttelse og beskyttelsens indhold skal behandle *rettighedshavere*, som er statsborgere fra i et WTO-land, på niveau med statsborgere fra de lande, som man behandler bedst. En statsborger fra Colombia (der er medlem af WTO) skal således behandles som en statsborger fra et EU-land med hensyn til f.eks. en ansøgning om dansk varemærkeret. Af princippet følger endvidere, at det nationale princip om konsumtion skal gælde både egne statsborgere og statsborgere fra andre medlemslande,²³⁰ og at en begrænsning i adgangen til parallelimport skal gælde rettighedshavere,

se således om *Phil Collins-dommen* ovenfor 4.1., og nærmere om forholdet til EU generelt hos *Dörmer* (1998), p. 931 og *Einhorn* (1998), p. 1073ff.

228. GATT, artikel 1, stk. 1: »... any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties«.

229. Dette overser *Cottier* (1995), p. 56ff., der anser bestemmelsen for at omfatte »Rechtinhaber und Produkte«. Tilsvarende *Soltysinski* (1996), især p. 319, som mener, at princippet indebærer, at parallelimport inden for rammerne af artikel 4 skal behandles ens, uanset hvorfra (*vareimporten*) stammer og vist *Einhorn* (1998), p. 1083f. Dette er ikke korrekt: Bedømmelsen skal være den »samme«, uanset hvor rettighedshaveren kommer fra.

230. *Antoniades & Køningsfeldt* (1996), p. 14. Tilsvarende EF-domstolen i Udtalelse 1/94 af 15.11.1994, Saml 1994/I-5267, p. 5297.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

uanset deres hjemland. Vml § 6, stk. 1, skal således fortolkes på samme måde, uanset om bestemmelsen påberåbes af en dansk rettighedshaver, en svensk eller en colombiansk. Man kan derimod *ikke* af princippet udlede, at en *parallelimportør*, der ønsker at parallelimportere varer fra f.eks. Colombia til Danmark, skal have samme »fordel« som en parallelimportør, der importerer til Danmark fra f.eks. Sverige.

Der ligger således ikke i henvisningen til artikel 4 og mestbegunstigelsesprincippet hverken en forpligtelse for EØS-landene til at udstrække den regionale konsumtion til at omfatte alle WTO-lande eller et forbud mod indgåelsen af aftaler om konsumtion à la de aftaler, som EF-domstolen anviste i *Silhouette-dommen*.²³¹ Det er i den forbindelse uden betydning, om aftalerne blev indgået, før TRIPs trådte i kraft, eller om aftalerne indgås senere.

4.4. Immaterialret og parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

Parallelimportspørgsmålet er for tiden genstand for en intens international diskussion, som for EU-retten vedkommende kan formuleres som spørgsmålet: *Regional eller global konsumtion?* Diskussionstemaet varierer fra rettighedstype til rettighedstype. Inden for varemærke- og patentretten diskuteres, om gældende ret bør ændres fra et regionalt til et globalt princip. I ophavsretten har diskussionen karakter både af en drøftelse med henblik på at fastslå indholdet af gældende ret og med henblik på eventuelt at ændre gældende ret (det regionale princip). Der er derfor god grund til at drøfte konsumptions- og parallelimportspørgsmålet i relation til samtlige rettighedstyper. Det overordnede tema for diskussionen er, om man bør foretrække en regel om global eller regional konsumtion.

Set fra et EU-perspektiv må man herved foretrække, at der gælder et ensartet princip, dvs. at samtlige immaterialrettigheder er underlagt samme territoriale konsumptionsprincip. Dette kan dog ikke opretholdes som et dogme, idet udformningen af konsumptionsreglen altid må bero på en konkret vurdering. Det er i den forbindelse også muligt, at argumentationen varierer fra rettighedstype til rettighedstype.

231. Jf. herved *Gaster (2000)*, p. 583f., men cfr. *Verma (1998)*, p. 557, som anser »... bilateral or special agreements with trading partners for world-wide exhaustion ...« (fodnote udeladt) for at stride mod TRIPs.

4.4.1. Ophavsretten

Det traditionelle diskussionstema ved drøftelsen af den ophavsretlige konsumptions territoriale udstrækning er importen af *bøger og fonogrammer*. Udgangspunktet i dansk ret er i den forbindelse et almindeligt princip om *global* konsumption kombineret med et forbud mod aftaler om opdelte forlagsrettigheder (herom straks i det følgende). Resultatet af dette har været, at adgangen til at foranstalte parallelimport til Danmark har været enestående vid. Spørgsmålet har imidlertid ikke haft videre betydning, idet navnlig bogimport på grund af de sprogmæssige forhold har været meget begrænset.

Det traditionelle udgangspunkt opretholdes ikke længere. For *fonogrammer* m.v. har konsumptionen for så vidt angår de *udøvende kunstneres og producenters rettigheder* siden gennemførslen i dansk ret i 1995 af udlægningsdirektivet været *regional*.²³² Dette regionale princip anses i lovgivningsmæssig henseende som en *undtagelse* fra det almindelige princip om *global* konsumption, som gælder for de tilfælde, hvor andet ikke følger af lovgivning (EU-direktiverne), herunder for bl.a. bogområdet.

Bogområdet giver fortsat anledning til en række principielt vigtige problemer, men det er samtidig åbenbart, at tyngden i den moderne ophavsret ligger andre steder: Edb-programmer og producentrettighederne. Som det fremgik af *Micro Leader*-dommen fra Retten i Første Instans giver det næppe heller anledning til tvivl, at konsumptionen for så vidt angår edb-programmer er *regional* og kun dette. *For de centrale dele af den moderne ophavsret er det regionale princip i dag utvivlsomt*. Den »undtagelse«, som via leje-/lånedirektivet er inkorporeret i Ohl for så

232. Ohl §§ 65, stk. 4, og 66, stk. 2. Det er tankevækkende, at udgangspunktet i *tysk* ret er ganske anderledes, jf. herved TYOhl § 17, stk. 2: »Sind das Original oder Vervielfältigungsstück des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterbreitung zulässig.« (Min kursivering) Begrænsningen mht. området for den første markedsføring er indføjet i 1995 i forbindelse med inkorporeringen i tysk ret af leje-/lånedirektivets artikel 9, idet man anså en inkorporering, hvorved naborettighederne blev »stærkere« end ophavsretten, for abnorm. Hermed var der ikke fra den tyske lovgivers side taget udtrykkeligt stilling til spørgsmålene om »regional« eller »international« konsumption. Der henvises i de tyske lovbemærkninger til den kommende EF-domstolspraksis. Det er imidlertid nok den almindelige opfattelse i tysk ret, at indholdet af § 17, stk. 2, er en regel om præceptiv, regional konsumption, jf. Loewenheim hos Schrickner (1999) UrhG, § 17 Rdn 55.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

vidt angår producentrettighederne, er således meget langt hen ad vejen udtryk for den praktiske hovedregel.

Det regionale princip og styrkelsen af den *europæiske kulturindustri konkurrenceevne* udgør det samlende moment for EU-ophavsretten (fase 2). Ophavsretten har herved ændret sig afgørende. Den *klassiske* ophavsret var præget af personlighedsretlige hensyn og en grundlæggende universalistisk opfattelse baseret på Bernerkonventionens principper om formløs rettighedserhvervelse og national behandling. Bevægelsen i den *moderne* EU-ophavsret går væk fra begge disse positioner. De personlighedsretlige hensyn indtager en rent sekundær placering i de vigtige direktiver vedrørende edb-programmer og databaser. Afgørende for den moderne ophavsret er investeringshensyn (belønningslæren). For princippet om national behandling går tendensen i retning af en regionalisering af beskyttelsen baseret på reciprocitet.²³³ Hensigten med EU-reguleringen er at give de *regionale* rettighedshaveren en beskyttelse som en stærkere end den beskyttelse, som indrømmes i andre regioners ophavsret, f.eks. USOhl, for derigennem at styrke de regionale virksomheder i den internationale konkurrence.

Konsumptionsreglerne må læses inden for denne regionale og industrielle ramme, jf. herved navnlig *Riis, Drexl og Rognstad*.

Riis (1996), s 204f. og 121-122 noterer (p. 205), at »et ophavsretssystem der [som EU] tilstræber en stærk ophavsretlig beskyttelse, bør anvende en regel om *national konsumption*«. Begrundelsen er, at en konsumptionsregel, som omfattede et land (»B«) med et *lavt* beskyttelsesniveau, ville *udhule* beskyttelsen i importlandet (»A«). Dette er tilfældet, idet prisniveauet i land B på grund af den lavere beskyttelse – og alt andet lige – vil være lavere end i land A. Hvis man således accepterede parallelimport fra land B til A, ville det laveste beskyttelsesniveau diktere prisen. Hermed er dog ikke sagt, at en regel om national (regional) konsumption nødvendigvis følger i tilfælde, hvor der er *ensartet* internationalt beskyttelsesniveau. Virkningen af en begrænsning af adgangen til parallelimport i en sådan situation er international *prisdifferentiering*. Ifølge *Riis* bør man acceptere denne konsekvens i de tilfælde, hvor man i importlandet ønsker at *styrke* rettighedshaverens position (p. 122).

Drexl (1999), p. 10, formulerer udgangspunktet for afvejningen således: »Als Voraussetzungen sind zumindest die folgenden zu diskutieren: (a.) Das importierte Werkstück muß im anderen Staat durch den inländischen Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht worden sein. (b.) Die Anerkennung der internationalen Erschöpfung darf den Rechtsinhaber nicht um Rechte berauben, die ihm nur das Recht des Importlandes gibt. (c.) Im Exportland müssen ein angemessener urheberrechtlicher Mindestschutz und ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet sein. (d.) Die

233. Se herved *Blume m.fl. (1998)*, p. 211f. om *sui generis* beskyttelsen i databasedirektivet (OHL § 71).

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

internationale Erschöpfung sollte durch ein internationales Kartellrecht begleitet werden« (min kursivering). Se også diskussionen, a.st., p. 10-13 (især p. 12, 1. spalte).

Rognstad (1999), p. 752, noterer de modstående hensyn: Den regionale tendens – hvorefter »adgangen til parallelimport forutsetter et noenlunde integrert marked; i motsatt fall undermineres importstatens beskyttelsesnivå« – og globaliseringstendensen: »WTO-samarbeidet, med den harmonisering av immaterialretsbeskyttelsen som TRIPs innebærer, kan i alle fall hevdes være et steg på veien mot markedsintergration på globalt niveau. Motsatt kan det likevel anføres at en ikke har kommet langt nok i denne integrationsprosessen til at en kan ha enhetlige konsumpsjonsreglen. Blant annet mangler fortsatt felles konkurranseregler på WTO-nivå ...«, jf. Rognstad (1999), p. 617-618. Se i samme forbindelse Haedicke (1997), p. 212f., der ligeledes nævner konkurrencereglerens betydning.

I takt med den stigende internationale regelharmonisering via TRIPs, bliver det afgørende spørgsmål, hvorvidt man bør acceptere den styrkelse af de europæiske rettighedshavers position, som følger af adgangen til *international prisdifferentiering* ved hjælp af den regionale konsumption. Det er i den forbindelse væsentligt at notere, at der, som vist af Riis, ikke lader sig opstille en formodning imod en sådan adgang. Muligheden for at opdele det internationale marked er ikke suspekt, men bør anskues som led i den bredere ophavsretlige målsætning i form af en styrkelse af den regionale ophavsret. Set i lyset af heraf er et regionalt konsumptionsprincip det oplagte valg for nærværende.²³⁴

Opdelte forlagsrettigheder. Spørgsmålet, om en dansk (nordisk) rettighedshaver – på linje med en tysk – bør have adgang til at disponere ved opdelte forlagsrettigheder med den konsekvens, at import kan hindres, har længe været omdiskuteret i nordisk ret. *Lovbemærkningerne til 1961-loven* forudsatte, at »retten kan overdrages for en bestemt tid, for et bestemt oplag, for et bestemt land el.lign.«.²³⁵ Hermed accepteredes formentlig – og i overensstemmelse med tysk lære – en ophavsretlig begrænsning. Spørgsmålet omtales ikke udtrykkeligt i bemærkningerne til de *nugældende Ophavsretslov*.²³⁶ I teorien har *Koktvedgaard* anbefalet en adgang for ophavsmænd til gennem aftalekomplekser at hindre import til Danmark med det argument, at »hensynet til ophavsmanden og hans mulighed for en rationel udnyttelse af rettighederne klart [taler] mod den globale konsumption«.²³⁷ I dansk ret er det da også foreslået flere gange, at man burde reoverveje det traditionelle udgangspunkt, se således Betænk-

234. Dette er da også Rognstads konklusion, uanset at denne på grund af problemets kompleksitet afholder sig fra at konkludere (udtrykkeligt). Se således Rognstad (1999), p. 751ff.

235. FT 1959-60 A, sp. 2732. Det hedder videre i bemærkningerne, at »retten kan ikke anses for overgået til medkontrahenten i videre omfang, end aftalen lyder på eller bestemt må siges at forudsættes ...«.

236. Se nærmere Ohl-bem, til § 53, stk. 4.

237. *Koktvedgaard* (1999), p. 107.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

ning 1000/1984, p. 107, Betænkning 1197/90, p. 155ff. *Blok* og *Karnell* er imod.²³⁸ I betænkning 1197/90, der i et vist omfang ligger til grund for 1995-loven, lagde udvalget op til en accept af opdelt forlagsrettigheder.²³⁹ Den manglende omtale i lovbemærkningerne må i den forbindelse opfattes som en afvisning af noget sådant. Det forekommer endvidere givet, at afvisningen i forbindelse med vedtagelsen af 1995-loven er begrundet i princippet om global konsumption.²⁴⁰ Et almindeligt regionalt konsumptionsprincip ville afskaffe behovet for sådanne aftaler, idet import til Danmark kun ville være mulig, hvis der foreslå samtykke hertil fra rettighedshaveren.

4.4.2. Patentreppen

Det traditionelle patentretlige udgangspunkt i bl.a. Danmark og Tyskland er *national* konsumption, hvilket indtil nu ikke har givet anledning til væsentlig diskussion.²⁴¹ Det traditionelle (tyske) argument er, at hensynet til patenthaverens *belønning* kræver en stærk eneret, herunder i form af muligheden for international prisdifferentiering.²⁴² Hertil – og som forbundet hermed – gælder, at patentreppen traditionelt har været anset for stærkt bundet til nationalstaten og territoriet. I takt med udviklingen inden for EU-retten er det nationale udgangspunkt fraveget, således at der for patentreppen gælder *regional* konsumption. For patentretten har regionaliseringen således ført til en udvidelse af konsumptionen.

Den almene spænding mellem regionalitet og globalitet har også påvirket diskussionen af den patentretlige konsumptionslære. Den primære årsag hertil har været udviklingen i retspraksis i Japan og Schweiz, hvor der foreligger nyere domme, som indebærer en meget vid adgang

238. *Blok* (1974), p. 196ff., *Karnell* NIR 1971.284ff. og (1998a). Tilsvarende *Rosén* (1989), p. 362-369 med udførligt referat af diskussionen.

239. Betænkning 1197/90, p. 158f. Tilsvarende i Betænkning 1000/84, p. 107.

240. Se således Ohl-bem til kapitel 5.

241. Af forarbejderne til Ptl § 3, stk. 3, nr. 2, fremgår dog, at »det er ... ikke udelukket, at der i *særlige tilfælde* kan indtræde konsumption af den danske patentret i relation til produkter, der er bragt i omsætning i udlandet, således at de uanset det danske patent kan indføres her til landet. Sådanne spørgsmål må i sidste instans afgøres af domstolene«, FT 1977-78 A, sp. 2020. Man kan næppe heraf slutte, at der for Danmark skulle gælde et betinget princip om global konsumption. Sammenhængen tyder nærmest på, at der tænkes på forholdet til *EF-retten*, således at indholdet af bemærkningen er at åbne for et regionalt princip, jf. således også *Koktvedgaard* (1999), p. 226, hvorefter det patentretlige udgangspunkt for dansk rets vedkommende er *national* konsumption, idet dette udgangspunkt modificeres af EU-retten. Se om U1994.488V hos *Schovsbo* (1996b), kap. F.4.1.4.2.

242. I *nordisk* ret har man traditionelt anlagt en bredere vurdering, jf. *Blok* (1974), p. 165ff. og 175.

til parallelimport af patentbeskyttede produkter; »global« konsumption.²⁴³ Som det er vist ovenfor, 6.3.1, er afgørelsernes reelle betydning formentlig ganske ringe. For især den japanske dom gælder således, at adgangen til at foranstalte den pågældende import havde karakter af en rent konkret vurdering af de foreliggende aftaler. Noget princip om konsumption, endsige global konsumption, kan man ikke udlede af dommen. Dommene har ikke desto mindre fungeret som katalysatorer for diskussionen, idet en *global* konsumption er blevet fremhævet som et alternativ til regional og national konsumption.²⁴⁴

Det er i den forbindelse væsentligt at fastholde, at konsumptionsdiskussionen indgår som led i den samlede patentretlige udvikling. Drivkraften bag udviklingen af den europæiske patentret er i den forbindelse *styrkelsen af den europæiske industri i konkurrencen med den amerikanske og japanske*: »Patents are not a legal fiction, nor something desirable for their own sake, but a weapon to be wielded in the international battle for market dominance.«²⁴⁵ Den traditionelle belønningslære målrettes mod regionen. Det – om man vil – protektionistiske sigte med patentretten overgår fra nationalstaten til regionen.

Hensynet til den regionale målsætning ses flere steder i de aktuelle patentretlige diskussioner, herunder bl.a. i drøftelserne om en udvidelse af patentrettens saglige område til at omfatte *edb-programmer* og *Koktvedgaards* forslag om en (re)introduktion af *importopfindelsesbegrebet*,²⁴⁶ som indebærer en regionalisering af nyhedsvurderingen. For *konsumptionslæren* peger regionaliseringen entydigt i retning af en *regional* konsumption og kun dette.

243. Hhv. *BBS Wheels III*, IIC 1998.331 komm. af *Ohara* og Handelsgericht Zürichs dom af 23.11.1998, *Kodak*, GRUR Int. 1999.55.

244. Se navnlig *Heath* (1996), p. 632, som anbefaler en »klassisk« patentretlig konsumptionsregel baseret på et globalt princip med den begrundelse, at »... the patentee should be given one opportunity to release the patented goods under monopolistic conditions of a patent right«. Henvisningen til et »klassisk« konsumptionsprincip indebærer dels en afvisning af en anglo-amerikansk (kontrakts)model, dels en afvisning af EU-konsumptionsmodellen, hvorefter det ikke en betingelse for konsumptionsindtræden, at produktet nyder patentbeskyttelse i eksportlandet (Sag 187/80, *Merck I*, Saml. 1981.2063 og forenede sager C-267 og 268/95, *Merck II*).

245. EPO diskussionsoplæg fra maj 1993 citeret efter *Koktvedgaard* (1994), p. 187. Se tilsvarende (EPOs direktør) *Kobe* (1998), p. 145 og Kommissionens meddelelse af 19.2.1999, »Patentering som innovationsfremme«, f.eks. p. 8 og 13.

246. Se nærmere *Koktvedgaard* (1994), p. 186ff. Tidligere var sådanne modeller velkendte, jf. også *Schovsbo* (1998c), p. 475 om norsk ret.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

4.4.3. Varemærkeretten

Til brug for den varemærkeretlige diskussion foreligger der en række studier angående de økonomiske konsekvenser af det regionale princip for *Sverige, England og EU*.²⁴⁷ Undersøgelserne leder ikke til et klart resultat, men bekræfter det traditionelle udgangspunkt for diskussionen: Parallelimport er som udgangspunkt et gode, fordi det indebærer en øget priskonkurrence i importlandet. Mest »markant« er i den forbindelse den *svenske* undersøgelse, hvori det bl.a. konkluderes, at overgangen fra et globalt til et regionalt varemærkeretligt konsumptionsprincip indebærer direkte udgifter for de svenske forbrugere, som svarer til en éngangsinfation på 0,2 pct. (*sic!*).²⁴⁸ Også den *engelske* undersøgelse konkluderer, at et princip om global konsumption inden for visse områder og med talrige modifikationer ville være til gavn for *England*.²⁴⁹ For *Danmark* annonceredes en undersøgelse, som dog aldrig blev tilendebragt.²⁵⁰ I »Tæt på erhvervspolitiken« (1999) hed det dog, at »Regeringen vil i EU-regi arbejde for at ændre retstilstanden [efter *Silhouette*-dommen], således at princippet om global konsumption genindføres på varemærkeområdet. Dette vil fremme konkurrencen og medføre lavere priser for forbrugerne.«

NERA-rapporten, som er den mest interessante, indeholder ingen konklusion. Det noteres vel, at en bred parallelimport vil lede til øget import og til en større eller mindre nedsættelse af forbrugerpriser. Dette er imidlertid alene effekten på kort sigt. Effekten på langt sigt er ifølge *NERA-rapporten* både væsentligere end den kortsigtede, men også mere uforudsigelig. Herved kan rapporten heller ikke siges at understøtte de engelske og svenske konklusioner, som jo også er baseret på en *national*

247. *England*: »Trade and Industry – Eighth Report« af 29.6.1999, *Sverige*: »Parallelimport – effekter av Silhouette-omen«, Konkurrenserket, januar 1999 og *EU*: *NERA-rapporten* af 8.2.1999 (og arbejdsdokumentet »Exhaustion of Trade Mark Rights« af 9.12.1999).

248. Se nærmere Parallelimport-rapporten, p. 62, hvor den indirekte effekt antages at være i samme størrelsesorden. Dernæst noteres, at parallelimport har en række ulemper. Alt i alt konkluderes dog, at »parallelimport medför ökad konsumentnytta i Sverige«, p. 65.

249. Rapportens tema – »regional eller global konsumption« – er problematisk set i lyset af, at engelsk ret traditionelt slet ikke opererer med et »konsumptionsprincip«. Det må da også noteres, at det »globalkonsumptionsprincip«, som rapporten anbefaler, på ingen måde er ubetinget, men lægger op til aftalemæssige begrænsninger m.v. af importadgangen.

250. Der følger dog et Notat vedr. de økonomiske konsekvenser af parallelimport fra Erhvervsministeriet af 17.5.1999.

vurdering.²⁵¹ På baggrund af NERA-rapporten meddelte Kommissionen den 7.6.2000, at man *ikke* vil tage skridt til at ændre konsumptionsbestemmelsen i Varemærkedirektivet (til global konsumption). Kommissionen henholdt sig herved til følgende forhold:

- »– A change from Community exhaustion of trade mark rights to international exhaustion will not lead to a significant fall of consumer prices.
- Changing the exhaustion regime for trade marks only would produce little effect on the market place given that the large majority of products are covered by a number of intellectual property rights. However, to introduce international exhaustion for all IP rights would not be appropriate.
- It is crucial that the exhaustion regimes for national trade mark and Community trade marks are the same. A change of the exhaustion regime in the two legal instruments which govern this matter (a Directive for national trademarks and the Regulation on the Community trademark) cannot however be guaranteed, as the Directive may be changed through a qualified majority decision of the Council. Unanimity is necessary to change the Regulation. It is believed that at least some Member States would possibly resist any change to the Regulation. The possible co-existence of two different schemes would create confusion in the market place as well as in the minds of consumers, in particular in relation to the question of whether a given trade marked product has been lawfully put on the market or not.
- A change of exhaustion regime would make it more difficult for EC firms to sell at a lower price outside the Community. The change of regime may over time inhibit investment in new brands or even make trade mark holders withdraw products from the market. Trade mark holders who continue to provide the branded goods may choose to reduce the quality of goods or the provision of associated services.
- An EU-exhaustion policy has been developed to foster the integration of the Single Market. With an international exhaustion policy EU companies might face a competitive disadvantage, given that such an integration process has not occurred world-wide yet. Market conditions for goods from third countries are less equal at this stage than within the EU; parallel trade may be influenced by differences regarding trade conditions in different countries such as administrative burdens of registration and labour costs. Most of these issues have been addressed by EC legislation or EC policy to ensure a certain uniformity throughout the EU. This is not the case at international level yet.«

Kommissionens konklusion er velbegrundet. Ingen af den foretagne undersøgelser forekommer overbevisende. Og ingen af dem afspejler i tilstrækkelig grad udviklingen i den nyere varemærkeret og konkurrenceret.

251. Heri ligger i sig selv en selvmodsigelse, som bør mane til betydelig forsigtighed ved anvendelsen af de nationale studier m.v.

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

I det følgende skal parallelimportspørgsmålet drøftes ud fra først en *varemærkeretlig* synsvinkel og siden en *konkurrenceretlig*. Sondringen skyldes alene fremstillingstekniske hensyn. Fællesnævner i begge henseender er hensynet til *rettighedshaverens markedsstyring* ved hjælp af varemærkeretten henholdsvis aftaler.

4.4.3.1. Parallelimport og varemærkeret:

Fra ægtevare-princip til reklamefunktion

Det traditionelle udgangspunkt for diskussionen af konsumptions-spørgsmålet i varemærkeretten er forskelligt fra udgangspunktet i ophavs- og patentretten. For ophavs- og (især) patentretten udgjorde *belønningssynspunktet* det naturlige udgangspunkt ved bedømmelsen af, om man via immaterialretten burde indrømme rettighedshaveren en mulighed for international prisdifferentiering. Varemærkerettens traditionelle udgangspunkt har været *forbrugerbeskyttelseshensyn*. Varemærket opfyldte efter denne opfattelse sit formål (sin funktion), blot det garanterede, at varen var ægte i den forstand, at den var markedsført første gang af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke. Set i lyset af dette *ægtevare-princip* («the doctrine of origin»/»Die Herkunfts-Unterscheidungsfunktion») var det uden betydning, *hvor* i verden produktet var blevet markedsført første gang.²⁵²

Opfattelsen af oprindelsesfunktionen som varemærkeretten omdrejningspunkt (ægtevare-princippet) kan ikke længere opretholdes. De betydende varemærker er i dag bærere af endog meget store økonomiske værdier, som følge af de omkostninger til i reklame, produktudvikling og service m.v., som er afholdt af rettighedshaveren og det autoriserede distributionssystem.²⁵³ Varemærket har i dag ofte en selvstændig værdi, som slet ikke kan rummes inden for den traditionelle beskrivelse af mærkets funktioner. Utilstrækkeligheden ved den traditionelle beskrivelse viser sig både ved formuleringen af en beskrivelsesramme for gældende varemærkeret og ved fastlæggelsen af et udgangspunkt for den retspolitiske diskussion af varemærkeretlige spørgsmål. En præcis og relevant beskrivelse af den aktuelle varemærkeret må tage udgangspunkt i varemærkets *markedsstyrende funktioner*: Reklame-/kommunikations-

252. Jf. Schovsbo (1996a), p. 90ff.

253. Se nærmere Riis (2000) om »brand equity«. A.st., p. 18, anføres, at varemærkerne COCA COLA, KODAK og GENERAL MOTORS i slutningen af 1980-erne hver er anslået til at repræsentere en værdi på mere end 1 mia. USD.

funktionen og garantifunktionen.²⁵⁴ Hermed understreges, at varemærkerettens primære beskyttelseshensyn er de *investeringer*, som er nedlagt i varemærket af rettighedshavere, autoriserede forhandlere m.v. Hermed er også sagt, at den traditionelle sondring mellem på den ene side de genstandsorienterede rettigheder – ophavs- og patentretten – og på den anden side varemærkeretten, ikke længere kan opretholdes. Også for varemærkeretten er *belønnings-* og *ansporingshensynene* af afgørende betydning. Og også for varemærkeretten gælder, at den samfundsmæssige værdi af rettighedstypen beror på en vurdering af effekterne i *dynamisk* henseende af beskyttelsen.

I lyset af den beskrivelse af varemærkeretten, som reklamefunktionen angiver, bliver parallelimportspørgsmålet centralt. Nutidens globale markedsføring og specialisering fordrer store investeringer i henseende til reklame, produktudvikling og afsætningsformer. Disse investeringer kræver beskyttelse mod parallelimportører og andre »*free riders*«, som snylter på det autoriserede systems investeringer. Sideløbende med denne udvikling med hensyn til varemærkets udnyttelse m.v. har grundlaget for den retlige bedømmelse ændret sig afgørende i kraft af regionaliseringen. Det regionale princip tilbyder en mellemvej, som ikke kendtes i den traditionelle varemærkeret. Overgangen fra et globalt princip og til et regionalt indebærer en styrkelse af rettighedshaverens position i form af øget markedskontrol (prisdifferentiering). Samtidig medfører den regionale udvikling i henseende til konkurrenceretten og reglerne om varernes fri bevægelighed, at inter brand konkurrencen inden for regionen typisk vil være tilstrækkelig til at sikre en effektiv konkurrence, samtidig med at de væsentlige markeds-mæssige investeringer, som er knyttet til varemærkeomsætningen, anerkendes. For det – sjældne – tilfælde, hvor begrænsningen af parallelimport via varemærkeretten har karakter af et misbrug, viser *Micro Leader*-dommen, at artikel 82 står til rådighed.

4.4.3.2. Parallelimport og konkurrenceret:

Vertikale konkurrencebegrænsninger

Set ud fra en konkurrence(begrænsnings)retlig betragtning giver parallelimport navnlig adgang til en drøftelse af importens betydning for priskonkurrencen i importlandet. Dette argument har historisk og ideo-

254. Se generelt om den varemærkeretlige udvikling og funktionslæren *Koktvedgaard* (1965a), p. 162ff. og 171ff. og (1999), navnlig p. 328-330. Se også *Schovsbo* (1996a), især p. 86-93 og 159-162 og *Riis* (2000).

4. Parallelimport i et regionalt og globalt perspektiv

logisk stor betydning: Parallelimport sikrer forbrugerne *billige(re) varer*.²⁵⁵

Som det er fremgået ovenfor om den generelle udvikling i handlen med mærkevarer, er det nok tvivlsomt, om prisargumentet kan bære den store vægt, som det traditionelt tillægges. Der består således en åbenbar modsætning mellem at ønske dyre (prestigefyldte) varer til en lav pris: De prestigebetonede varer er i vid udstrækning netop ønskværdige, fordi de er kostbare. Gennem parallelimporten snylter importøren på den overpris, som forbrugerne er villige til at betale for de dyre mærkevarer. Hermed berøves rettighedshaveren sin belønning, hvilket set i et længere perspektiv kan føre til en erosion af det velkendte mærkes prestige eller lede til, at investeringer i specialforretninger m.v. undlades. Herved kan forbrugernes kortsigtede fortjeneste vise sig at lede til et tab på længere i sigt i form af en uønsket markedsudvikling med færre eksklusive varer, butikker m.v.

Det centrale moment i den moderne varemærkeret er anerkendelsen af varemærkets markedsstyrende funktioner (investeringsbeskyttelsen). Overført til konkurrenceretten er dette spørgsmålet om accepten af aftaler, hvorved producenten (varemærkeindehaveren) i kraft af vertikale aftaler kan styre vareafsætningen. Typiske eksempler herpå er eneforhandlingsaftaler, selektive distributionsaftaler og franchiseaftaler. Området for vertikale aftaler har for nylig været genstand for en omfattende diskussion i EU-konkurrenceretten, som har ledt til gruppefritagelsesforordning 2790/99 vedrørende vertikale aftaler.

Forordningen indgår som omtalt ovenfor, kapitel 5.2.3, i en revision af EU-konkurrenceretten, som bl.a. er afstedkommet af en generelt ændret holdning til vertikale begrænsninger. Det ændrede syn skyldes bl.a. en udvikling i den økonomiske teori, som indebærer et mildere syn på vertikale begrænsninger som sådan.²⁵⁶ Afgørende for markedets hensigtsmæssige indretning er således ikke eksistensen af vertikale aftaler i sig selv, men markedets generelle indretning, herunder især en effektiv *inter brand* konkurrence.

255. Konkurrencereguleringsretten – Mfl – har også betydning for parallelimportspørgsmålet. Det følger af EF-domstolens praksis, at parallelimport ikke i sig selv er i strid med Mfl, herunder forbudet i stk. 1 mod foranstaltninger, som strider mod »god markedsføringsskik«, jf. *Schovsbo (1996a)*, p. 109f. m. henv. til sag 58/80, *Dansk Supermarked*. De markedsføringsretlige aspekter af parallelimportspørgsmålet skal i øvrigt ikke drøftes nærmere her.

256. Opfølgningen af grønbogen om vertikale begrænsninger, p. 6. Se også »Hvidbog om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-traktatens artikel 85 og 86« af 28.4.1999, især p. 24, 32f.

Denne udvikling i konkurrenceretten har stor betydning for bedømmelsen af parallelimport. Udviklingen indebærer for det første en nedtoning af den konkrete betydning, som kan tillægges konkurrencevirkningen af parallelimporten. Det afgørende for en velfungerende konkurrence er ikke den *intra brand* konkurrence som parallelimport medfører. Afgørende er en effektiv *inter brand konkurrence* mellem flere forskellige producenter (mærker). For det andet understøtter udviklingen i konkurrenceretten tendensen i varemærkeretten i retning af øget kontrol med vareomsætningen. I præamblen til Frd. 2790 (punkt 6) betones således, hvorledes den kontrol, som følger med vertikal integration på et marked præget af effektiv (inter brand) konkurrence, vil skærpe konkurrencen og gøre det nemmere for nye virksomheder at trænge ind på markedet.

Set ud fra en almen konkurrenceretlig betragtning synes der derfor ikke at være særlige hensyn, der taler imod en regional varemærkeretlig konsumptionsregel. Tværtimod. Typeeksempler på aftaler, som er omfattet af forordningen, er kombinerede eneforhandlings- og varemærkelicensaftaler eller franchiseaftaler.²⁵⁷ Det er den samme kombination, som typisk foreligger i forbindelse med parallelimport. Hensigten med forordningsforslaget er således at fremme indgåelsen af sådanne aftaler og etableringen af *autoriserede salgssystemer*, idet sådanne generelt anses for at medføre en ønskværdig forbedring af produktionen eller distributionen. Det traditionelle argument for parallelimport, hvorefter man ved at omgå de autoriserede forhandlersystemer, sikrer effektiv priskonkurrence, er derfor problematisk.

Se dog også Gallini & Hollis (1999), som ud fra en retsøkonomisk og (primært) amerikansk/canadisk betragtning noterer den overfor skitserede udvikling i konkurrenceretten i retning af en mere positiv opfattelse af vertikale begrænsninger, men konkludere, at de deraf følgende begrænsninger i adgangen til parallelimport bør søges i *aftalemæssige ordninger*, snarere end i varemærkeretten. En tilsvarende argumentation fremføres af Jehoram (1999), p. 511. Synspunktet kan ikke tiltrædes. Parallelimportbedømmelsen involverer naturligt varemærkeretlige hensyn, som indgår som et led i den samlede vurdering, sammen med bl.a. de konkurrenceretlige.

4.4.3.3. Sammenfatning: Varemærkeretten

Det primære beskyttelsesobjekt i forbindelse med drøftelserne af den varemærkeretlige konsumptionsregel er hensynet til de autoriserede afsætningssystemer samt til varemærkernes egenværdi. Tendensen i både varemærkeretten og konkurrenceretten peger i retning af en anerkendel-

257. Jf. nærmere pkt. 30ff. i udkast til vejledning til forordningen.

se af rettighedshaverens/stamhusets kontrol med omsætningen af sine varer i konkurrence med andre virksomheders mærkeprodukter og dermed et princip om *regional* konsumtion.

4.5. Delkonklusion: Parallelimport: Regionalitet eller globalitet?

Udviklingen i konsumtionslæren i henseende til det territoriale spørgsmål er entydigt gået i retning af *regionalitet*. Inden for EU-retten er udgangspunktet regional konsumtion og kun dette. Omdrejningspunktet for diskussionen er den *regionale* udvikling, men den konkrete udmøntning af dette princip varierer fra rettighedstype til rettighedstype. Det regionale udgangspunkt står ikke i et modsætningsforhold til den *globale* udvikling, som TRIPs kan siges at repræsentere. Parallellen er for så vidt klar til det klassiske forhold mellem immaterialret og konkurrenceret: Den immaterialretlige eneret står ikke i et modsætningsforhold til det konkurrenceretlige bud om effektivitet. I begge tilfælde gælder, at immaterialrettighedernes betydning for henholdsvis den globale teknologiske udvikling og markedets effektivitet må læses inden for den *immaterialretlige forståelsesramme*, hvilket navnlig indebærer, at effekten af det immaterialretlige system må opfattes i et langsigtet perspektiv. Afgørende er en afbalancering af interesser, som for EU-retten for tiden peger i retning af det regionale princip.

5. Konsumtion og aftalefrihed

Emnet for det følgende er aftaler mellem rettighedshaver og eksemplarejer med hensyn til ejers adgang til at disponere over eksemplaret ved f.eks. videresalg, udleje eller udlån (»spredning«). Det almindelige udgangspunkt ved fastlæggelsen af parternes indbyrdes rettigheder og pligter er *aftalen*. For salg af immaterialretligt beskyttede eksemplarer gælder dog, at købstransaktionen udløser konsumtion. Der er til parternes *status* af hhv. køber og sælger af immaterialretligt beskyttede produkter knyttet visse på forhånd fastlagte retsvirkninger. Formålet med dette afsnit er at undersøge forholdet mellem aftale og konsumtionsprincip med hensyn til parternes mulighed for ved købsaftalen at fravige det legale udgangspunkt og fastlægge deres indbyrdes retsstilling for så vidt angår købers spredningsret ved aftale.

I det følgende fokuseres indledningsvis på ophavsretten og på salget af bøger, herunder især på købers adgang til udlån og videresalg. Ovenfor er diskuteret de internationale aspekter (»opdelte forlagsrettigheder«). Her fokuseres på *national* omsætning.

5.1. Handel med bøger

En traditionel aftale om salg af en bog involverer almindeligvis (mindst) tre deltagere: *Forlag* (»rettighedshaver«²⁵⁸), *forhandler* (typisk en boghandel) og den endelige *erhverver af eksemplaret* (køber). Aftalen mellem forfatter og forlag adskiller sig fra de to andre aftaler ved som genstand at have værket og dets produktion (eksemplarretten) og spredning. Denne aftale giver ikke anledning til konsumptionsmæssige spørgsmål. Man kan derimod spørge, i hvilket af de to efterfølgende led, der har *eksemplaret* som den centrale genstand, konsumptionen indtræder. Ifølge § 19, stk. 1, indtræder der konsumptionen *første gang* retten til eksemplaret overlades endeligt, dvs. typisk ved det første salg. Dette fører almindeligvis til, at retten konsumeres allerede i forholdet mellem forlag og boghandler.²⁵⁹ Spørgsmålet om konsumptionens præcise indtræden skal ikke drøftes nærmere på dette sted (dog straks nedenfor). Det gælder således under alle omstændigheder, at ophavsretten normalt må anses for konsumeret senest i forbindelse med salget til den endelige køber, hvis retsstilling har interesse i det følgende.

Kravene om »salg« eller »anden overdragelse«, der blev indsat ved 1995-loven, opfattes i *dansk* ret som et krav om, at *ejendomsretten* til genstanden skal være gået endeligt over til erhverver, se lovbemærkningerne til § 19 (»endelig overdragelse af ejendomsretten«). Ud over salg udløser *gaver* og *arv* almindeligvis konsumption.

For *norsk* ret har *Rognstad* (1999) foreslået en anden tilgang, idet han konkluderer, at afgørende i henhold til NOH § 19, hvis indhold svarer til den danske bestemmelse, bør være, om forhandleren (boghandleren) har *modtaget eksemplarerne til salg i eget navn* (p. 230ff.). Dette har bl.a. den konsekvens, at *kommissionssalg* (som har en vis betydning for bogområdet, jf. de danske samhandelsbetingelsers § 26) udløser konsumption allerede i forbindelse med transaktionen mellem forlag (kommittenten) og boghandel (kommissionæren), uanset at ejendomsretten derved ikke er gået over til

258. Forlaget afleder sin ret fra forfatteren og har i kraft af forlagsretten typisk eneret til de økonomiske rettigheder, herunder spredningsretten. Inden for de grænser, som følger af aftalen, er det derfor forlaget, som er »rettighedshaver«.

259. Jf. de almindelige samhandelsregler godkendt af Den danske Forlæggerforening og Den danske Boghandlerforening og gældende fra 1.1.1992, især §§ 7 og 27-30. Den 1.1.2001 træder nye samhandelsregler i kraft, hvilket formentlig ikke har betydning for nærværende spørgsmål.

boghandleren.²⁶⁰ For dansk ret er udgangspunktet fsva. kommissionsforholdet det modsatte. *Rognstad* begrundet sit standpunkt med en henvisning til, at § 19 »har selvstændig ophavsrettslig betydning, som styres af de interesseforhold som begrunner konsumptionsregelen« (a.st., p. 233). Hermed tænkes dels på forholdet til tredjemand, dels på risikoen for omgåelse af konsumptionsreglerne gennem valg af forhandlerforhold (f.eks. kommissionsforhold). *Rognstad* henviser endvidere til, at begrebet ejendomsret som et retsfunktionelt begreb ikke giver nogen vejledning om, hvornår ejendomsretten konkret må anses for overdraget og derfor er uegnet som udgangspunkt.

Også i nugældende dansk ret er man yderst tilbageholdende med at anerkende »manipulationer« i form af en maskering af en konsumptionsudløsende transaktion.²⁶¹ Dette har i praksis navnlig betydning i forbindelse med salget til den endelige forbruger, men samme hensyn må antages at gælde i forholdet mellem rettighedshaver og forhandler. Manipulationshensynet må derfor nok antages at blive varetaget allerede i dansk ret og ud fra læren om ejendomsrettens overgang. Hermed har man dog ikke inddraget de øvrige, væsentlige hensyn, som *Rognstad* henviser til. Meget synes således at tale for også i dansk ret at følge *Rognstad* og notere, at Ohl § 19 er udtryk for en selvstændig ophavsretlig norm, således at overdragelsesspørgsmålet i relation til § 19 må løses på baggrund af de almene hensyn m.v., som bestemmelsen er baseret på. En lignende tankegang er formuleret af *Blok* (1974), p. 34ff. i relation til Ptl § 3, stk. 3, nr. 2 (»bragt i omsætning«). For dansk rets vedkommende vanskeliggøres en direkte overtagelse af *Rognstads* konklusion af lovbemærkningerne. Spørgsmålet har i det hele taget større principiel end praktisk betydning.

I den normale situation består der et aftaleforhold mellem 1) forlag og boghandler og 2) boghandler og køber. Der består derimod normalt intet direkte forhold mellem *rettighedshaver og køber*. I de tilfælde, hvor rettighedshaver ønsker at pålægge køber rådighedsbegrænsninger, opstår der derfor en række praktiske vanskeligheder af blandet immaterial- og aftaleretlig karakter. Rettighedshaverens pålæggelse af byrder i form af en retlig begrænsning kræver således etableringen af enten en *aftale* (1) eller en *håndhævelse* via *ophavsretten* (2).

Traditionelt beskrives begrænsningen i 1) som *aftaleretligt virkende*, mens begrænsningen i 2) kaldes *ophavsretligt* (immaterialretligt) *virkende*. En første og afgørende forskel mellem de to situationer er, at den ophavsretligt virkende begrænsning kan håndhæves via ophavsretten i forhold til køber, selv om der ikke foreligger en aftale mellem køber og

260. Ved salg gennem *handelsagenter* eller *fuldmægtige* indtræder derimod – og som efter den danske model – først konsumtion i forbindelse med det endelige salg, idet disse ikke sælger i eget navn, men i rettighedshaverens.

261. Se hertil lovbemærkningerne ad § 19 og *Per Håkon Schmidt* (1998), p. 23. Fra tysk ret ses BGH dom af 6.3.86 (*Schallplattenvermietung*), IIC 1987.834 og fra svensk ret Konkursverksverks afgørelse af 24.1.95, Dnr. 793/93 (*datorspel*).

rettighedshaver. Heri består den store praktiske fordel for rettighedshaverens side ved ophavsretligt virkende begrænsninger.

Bedømmelsen af parternes adgang til ved aftale at fastlægge indholdet af købers spredningsret med immaterialretlig virkning kræver en bedømmelse på baggrund af loven. I det omfang loven ikke hjemler en adgang til at begrænse f.eks. købers adgang til at udleje eksemplaret, kan man beskrive virkningen som »*immaterialretlig præceptivitet*«. Hermed menes, at en aftale, som begrænser købers spredningsret, ikke kan håndhæves via ophavsretten. Dermed er dog ikke nødvendigvis sagt noget om parternes adgang til at begrænse købers udlejningsret i henseende til en rent aftaleretlig virkning. Spørgsmålet om den aftaleretlige gyldighed – »*aftaleretlig præceptivitet*« – skal set ud fra en traditionel betragtning besvares på baggrund af alene den almindelige kontraktsrets regler om ugyldighed. Som det skal vises i det følgende, må man afvise at sondringen har principiel betydning for præceptivitetsvurderingen af konsumptionsreglerne. Der er således intet til hinder for at anse den immaterialretlige regulering for at have betydning også for den aftaleretlige virkning med den konsekvens, at en aftale om (f.eks.) begrænsninger af købers udlejningsret anses for ugyldig i henseende *både* til den ophavsretlige og den aftaleretlige virkning; »*generel præceptivitet*«. Bedømmelsen af, om dette er tilfældet, beror på en konkret vurdering, hvori indgår bl.a. hensynet til rettighedshaverens belønning, tredjemand (omsætningsinteressen) og til bredere samfundsmæssige hensyn (f.eks. bibliotekernes udlånsret). Rammerne er givet med konsumptionsprincippet.

5.2. Konsumtion eller aftalefrihed?

Udgangspunktet for den følgende diskussion er en aftale om salg af en bog, hvorved køber utvivlsomt har forpligtet sig til f.eks. ikke at videre-sælge eller udleje bogen. Det almindelige udgangspunkt er således, at aftalen skal tillægges retsvirkning efter sit indhold, samt at en eventuel misligholdelse giver sælger adgang til erstatning opgjort som positiv opfyldelsesinteresse.²⁶²

262. Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997), p. 146.

5.2.1. Dansk ret: Ohl § 19 og præceptivitet

Konsumptionsreglernes²⁶³ betydning for aftaleklausuler som den ovenfor nævnte er omdiskuteret i dansk ret.

Udgangspunktet for diskussionen er nu givet med de to ophavsretlige betænkninger, der bl.a. ligger til grund for 1995-loven, uden at emnet dog er berørt direkte i loven eller dennes forarbejder. Af *betænkning 1000/84*, fremgik, at man:

»... må se reglerne om viderespredning af værkseksemplarer som en afvejning mellem rettighedshavernes og offentlighedens interesser. Der knytter sig betydelige kulturelle interesser til værkseksemplarerne spredning i samfundet, og en generel adgang til at styre spredningen efter værkseksemplarerne er bragt ud i omsætningen, bør efter udvalgets opfattelse ikke anerkendes ... *Man er således af den opfattelse, at reglerne om konsumtion er præceptive, dvs. ufravigelige ved aftale.*«²⁶⁴

Det principielle udgangspunkt fremhæves også i *betænkning 1197/90*.²⁶⁵ Det diskuteredes ganske indgående i betænkningen, hvorvidt påtrykte forbudsklausuler og lignende énsidigt fastsatte aftalevilkår kan tillægges virkning i henhold til den *almindelige aftaleret*. Baggrunden for diskussionen herom var vel, at dersom den almindelige aftaleret førte til et tilfredsstillende udgangspunkt, ville det ikke være nødvendigt med særlig ophavsretlig regulering. Dette kunne videre tages til indtægt for, at hensigten i betænkningen alene var at opnå en klar retstilstand for så vidt angik énsidigt fastsatte vilkår og standardaftaler, hvorimod vilkår, som er vedtaget af parterne, ikke havde ophavsretlig interesse, dvs. at sådanne vedtagne vilkår måtte tillægges (aftaleretlig) virkning. En sådan læsning harmonerer imidlertid dårligt med udvalgets konklusion:

»Vilkår, der er tiltrådt af begge parter, og som derfor utvivlsomt er en aftale, kan normalt ikke håndhæves over for en senere godtroende erhverver. Denne begrænsning i aftalernes rækkevidde kan imidlertid føre til vanskelige retssager, og flertallet finder derfor, at man som udgangspunkt bør anse [konsumptionsbestemmelsen, nuværende § 19, forslaget § 20] for ufravigelig ved aftale, når det drejer sig om spredning af eksemplarer på det nationale marked. Ufravigeligheden bør navnlig gælde i forhold til alle énsidigt tagne forbehold, således at disse ikke vil kunne opnå bindende virkning selv ved lang tids passivitet. Endvidere bør

263. Ohl § 19 er gengivet ovenfor, 1.3.1.

264. Betænkning 1000/84, p. 106-7. Min kursivering.

265. Betænkning 1197/90, p. 155.

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

den også gælde for andre standardiserede aftalevilkår, hvor den ene part ingen reel mulighed har for gennem forhandling at varetage sine interesser ... Modsat bør det være muligt at træffe aftaler, som fraviger den lovbestemte regulering, hvis der er tale om mere lukkede og enkeltstående transaktioner.«²⁶⁶

Konklusionen i begge betænkninger er således, at § 19 må opfattes som en *generelt præceptiv* lovbestemmelse. Bestemmelsen udelukker således almindeligvis aftaler, herunder den blot aftaleretligt virkende forpligtelse, som afviger fra udgangspunktet i § 19, idet enhver inddrømmes en mere begrænset spredningsret, end § 19 tillægger ham.

Opfattelsen af § 19 som en generelt præceptiv bestemmelse deles i teorien af *Blomqvist*²⁶⁷ og *Koktvedgaard*,²⁶⁸ der begge, og som i betænkningerne, henviser til, at § 19 er udtryk for en overordnet afvejning, som det ikke tilkommer parterne at ændre på (se dog om »lukkede transaktioner« straks i det følgende). *Lund* var af samme opfattelse, men som det skal vises, er det nok tvivlsomt, om 1961-loven gav støtte for dette synspunkt.²⁶⁹

266. Betænkning 1197/90, p. 157. Min kursivering.

267. *Blomqvist* (1987), p. 105-106: »... Aftaler, hvorved reglerne i OL §§ 23 og 25 [nu §§ 19 og 20] fraviges, [kan] ikke tillægges betydning på 'massemarkedet', d.v.s. det almindelige, åbne salg til enkeltpersoners, virksomheders og institutioners forbrug ... Det almindelige salg i detailhandlen bør alene være undergivet lovens spredningsregler«. *Blomqvist* begrænser a.st. rækkevidden af princippet og vil inddrømme parterne »en vis, men formentlig ret snæver, ret til at indgå sådanne aftaler i det 'grå område', hvor der kan herske rimelig tvivl om, hvorvidt det pågældende værk er udgivet, og om eksemplaret er omfattet af udgivelsen. Det kan f.eks. være tilfældet i forholdet mellem edb-servicebureauer og deres kunder, navnlig i tilfælde hvor der leveres individuelt fremstillet eller tilpasset programmel.« Modifikationen for det »grå område« har mistet i betydning efter udgivelseskriteriet i konsumptionsbestemmelserne i forbindelse med ændringen af Ohl i 1995 blev opgivet til fordel for et generelt salgskriterium.

268. *Koktvedgaard* (1999), p. 105f. og 135. Bestemmelsen findes i *lovens kapitel 2*. Ifølge *Koktvedgaard* (1999), p. 135 må reglerne i kapitel 2 som *udgangspunkt anses som præceptive*, idet spørgsmålet dog ikke kan afgøres generelt, men bl.a. begrænses i tilfælde af enkeltstående dispositioner, hvor værket ikke føres ud på det frie marked (se herom nedenfor). Hertil kommer, at visse bestemmelser – bl.a. dele af § 36 – udtrykkeligt giver mulighed for aftaleindgåelse. I det følgende diskuteres alene § 19, men den diskussion synes, som det vil fremgå, at bekræfte det almindelige udgangspunkt, som det er angivet hos *Koktvedgaard*.

269. *Lund* (1961), p. 174: »Det er i det hele taget et spørgsmål, om forbudsklausulen [dvs. den aftalte begrænsning med hensyn til udlån eller udlej] vil have *nogen som helst retsvirkning* i betragtning af den klare bestemmelse i lovtekstens § 23.«

Palle Bo Madsen²⁷⁰ og (vist) Schønning²⁷¹ antager derimod, at § 19 alene angår den ophavsretlige virkning, således at bestemmelsen ikke generelt er til hinder for indgåelsen af aftaler som den ovenfor nævnte. Disse forfattere anerkender de væsentlige hensyn, som § 19 giver udtryk for, men formulerer uden videre diskussion konklusionen inden for den traditionelle ramme i form af sondringen mellem aftaleretligt og ophavsretligt virkende begrænsninger.

For »lukkede og enkeltstående transaktioner« f.eks. salg af et maleri vil både Blomqvist (1984), p. 106 og Koktvedgaard (1999), p. 105f. og 135 (og betænkning 1197/90, p. 157) tillægge begrænsninger »ophavsretlig« virkning med den konsekvens, at f.eks. et videresalg forbud skulle kunne håndhæves i forhold til senere købere, som er uden kendskab til begrænsningen. Begrænsningen af § 19 i så henseende kan vel kritiseres ud fra en principiel betragtning, men synes på den anden side ikke at have større betydning, end at den kan accepteres. Det kan således ikke udelukkes, at hensynet i nogle set ud fra en almen betragtning aldeles ligegyldige sager, kan have stor praktisk betydning. Begrænsningen harmonerer endvidere udmærket med det almindelige ophavsretlige princip, hvorefter private handlinger falder uden for lovens område.

270. Palle Bo Madsen (1997), p. 67: »Bestemmelserne i OHL kap. 2 [herunder § 19] kan ikke generelt antages at være præceptive i civilretlig forstand, og de må derfor kunne fraviges ved aftale, medmindre andet følger af den enkelte bestemmelse. Der er så alene tale om en håndhævelse efter almindelige aftaleretlige- og obligationsretlige regler og under anvendelse af almindelige misligholdelsesbeføjelser.« Palle Bo Madsen henviser som støtte for sin konklusion til bemærkningerne til 1961-loven samt til U 30.416 H (Peter Freuchen) og U 35.1066 H (ugeblade). Værdien af disse fortolkningsbidrag er, som det skal vises lige nedenfor, nok ganske ringe.

271. Schønnings opfattelse er ikke ganske klar, jf. således Schønning (1998), p. 268-269: »Forbudsklausuler, hvor rettighedshaveren forbeholder sig retten til fri viderespredning i strid med § 19, er kun gyldige, hvis der foreligger en egentlig aftale, og i så fald kan forbudet alene håndhæves meller parterne – ikke over for tredje-mand.« Aftaleretligt virkende begrænsninger er således mulige; ophavsretligt virkende er ikke. Det hedder dog dernæst, at »... En klausul, der indskrænker den fri viderespredning af eksemplarer, har antagelig kun retsvirkning i forbindelse med mere lukkede og enkeltstående eksemplaraftaler ...«. Denne sidste bemærkning skal nok opfattes som begrænset til den ophavsretlige virkning, jf. således også, at Schønnig henviser til Betænkning 1197/90, p. 157, Blomqvist (1987) og Koktvedgaard. Som det er fremgået, er udgangspunktet i betænkningen og hos de nævnte forfattere i relation til det langt mere væsentligt spørgsmål om aftaleretligt virkende begrænsninger, dog det modsatte af Schønnings. Schønning undervurderer endvidere nok mulighederne i henhold til den almindelige aftaleret for vedtagelsen af klausuler m.v. Det er således nok en sandhed med modifikationer, når det a.st. anføres, at »en ensidig klausul i en bog, om at bogen ikke må udlånes på et bibliotek, er således ikke juridisk til hinder for, at et bibliotek, der har købt bogen uden at indgå særlige aftaler med forfatteren og/eller forlæggeren, alligevel stiller bogen til rådighed for biblioteksudlån«.

Konsumptionsprincippet udgør i retsteknisk henseende en begrænsning af den almindelige spredningsret. Princippet må således læses i lyset af den almindelige immaterialretlige regulering og udvikling. *Den ophavsrettlige udvikling synes i den forbindelse at tale for en opfattelse af konsumptionsreglerne som generelt præceptive.*

Spørgsmålet om præceptivitet blev berørt i forbindelse med vedtagelsen af 1961-Ohl. Bestemmelsen om konsumption af spredningsret fsva. litterære og kunstneriske værker fandtes i lovens § 23, stk. 1.²⁷² I lovbemærkningerne hed det – i anledning af en henvendelse fra Forlæggerforeningen – at bestemmelsen i lovens § 23, stk. 1, efter udvalgets opfattelse:

»ikke afskærer en forlægger eller forfatter fra at indføre et forbud mod udleje eller udlån af værket, men et sådant forbud vil alene kunne håndhæves efter almindelige aftaleregler, og forbudet vil altså eventuelt kunne blive uden virkning for godtroende erhververe af eksemplarer af det pågældende værk«.²⁷³

1961-lovens udgangspunkt var således, at konsumptionsreglerne var præceptive, men at præceptiviteten indebar alene vedrørte den *ophavsrettlige virkning*. Reglen i Ophavsretsloven udelukkede således ikke, at der pålagdes køber begrænsninger, men disse begrænsninger havde alene *aftaleretlig* virkning.²⁷⁴ Indholdet af bemærkningerne svarer nøje til udgangspunktet for tysk ret.²⁷⁵ Der består et nært slægtskab mellem

272. Som i uddrag lød: »Når et litterært eller musikalsk værk er udgivet, kan de udgivne eksemplarer spredes videre eller fremvises offentligt ...« Bestemmelsen i sin helhed er gengivet ovenfor, 1.2.1. I § 25 fandtes særlige regler for kunstværker. Se nærmere om loven hos *Lund (1961)*, p. 170ff. og 177ff.

273. FT 1960/1961, 2. saml B, sp. 640-641. Min kursivering.

274. Det var også på den baggrund overraskende, at *Lund* som sagt allerede i sin kommentar til 1961-loven syntes tilbøjelig til at udstrække præceptiviteten til også at omfatte den aftaleretlige virkning (ovenfor med henvisning til *Lund (1961)*, p. 174). *Lunds* konklusion blev udsat for kritik – *Weincke (1962)*, p. 105 og *Koktvedgaard (1970)*, p. 235 – og havde vel heller ikke nogen støtte i loven eller dens forarbejder.

275. Se generelt om tysk ret og konsumptionsprincippet ovenfor, 1.1. Fra tysk praksis med hensyn til de aftalemæssige spørgsmål ses især BGHs dom af 6.3.1986 (*Schalplattevermietung*), IIC 1987.834, 838 (m.kom. af *Hubmann*). I dommen afviste den tyske højesteret, at en etiket påsat grammofoonplader, hvorefter pladerne bl.a. ikke måtte udlejes, indebar, at en efterfølgende udlejning udgjorde en ophavsretskrænkelser. Domstolen kom ikke ind på, om forholdet udgjorde en kontraktskrænkelser. Spørgsmålet var ikke rejst for domstolen, hvilket formentlig skyldes, at påtegningen i sig selv ikke indebar etableringen af en aftale, se nærmere hos *Hubmann*. Hvis de almindelige kontraktsretlige krav derimod er op-

dansk og tysk ophavsret, men udsagnet i bemærkningerne har næppe haft som formål at udtrykke dette. Bemærkningerne havde snarere til formål at præcisere indholdet af gældende dansk ret i lyset af *dansk retspraksis*. Fra tiden før 1961-loven foreligger der således en række højesteretsdomme – bl.a. U 1930.416 (*Peter Freuchen*) og U 1935.1066, U 1943.1119 og U 1946.548 (udlejning af ugeblade).²⁷⁶ 1930-dommen, der fortsat tillægges betydning,²⁷⁷ er den vigtigste, og dommen illustrerer udmærket, hvorledes opfattelsen af aftalte begrænsninger må læses i lyset af den *generelle ophavsretlige* regulering, herunder især formuleringen af den almindelige *spredningsret*. Herved understøtter dommen, som det skal vises, opfattelsen af § 19 som generelt præceptiv. Hertil kommer, at dommene – samt den intense diskussion i litteraturen i perioden

fyldt, er en aftaleretlig begrænsning mulig. Konsumptionsbestemmelsen i TYOhl § 17, stk. 2, angår med andre ord alene den *ophavsretlige* virkning. Gyldigheden af aftalte begrænsninger afhænger bl.a. af den almindelige konkurrenceret, idet anvendelsen af konkurrencereglerne normalt ikke anledning til særlige vanskeligheder med hensyn til ophavsrettigheder på grund af den indtrådte konsumtion.

276. Ugeblade blev forhandlet i såkaldte »reverssystemer«, der indebar en forpligtelse for forhandlerne til ikke at levere ugeblade til personer, der drev forretning med udlejning af disse blade. Bladene var desuden forsynet med påtegning, der forbød udlejning. Spørgsmålet var derefter, om denne *kombination* af reverssystemet, påtegning og den almindelige viden om de faktiske forhold hos de involverede kunne bevirke, at udlejning udgjorde en (kontrakts)retlig krænkelse. Dommene er ganske konkret begrundet. Udgangspunktet er dog, at selve påtegningen ikke indebar en (kontraktuel) forpligtelse til ikke at udleje bladene. I 1943-dommen udtalte Højesteret, at der var forbundet en »berettiget Interesse« med reverssystemerne, nemlig at forhindre, at der påførtes forlagene konkurrence. På baggrund af 1946-dommen etablerede der sig derpå den praksis, at i de tilfælde, hvor udlejere indkøbte blade forsynet med påtegning og med kendskab til forbudet mod udlejning og fra en reversforpligtet forhandler på en sådan måde, at reversforpligtelsen var brudt, forelå der efter omstændighederne en krænkelse af forlagets ret. Dommene ang. reverssystemer har ingen videre interesse i lyset af den moderne ophavsret- og konkurrenceret, se *Schovsbo* (1996a), p. 106f. 1946-dommen er kommenteret af *Drachmann Bentzon* (1947). Se i øvrigt om dommene *Lund* (1961), p. 174 og om *svensk ret Bernitz* (1996b), p. 27.
277. *Schønning* (1998), p. 269 og *Paul Bo Madsen* (1997), p. 67.

op til 1961-loven²⁷⁸ om indholdet af den ophavsretlige spredningsret²⁷⁹ – skabte baggrunden for bemærkningen i forarbejderne til 1961-loven.

1930-dommen angik udlejning af *Peter Freuchens* bog »Nordkaper«. Bogen var forsynet med en påtegning med forbud bl.a. mod legebibliotekers udlejning af bogen uden forfatterens samtykke. En boghandler indkøbte et eksemplar af bogen med kendskab til påtegningen og udlejede derpå bogen fra sit legebibliotek. Højesteret stadfæstede det nedlagte fogedforbud mod udlejning. Forfatteren henviste under sagen bl.a. til, at den manglende eneret (honorering) i forbindelse med udlån og udleje havde stor økonomisk betydning for forfattere. I Østre Landsrets dom, som blev stadfæstet af Højesteret, hed det herom bl.a., at

»Loven [Lov om Forfatterret og Kunstnerret af 1.4.1912] giver ingen præceptive Regler om Forhandling, Udlaan eller Udleje af et lovligt offentliggjort Skrift; der er ikke med Hensyn hertil givet Forfatteren særlige Rettigheder, men der er *ejheller* paalagt ham særlige Indskrænkninger« (min kursivering).

Udgangspunktet ved vurderingen af aftalespørgsmålet var således en konstatering af den begrænsede spredningsret, som fulget af Ophavsloven.²⁸⁰ Henvisningen til, at der »*ejheller*« er pålagt ophavsmanden »særlige Indskrænkninger«, må således ses i lyset af, at der (heller) ikke ved loven var givet forfatteren særlige *rettigheder*. Højesteret accepterede således den aftaleretlige udbygning af ophavsretten som en *reaktion* på den manglende ophavsretlige beskyttelse (»spredningsret«). Resultatet var en domstolsskabt afbalancering af ophavsretten i form af en styrkelse af rettighedshaverens eneret. I dommen henvistes således senere til, at formålet med forbudet »... alene [er at] sikre Forfatteren et økonomisk Vederlag, naar Værket udbydes til Udlaan for en større Kreds«. Det er dette »... Formaalt, der har krav paa Retsbeskyttelse«.

Freuchen-dommen illustrerer således sammenhængen mellem den aftale- og ophavsretlige beskyttelse: Det er *retspositionen* forstået som summen af de aftaleretlige og ophavsretlige beføjelser, der tilkommer rettighedshaveren, som er afgørende. I det omfang ophavsretten er præ-

278. Arbejdet med en revision af Lov 149/26.4.1933 om forfatterret og kunstnerret blev påbegyndt allerede i slutningen af 1930-erne, jf. *Lund* (1961), p. 38ff.

279. Se hertil *Lund* (1961), p. 170ff. og *Hartvig Jacobsen* (1941), p. 153ff. begge med henvisninger til den omfattende, ældre litteratur, herunder især *Fr. Vinding Kruses* arbejder, bl.a. i TfR 1934.219 (med udkast til »Lov om Ejendomsretten til Aandsværker«).

280. Se også *Lund* (1961), p. 174. Også i U 1943.1119 H (lige ovenfor) havde den begrænsede ophavsret en vis betydning.

get af mangel på præcision og styrke, kan der kompenseres for denne svaghed via aftalemæssige konstruktioner.²⁸¹ Hvis derimod det ophavsretlige systemt fremtræder som stærkt og sammenhængende, er der ikke behov for eller plads til en aftalemæssig ordning. Dommen synes på denne måde ikke at være til hinder for en opfattelse af § 19 som generelt præceptiv. Tværtimod.

5.2.1.1. Sammenfatning: Dansk ret

Opfattelsen af § 19, stk. 1, som generelt præceptiv er helt i tråd med den generelle udvikling af ophavsretten og ophavsrettens øgede økonomiske betydning. Ophavsretten har konstant udvidet sig i bredden – jf. især edb-programmer (1989)²⁸² og databaser (1998)²⁸³ – i længden (1995-loven)²⁸⁴ – og i dybden – bl.a. udviklingen i spredningsretten. Virkningen af denne udvikling er, at ophavsretten i dag fremstår som et langt mere omfattende og forfinet system end f.eks. systemet under 1961-loven. Denne konstante præcisering af ophavsretten har både praktisk og principiel betydning for fortolkningen af § 19. I praktisk henseende indebærer den seneste udvidelse ved 1995-loven, at virkningen af at anse § 19 som præceptiv er ganske begrænset. Det følger som ovenfor anført af § 19, stk. 2 og 3, at retten for køber af et eksemplar af bl.a. og navnlig en videofilm eller et edb-program til at *udlåne* eller *udleje* dette, ikke konsumeres. Rettighedshaver bevarer med andre ord retten hertil, uden at dette er aftalt ved salget. De økonomisk interessante udnyttelsesformer er reguleret i loven. I principiel henseende vises en bevægelse i retning af en nedtoning af området for partsfriheden. Indholdet af parternes rettigheder og pligter er foretaget i loven. Der er ikke plads til eller behov for parternes egen regulering. Det er ikke aftalen, men parternes status i henseende til konsumptionsreglen, som er afgørende for fastlæggelsen af købers spredningsret.

281. Denne erfaring er vist universel, se om udviklingen i *engelsk* ret ovenfor og om amerikansk ret *Ryan* (1989).

282. Også før den udtrykkelige henvisning i Ohl var programmer omfattet af loven, jf. *Schønning* (1998), p. 119.

283. Databasedirektivet (96/9/EF af 11.3.96) gennemførtes i dansk ret pr. 1.7.1998. Også før da nød »databaser« beskyttelse i dansk ret som enten et »værk« (§ 1), »samleværk« (§ 5) eller »katalog« (§ 71, tidligere: § 49).

284. Udvidelsen i beskyttelsestiden i lovens § 63 fra 50 til 70 år p.m.a. beror på beskyttelsestidsdirektivet (dir. 93/98/EØF af 29.10.93).

Kap. 6. Konsumptionsprincippet ...

Tendensen i retning af en udtømmende regulering i Ohl er også tydelig i de særlige *edb-regler m.v.* For så vidt angår *edb-programmer* (og databaser, jf. § 36, stk. 2) følger det således af Ohl § 36, at den, der har ret til at benytte et *edb-program*, må fremstille *sikkerhedskopier* af programmet (stk. 1, nr. 2) samt foretage *reverse engineering* (nr. 3). Disse bestemmelser kan ifølge § 36, stk. 4, ikke fraviges ved aftale. Virkningen af § 36, stk. 4, og § 37, stk. 3, er for det første, at erhverver selv uden udtrykelig aftale – og på trods af lovens almindelige principper (§ 2 og § 12, stk. 2, nr. 3 og 4) – opnår adgang til eksemplar fremstilling. Dernæst – og for det andet – er virkningen, at aftalefriheden begrænses inden for de ganske snævre områder, som er omtalt ovenfor, idet en aftale, der begrænser erhververs råden som beskrevet, er ugyldig.²⁸⁵ Reguleringen omfatter ikke direkte konsumtionsspørgsmålet, men supplerer dette ved at fastslå, at *eksemplarretten* (i modsætning til sprednings- og visningsretten) i visse tilfælde begrænses.

For så vidt angår adgangen for »den, der har ret til at benytte et *edb-program*« i § 36, stk. 1, nr. 1, til bl.a. at fremstille sådanne eksemplarer af programmet, som er nødvendige for, at den pågældende kan benytte programmet efter dets formål, fandt Konkurrencerådet i en afgørelse af 26.8.1998 (*Kommunedata*), at »der kan foreligge et misbrug af en dominerende stilling og dermed en overtrædelse af Krl § 11, stk. 1, hvis en dominerende programudbyder betinger sig, at programmerhverver ikke overlader det til andre at foretage sådan kopiering, der er nødvendig for, at programmerhververen kan anvende programmet efter dets formål«. Heraf følger således, at adgangen for rettighedshaver til at *fravige* reglen i stk. 1, nr. 1, efter omstændighederne kan være afskåret på grund af virksomhedens markedsstyrke. Af afgørelsen følger endvidere, at adgangen i henhold til stk. 1, nr. 1, efter omstændighederne kan indebære en ret for erhverver til at overlade den praktiske udførsel til tredjemand (»outsourcing«). Denne sidste konklusion indebærer nok en lovlig liberal fortolkning af § 36, som er en undtagelse til det almindelige eneretsprincip. Den første situation viser, hvorledes den aftalemæssige situation på dette, som andre områder afhænger af parternes indbyrdes forhold – deres *status*.

5.2.2. Amerikansk ret: UCITA-loven og aftalefrihed

I amerikansk ret er udviklingen i den senere tid gået i den modsatte retning af den danske, idet adgangen for parterne til at aftale indholdet af købers beføjelser er udvidet. Dette er muliggjort af to forhold: En øget

285. Reglernes betydning i så henseende fremhæves af navnlig *Gringrass* (1996), p. 93. Ifølge *Schønning* (1998), p. 350, skaber § 36 en *formodning* for, at erhverver har ret til kopiering m.v. I det omfang beføjelsen falder inden for det præceptive område, er det dog nok mere præcist – som *Gringrass*, a.st. – at tale om en egentlig »implied licence«, frem for blot en »formodning«. Bestemmelserne havde oprindeligt et snævrere område og havde til formål at sikre, at erhverver i henhold til en købsaftale ikke ved en shrink wrap-licenskontrakt kunne pålægges begrænsninger, der begrænsede hans »almindelige råden«, jf. forslag til *edb-direktiv* af 5.1.1989, EFT 1989 C 91/4, især p. 12 og artikel 5, jf. 4. I tilfælde af »egentlige licensaftaler« – dvs. aftaler, som var »retligt bindende« (læst og underskrevet af begge parter) – skulle der være fri adgang til at pålægge erhverver begrænsninger.

accept af »shrink wrap«-aftaler og en manglende anvendelse af præceptive regler i ophavsretten. Begge emner har givet anledning til en omfattende diskussion i teorien.

Den retlige håndtering af shrink wrap- og lignende »adhæsionsaftaler« har givet anledning til stor praktisk og teoretisk tvivl og diskussion siden 1940-erne. Diskussionen har stor principiel betydning, idet flere forfattere – begyndende med *Kessler* (1943) og senere navnlig *Leff* (1974) – anvendte diskussionen som afsæt for en kritik af den traditionelle *Contract Law*-tilgangsvinkel som ramme for standardaftalerne m.v.²⁸⁶

Vanskeligheden bestod som i dansk ret i, at etableringen af et gyldigt aftaleforhold som en grundbetingelse har parternes *vilje* (consent) til at forpligte sig i forhold til hinanden: »Mutual assent manifested by a process of offer, acceptance and consideration ...«²⁸⁷ Ved adhæsions-/standardaftalen mangler denne almindelige »proces«. Hertil kommer den traditionelle anglo-amerikanske tilbageholdenhed fra domstolenes side med at foretage en vurdering af aftalens indhold (»substantial fairness«): »Sanctity of Contract«.²⁸⁸ Dette efterlod domstolene med valget mellem enten at anse kravet om »consent« for opfyldt, hvilket i sig selv var vanskeligt, eller at afvise, at aftalen havde nogen retlig virkning, hvilket også var problematisk, henset til aftalernes betydelige praktiske interesse. Fra teoretisk hold – bl.a. og navnlig *Leff* – blev dette kritiseret, fordi man allerede i kraft af valget af udgangspunkt på forhånd havde afskåret muligheden for, at en vigtig aftaletype kunne kontrolleres eller håndhæves. *Leff* anbefalede, at man generelt anså adhæsionsaftalen for gyldig, men at dette udgangspunkt blev mildnet ved hjælp af lovregler, der muliggjorde indholdskontrol. Modellen mødte en del kritik, men udviklingen gik ad den foreskrevne vej, idet kontrollen dog indtil nu primært er resultat af udviklingen i domstolens praksis. *Ryan* viser således, hvordan der efterhånden voksede en retspraksis op, hvorefter adhæsionsaftaler blev anset som gyldige som hovedregel og håndhævet på baggrund af en vurdering af deres »fairness and commercial justifica-

286. Se for en historisk redegørelse især *Rakoff* (1983).

287. *Ryan* (1989), p. 2120. Min kursivering. Tilsvarende *Kessler* (1943), p. 630.

288. For så vidt angik *underskrevne* dokumenter (»signed documents«) anså visse domstole aftalen for bindende i alle detaljer under henvisning til, at der gives en almindelig »duty to read«, som blot krævede, at den forpligtede havde haft lejlighed til at gøre sig bekendt med aftalen. Se nærmere hos *Rakoff* (1983), p. 1183ff., der ser dette – sammen med the parol evidence rule – som udtryk for det grundlæggende *Contract Law* synspunkt om, at aftalen er »hellig«: *Sanctity of Contract*.

tion«. ²⁸⁹ *Ophavsretlige hensyn* medgår i denne afvejning, ²⁹⁰ men det gælder her som andetsteds, at amerikansk ophavsret (immaterialret) generelt har prioriteret parternes aftalefrihed frem for retlige principper. Dette gælder også for konsumptionsprincippet (the first-sale doctrine). I *ProCD*-dommen fra 1996 udtalte Court of Appeal således, at »shrink-wrap licenses are enforceable unless their terms are objectionable on grounds applicable to contracts in general (for example, if they violate a rule of positive law, or if they are unconscionable)«. ²⁹¹ Dommen bør ses i sammenhæng med *Mallingckrodt*-dommen, der for patentrettens område som ovenfor anført, 2.1.1.2, stort set har afskaffet læren om first-sale. *ProCD* indebærer nok noget tilsvarende for ophavsretten.

Tendensen i amerikansk ret er således gennem længere tid gået i retning af en øget betoning af aftaleretlige synspunkter og normer på bekostning af de ophavsretlige. Udviklingen kommer til udtryk flere steder i amerikansk ophavsret f.eks. ved den øgede betydning, som the Digital Millenium Copyright Act (DMCA) tillægger *elektroniske adgangs-*

289. *Ryan* (1989), p. 2123. Kriterierne svarer meget godt til de af *Rakoff* (1983) foreslåede.

290. I *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 655 F. Supp. 750, 761 (E.D. La. 1987) aff'd, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988) fandt appeldomstolen således, at en shrink wrap-licens-aftale var en adhæsionsaftale, som for at være gyldig krævede særlig lovhjemmel, samt at denne lovhjemmel ikke kunne findes i Louisiana License Act, eftersom denne lov tillod en aftalemæssig udvidelse af beskyttelsesområdet, som i forhold til princippet om »federal preemption« ikke var tilladt i lyset af den føderale USOhl.

291. *ProCD, Incorporated v. Matthew Zeidenberg and Silken Mountain Web Services, Inc.*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). Domstolen anså konkret ikke vilkåret for vedtaget og bemærkede endvidere, at aftalevilkåret ikke ville have været lovligt – hvis det var vedtaget – idet aftalen tilstræbte en udvidelse af ophavsretten til ikkebeskyttet materiale (telefonnumre), jf. herved *Vault*-dommen (princippet om »federal preemption«). Dommen omtales i *Lov&Data* 1998/57, p. 8. I *Hill v. Gateway* 2000, 105 F.3rd 1147 (omtalt i *Lov&Data* 1998/54, p. 7) anså en appeldomstol under henvisning til *ProCD*-dommen en ikke særligt fremhævet voldgiftsklausul i en ensidigt fastlagt aftale for vedtaget. Domstolen henviste navnlig til, at køber havde en returret på 30 dage, samt at den manglende udnyttelse af denne ret, samt den påbegyndte anvendelse af computeren, udgjorde fornødent »assent«: »A contract need not be read to be effective; people who accept take the risk that the unread terms may in retrospect prove unwelcome.« Se desuden *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991) og *Arizona Retail Systems v. Software Link*, 83 F. Supp. 759 (D. Ariz 1993), som begge angik spørgsmålet om shrink wrap-vilkår som supplerende aftalevilkår.

barrierer.²⁹² I det følgende skal drøftes konsekvenserne af *the Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA) fra 1999.

UCITA-loven udspringer af et ganske langvarigt forsøg på at ændre Uniform Commercial Code (UCC) i form af en tilføjelse af en artikel – 2B – om licensaftaler. Baggrunden for ønsket om at supplere UCC er, at reglerne i UCC som udgangspunkt ikke finder direkte anvendelse i relation til immaterialrettigheder. Forsøget mislykkes. UCITA har til dels karakter af et forsøg på at opsummere og nyttiggøre det meget store arbejde, som var investeret i 2B. UCITA er på samme måde som UCC en modellov, der for at få retsvirkning i de enkelte delstater kræver en særlig gennemførelse. Samtidig med UCITA vedtoges Uniform Electronic Transactions Act (ETA), vedr. digital signatur m.v. Se om artikel 2B hos *Samuelson & Opsahl* (1999).²⁹³

UCITA finder anvendelse for »computer information transactions« (sec. 103(a)), dvs. »information in electronic form which is obtained from or through the use of a computer or which is in a form capable of being processed by a computer. The term includes a copy of the infor-

292. Nærmere *Cohen* (1999). Se også noten i *Harvard Law Review*, 1999.1705-1722 »The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era« om den gradvise udvidelse af området for de ophavsretslige straffebestemmelser senest ved DMCA.

293. Se nærmere om UCC og immaterialret hos *Alces & See* (1994). Aftaler om overdragelse af immaterialretligt beskyttede er *eksemplarer* naturligvis omfattet af UCC, § 2 (»sale of goods«): »*Tangible mediums* embodying intellectual property do constitute 'goods'. To illustrate this distinction, books are goods, but the thoughts and ideas conveyed thereby are not« (f.eks. *Smith v. Iron & Glass Bank*, 30 UCC Rep serv 2d 347). Den nærmere afgrænsning af § 2 er imidlertid vanskelig. Dette har bl.a. vist sig ved bedømmelsen af de såkaldte blandede overdragelser – »mixed« eller »hybrid« transactions – som involverer både en overdragelse (salg) og en tjenesteydelse, jf. nærmere *Alces & See* (1994), § 8.3. Ud over regler om *sale* (køb) har UCC siden 1987 i § 2A indeholdt særlige regler om *lease* (lease). Lease defineres som »a transfer of the right to possession and use of goods for a term in return for consideration ...« sec 2A-103 (j). Goods skal ikke forstås (helt) i overensstemmelse med det køberetlige begreb (jf. § 2A-103 (h)). Med goods mener således her: »All things that are *movable* at the time of identification to the lease contract ... but the term does not include money, documents, instruments, accounts, chattel, paper, *general intangibles*, or minerals or the like ...« (udh. her). § 2A undelukker således udtrykkeligt »general intangibles« (herunder altså immaterialrettigheder) fra sit anvendelsesområde. Man kan dog næppe herfra slutte modsætningsvis, således at goods i relation til § 2 skulle omfatte general intangibles og altså immaterialrettigheder, jf. *Alces & See*, § 9.2. På denne baggrund er reglerne om lease ikke umiddelbart anvendelige f.eks. i forbindelse med en patentlicensaftale.

mation ...«. ²⁹⁴ Definitionen er bred – »information« ²⁹⁵ – og begrænses vel kun af kravet om elektronisk form. ²⁹⁶ Omfattet er således ikke blot information, som nyder immaterialretlig beskyttelse, selv om dette vel udgør kerneområdet, f.eks. i form af edb-programmer, musik cd-er, cd-rom-er osv.

Loven er begrænset til *licensaftaler*. ²⁹⁷ Aftaler om *salg* er uden for lovens direkte område. For *shrink wrap*-aftaler o.lign. »*mass-market licenses*« ²⁹⁸ indebærer loven, at sådanne aftaler almindeligvis vil skulle anses for vedtaget. ²⁹⁹ Dette er lovens centrale moment. Loven har herved fastslået linjen i domspraksis, jf. herved *ProCD*-dommen. ³⁰⁰ Fra det almindelige udgangspunkt om forpligtethed gøres der undtagelser med hensyn til vilkår som er »unconscionable«, jf. sec. 209(a)(1), eller bl.a. omfattet af læren om »preemption« (sec. 209(a)(1), jf. sec. 105(a)) eller »violates fundamental public policy« (sec. 105(b)).

Det direkte område for ugyldigheden er nok ganske ringe. ³⁰¹ På dette sted noteres navnlig, at loven slet ikke omhandler forholdet til immaterialretten udtrykkeligt. De immaterialretlige hensyn kommer kun indirek-

294. Se nærmere Definitions 10 og 11.

295. Definitions 35: »'Information' means data, text, images, sounds, mask works, or computer programs, including collections and compilations of them.«

296. Som modificeres i visse tilfælde, jf. Definitions 10, hvorefter »computer information« bl.a. omfatter »... any documentation or packaging associated with the copy«, herunder vel f.eks. en manual.

297. »License« defineres i (40) som »a contract that authorizes access to, or use, distribution, performance, modification, or reproduction of information or informational rights, but expressly limits the access or uses authorized or expressly grants fewer than all rights in the information, whether or not the transferee has title to a licensed copy. The term includes an access contract, a lease of a computer program, and a consignment of a copy. The term does not include a reservation or creation of a security interest.«

298. Mass-market license defineres som »a standard form used in a mass-market transaction« (43). »Mass-market transaction« omfatter navnlig »a transaction that is (A) a consumer contract« (44, jf. 15 og 16).

299. Sec. 208: »(1) A party adopts the terms of a record, including a standard form, as the terms of the contract if the party agrees to the record, such as by *manifesting assent*« (min kursivering), jf. 209 (mass-market license). Hovedreglen findes i sec. 202. Se om Retstatement (Second) On Contracts § 211 – Usage Supplementing an Agreement – hos *Rakoff* (1983), p. 1190ff.

300. *ProCD*-dommen er i et vist omfang båret af diskussionen vedr. artikel 2B, som UCITA på dette punkt følger, jf. *Samuelson & Opsahl* (1999), p. 387f.

301. I følge *Samuelson & Opsahl* (1999), p. 386, er indholdet af »unconscionsability«-kravet begrænset til aftalevilkår, som er »shockingly oppressive, not merely unreasonable«.

te til udtryk i princippet om unconscionability og læren om federal preemption m.v., idet kun preemption-læren, jf. *Vault*-sagen, tager direkte sigte på det immaterialretlige spørgsmål.³⁰² Den konkrete betydning af undtagelserne er antagelig ringe.

Loven tager direkte på licensaftaler og har dermed ikke direkte betydning for konsumtionsspørgsmålet, som forudsætter et salg. Indirekte har loven imidlertid stor betydning for konsumtionsspørgsmålet. Tendensen i loven er således en klar betoning af det aftaleretlige udgangspunkt på bekostning af mere almene hensyn, herunder især de ophavsretlige. UCITA-loven har derved banet vejen for: »*The Shrink-wrapping of American Copyright Law*«. ³⁰³ UCITA har i den forbindelse direkte betydning for bl.a. fair-use-reglerne i USOHL (bl.a. kopiering med henblik på undervisningsbrug eller biblioteker (USOHL, sec. 107) og sikkerhedskopiering af edb-programmer (USOHL, sec. 117)).³⁰⁴ Virkningen af loven er her, at adgangen til f.eks. sikkerhedskopiering for fremtiden beror på aftalen; ikke på loven. Indirekte har tendensen, som det er fremgået, endvidere afgørende betydning også for first-sale-doktrinen, hvis betydning må forventes at ville aftage i takt med, at det overlades til parterne at fastlægge deres indbyrdes retsstilling.

Tendensen i amerikansk ret – »aftalefrihed« – er på denne måde ganske forskellig fra udviklingen i dansk ret – og EU-retten – hvor præceptive regler tegner billedet. Det er i den forbindelse interessant, at det i forbindelse med drøftelserne af artikel 2B blev diskuteret meget intenst, om man via regler om præceptivitet – den europæiske model – burde begrænse området for aftalefriheden. Det primære forhandlingsgrundlag – *the McManis motion* – indeholdt følgende forslag til regel:

»A term that is inconsistent with [USOHL] section 102(b) or with the limitations on exclusive rights contained in [USOHL] sec. 107-112 and 117 cannot become part of a contract under this section.«

302. Jf. for ophavsrettens vedkommende USOHL sec. 301 og herom og om preemptionprincippet betydning generelt for aftaleforhold hos *Lemley* (1999), navnlig p. 137f. og 139ff., som bl.a. påpeger, at det nærmere indhold af princippet er ganske uklart og bl.a. kun i meget begrænset omfang finder anvendelse i relation til aftaleretlige forhold (a.st., p. 140, 143ff. og 171).

303. *McManis* (1999).

304. Se nærmere *Lemley* (1999), p. 128ff. (om 2B-forslaget).

Virkningen af reglen ville bl.a. være, at en aftale, som udvidede den ophavsretlige beskyttelse til at omfatte ikke-beskyttet materiale (sec. 102(b)),³⁰⁵ eller som begrænsede den adgang til benyttelse, som reglerne om fair use (USOHL, sec. 107) og the first sale doctrine (sec. 109) indebærer, ikke ville være gyldig. Virkningen ville således være, at disse regler i relation til mass-market-licenses ville skulle anses som *præceptive*. Baggrunden for forslaget var en frygt for en udhuling af de ophavsretlige balancemekanismer via aftaleindgåelse, jf. herom bl.a. *Lemley (1999)*.

Modstanden fra »the copyright industry« mod »the McManis motion« og senere, lignende forslag var intens,³⁰⁶ og som det er fremgået, endte debatten med, at industrien vandt. UCITA indeholder ikke regler om præceptivitet med hensyn til de centrale ophavsretlige principper. Udviklingen i ophavsretten svarer herved til udviklingen i amerikansk patentret (*Mallingsckrodt-dommen*).

Den amerikanske kontraktuelle model er diskuteret ovenfor i forbindelse med parallelimportspørgsmålet, hvor det blev konkluderet, at udviklingen må forventes at føre til et behov i amerikansk ret for et egentligt konsumptionsprincip, som kan tilvejebringe den fornødne klarhed i retsstillingen. Et tilsvarende behov må forventes at opstå i forbindelse med den nationale omsætning. Også amerikansk ophavsret er således præget af den almindelige ekspansionstendens i henseende til rettens indhold og omfang. Denne udvikling kræver nøje overvejelser med henblik på at opretholde den overordnede afbalancering. En så vidtgående accept af aftalemæssige udvidelser, som UCITA-loven lægger op til, vil kunne føre til en urimelig stærk magtposition for rettighedshaverne.

5.2.3. Delkonklusion: Statusorienteringen

I takt med ophavsrettens ekspansion mindskes området for aftalefriheden. Præceptiviteten udgør sidestykket til den almene instrumentaliserings af konsumptionsprincippet, som kom til udtryk i forbindelse med diskussionen ovenfor af de territoriale spørgsmål. Konsekvensen for partsrelationen af de øgede samfundsmæssige interesser i det ophavsretlige system er den objektivisering og standardisering af partsforholdet,

305. USOHL, sec. 102(b): »In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.«

306. Se især *Wolfson (1999)* og diskussionen hos *McManis (1999)*.

som er kernen i den almene statusorientering. Det er ikke aftalen, men parternes beskaffenhed – deres *status* – som er afgørende ved fastlæggelsen af retsforholdet mellem parterne: Når man kender parternes status, kender man også deres indbyrdes retsstilling. Aftalen har ingen direkte betydning.

6. Delkonklusion:

Konsumptionsprincippet og statusorienteringen

En *kontraktuel* tilgangsvinkel til forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer har gennemførslen af parternes subjektive forhold som hovedtema. Bedømmelsen er konkret og angår partsrelationen og har som mål opnåelse af ligevægt i henseende til parternes indbyrdes fordeling af rettigheder og forpligtelser. For bedømmelsen af en aftale om overdragelse af et immaterialretligt beskyttet produkt, hvori der findes begrænsninger vedrørende til erhververs dispositionsret over eksemplaret, er det kontraktuelle spørgsmål således, hvorvidt en evt. rådighedsindskrænkning/importadgang er handlet af mellem parterne, idet rettighedshaveren i forbindelse med fastsættelsen af købesummen eller på anden vis har kompenseret for købers rådighedsindskrænkning.

Udviklingen i dansk ret og EU-retten er gået i en helt anden retning end den kontraktuelle. Parternes frihed til at fastlægge indholdet af erhververs forpligtelser er konstant begrænset og det på baggrund af stadig mere almene hensyn: *Statusorienteringen* udgør den relevante ramme for diskussionen og beskrivelsen af retsudviklingen. Kender man parternes status – »ejer« – kender man aftalens retsfølger – »konsumption«.

Drøftelserne af *parallelimport* viste i den forbindelse, hvorledes karakteren af de involverede hensyn er under voldsom udvikling (regionalisering), samt at denne udvikling kræver en hidtil uhørt skarphed i retsfølgen. For EU-systemet, hvor konsumptionsprincippet er velindarbejdet, har dette manifesteret sig i udviklingen af en – i forhold til lovgiver – præceptiv, regional konsumption. For de retssystemer der, som bl.a. USA og Japan, traditionelt ikke har oparbejdet et konsumptionsprincip, men har baseret sig på aftalekonstruktioner, fører den internationale udvikling utvivlsomt på længere sigt til introduktionen af en (konsumptions)principiel ramme til håndtering af forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer. Uden sådanne klare principper giver

en international regulering f.eks. i form af internationale aftaler om konsumption ingen mening.

Det regionale konsumptionsprincip inden for varemærke- og ophavsretten indebærer for dansk ret, at rettighedshaverens kontrolmuligheder forøges; international prisdifferentiering bliver mulig. Denne øgede partskontrol – inden for rammerne af samtykkekravet – er et produkt af, at de overordnede retlige rammer er på plads. Rettighedshaver (sælger) opnår i kraft af sin status som indehaver af en regional varemærkeret en række nøje fastlagte beføjelser.

For forholdet mellem rettighedshaver og erhverver i henseende til indenlandsk (dansk) omsætning er tendensen i dansk ret gået i retning af at anse konsumptionsreglerne for præceptive, med den konsekvens, at parterne er afskåret fra at indgå aftaler, hvorved købers spredningsret begrænses i forhold til lovens regler. Partsfriheden er i relation til konsumptionsreglerne i dag begrænset til beslutningen om at markedsføre produktet. De videre konsekvenser af denne beslutning fremgår af loven. Aftalen er i så henseende uden videre interesse. Udviklingen i amerikansk ret (UCITA-loven) bevæger sig i en anden retning. Henset til omfanget af den kritik, som »the shrink-wrapping« af amerikansk ophavsret indtil videre har givet anledning til, forekommer det dog ingeniende sikkert, at det sidste ord i den sag er sagt med UCITA-loven.

Forholdet mellem rettighedshaver og eksemplarejer er således præget af objektivisering, standardisering og instrumentalisering. Statusorienteringen viser sig ved, at det er parternes karakter og ikke deres aftale, som udgør det centrale diskussionstema.

Fortolkning af aftaler om overdragelse af immaterialrettigheder

1. Aftalefortolkning

Behovet for fortolkning opstår i de tilfælde, hvor der er uklarhed om forståelsen af en aftale.¹ Fortolkningens opgave består i at udlede parternes fælles opfattelse. Det primære middel i den forbindelse er aftalen og dens ordlyd, men for dansk ret gælder, at alle forhold kan inddrages.² I det omfang fortolkningens genstand er en formueretlig aftale, vil fortolkningen typisk indebære en række retsfølger f.eks. i form af en forpligtelse for parten til at yde det aftalte. Fortolkningen inddrager som udgangspunkt ikke aftalens virkning og er i denne henseende neutral.³ Bedømmelsen heraf overlades til den aftaleretlige ugyldighedslære og den obligationsretlige lære om forpligtelsernes opfyldelse. Aftalefortolkningen har således karakter af en *formel/neutral* vurdering af en række forhold. Bedømmelsen er *subjektiv*, idet den har parternes vilje og beretigede forventning som genstand.

I praksis modificeres de primære træk ved fortolkningen dog, idet der finder en vis objektivisering sted. I de tilfælde, hvor hensigten ikke lader

1. *Ussing* (1950), p. 422.

2. *Ussing*(1950), p. 421 definerer »fortolkning« som »... den Virksomhed, der gaar ud paa at bestemme Erklæringens Betydning, d v s den Betydning, som maa lægges til Grund ved Fastlæggelsen af Erklæringens Retsvirkninger«. Se også *Bryde Andersen* (1997), p. 242: »Den uden sammenligning sikreste metode til aftalefortolkning er den subjektive fortolkning. Kan det fastslås, hvad parterne har ønsket med en given formulering (hvad der er parternes fællesvilje), lægges denne til grund.«

3. Se dog *Ussing* (1950), p. 425: »Saavidt det kan forenes med Ordene, vil man undgaa en Forstaaelse, der er ubillig mod den ene Part eller i øvrigt strider mod *bona fides*. I et vist Omfang maa der dog ogsaa kunne tages Hensyn til andre Interesser end Parternes, saaledes at man foretrækker den Løsning, der fra et samfundsmæssigt Synspunkt i det hele er gavnligst« (fodnoter udeladt).

sig fastslå entydigt på baggrund af aftalens ordlyd, tages udgangspunkt således i løftets naturlige forståelse, hvorved man i reglen må lægge »Folkets almindelige Sprogbrug« til grund.⁴ Også lokale eller branchemæssige sædvaner kan indgå og påvirke bedømmelsen.⁵ Hvis ordlyden ikke leder til et resultat, kan fortolkeren endelig betjene sig af en række »vejledende regler«/»fortolkningsmaksimer«, hvorved objektiveringen yderligere tiltager. Herunder falder bl.a. *koncipientreglen* (uklarhedsreglen), hvorefter et tvetydigt vilkår fortolkes imod den part, som har udfærdiget aftalen; *minimumsreglen*, hvorefter et tvetydigt vilkår, som vil påføre en part en særlig forpligtelse, fortolkes på den måde, som er mindst tyngende for den part, som det tvetydige vilkår gøres gældende imod, og *gyldighedsreglen*, hvorefter man foretrækker en fortolkning, som fører til en løsning, der sikrer aftalens opretholdelse.⁶ De »vejledende regler« har kun karakter af grove tommelfingerregler.

I de tilfælde, hvor en fælles opfattelse ikke findes, må aftalen *udfyldes* ved hjælp af almindelige regler.⁷ Set ud fra en traditionel betragtning består der en fundamental modstrid mellem fortolkning, som er aretlig og har partsviljen som tema, og udfyldning, som har identifikation af den objektive rets regler som tema. I nyere tid fremhæves, hvorledes de to opgaver som følge af den almindelige objektivering hverken praktisk eller principielt lader sig adskille klart fra hinanden.⁸

Aftalen om overdragelse af immaterialrettigheder – f.eks. forlagsaftaler og patentlicensaftaler – er kendetegnet ved en lang række af de forhold, som generelt fremhæves som karakteristiske for den nyere kontraktsret: En standardisering af aftalegrundlaget og aftaleindgåelsen, et aftaleforhold, som ofte løber over længere tid, turbulente baggrundsforhold og en tendens til en struktur, som er præget af ulighed mellem aftalepartnerne (den svage ophavsmand). Hertil kommer, at der til immaterialretsftalen er knyttet åbenbare samfundsmæssige hensyn, bl.a. et personlighedsretligt værn af ophavsmanden, hensynet til rettighedshaverens belønning, teknologispredning og nyttiggørelse af tildelte rettigheder. Det må på denne baggrund forventes, at diskussionen af for-

4. Ussing (1950), p. 423.

5. Bryde Andersen (1997), p. 254ff.

6. Se generelt Bryde Andersen (1997), p. 257-264.

7. Ussing (1950), p. 432f.

8. Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997), p. 414f. Se også Ramberg (1995), p. 504ff. og 512.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

tolkningslæren i relation til immaterialretlige forhold vil have almen interesse.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Ophavsloven indeholder i kapitel 3 regler om »ophavsrettens overgang til andre«. Udgangspunktet er givet med § 53, stk. 1, som fastslår, at ophavsmanden, med de begrænsninger som følger af loven, »helt eller delvis kan overdrage sine rettigheder efter denne lov«. Ophavsretten er en formueret, hvorover indehaveren kan disponere. *Aftalefrihed* er lovens udgangspunkt. Det tilkommer således ophavsmanden at afgøre, om han vil kontrahere, med *hvem*, og på hvilke *vilkår*. Aftalefriheden gælder både med hensyn til aftalens *indhold* – fuldstændig eller partiel overdragelse mod vederlag eller uden – *form* – udtrykkelig eller stiltiende – og *genstand* – rettighederne til eksisterende eller fremtidige værker. Hermed er aftalefriheden på det ophavsretlige område meget vid i dansk ret.

Det fremgår allerede af udgangspunktet, at handlefriheden ikke er absolut. Ophavsretten selv indeholder visse begrænsninger, navnlig vedrørende de *ideelle rettigheder*, hvis anvendelse kun kan fraskrives med hensyn til en »efter sin art og omfang afgrænset brug« (OHL § 3, stk. 3).⁹ Selv en klar og utvetydig generel fraskrivelse af de ideelle rettigheder er ugyldig.¹⁰ Med en »fuldstændig« overdragelse af »hele ophavsretten« menes således en »fuldstændig« overdragelse af de *økonomiske rettigheder*.¹¹

Dansk (nordisk) ret indtager en mellemposition mellem den *monistiske* og den *dualistiske* opfattelse af forholdet mellem ophavsrettens økonomiske og personlighedsretlige sider. Den *monistiske* opfattelse af ophavsrettens som *én ret*, der indeholder en økonomisk og en personlighedsretlig side, er den traditionelle *tyske* model, jf. herved navn-

9. Se dog § 29, hvorefter betydningen af § 3 på en række væsentlige områder er meget begrænset: »Stk. 1. Bygninger kan ændres af ejeren uden ophavsmandens samtykke, når det sker af tekniske grunde eller af hensyn til deres praktiske anvendelighed. Stk. 2. Brugsgenstande kan ændres af ejeren uden ophavsmandens samtykke.«
10. I relation til den kollektive forvaltning indebærer reglen, at de ideelle rettigheder forbliver hos ophavsmanden, hvorimod den fulde adgang til at disponere over de økonomiske rettigheder overgår til selskabet. Heri ligger en væsentlig – uundgåelig – erosion af de ideelle rettigheders reelle indhold og betydning.
11. Selv denne er ikke fuldstændig, se om §§ 38 og 58a nedenfor.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

lig TYOhl § 11 og nærmere *Altenburg* (1993), navnlig p. 3-12.¹² Det følger heraf bl.a., at ophavsretten som sådan er principielt uoverdragelig (TY Ohl § 29), samt at beskyttelsesperioden er den samme for de økonomiske og ideelle rettigheder (TYOhl § 64). Ifølge den *dualistiske* teori er ophavsrettens personlighedsretlige side – »*le droit moral*« – principielt forskellig fra – højere end – den økonomiske. Dette er den traditionelle *franske* model, jf. herved CDPI, Art. L. 111-2, jf. 111-1 (»*Ce droit* [der henviser til stk. 1: »... d'un droit de propriété incorporelle ...«] comporte ...«), jf. nærmere *Lucas* (1994), § 29 og *Altenburg* (1993), p. 84ff. En konsekvens af dette udgangspunkt er, at beskyttelsesperioden beregnes uafhængigt for de to rettigheder, jf. herved CDPI, Art. L. 121-1 og 123-1. En generel oversigt over den historiske udvikling af *droit moral*-reglerne findes hos *Strömholm* (1990). Se også *Ricketson* (1987), p. 455ff. (om BKV) og *Dietz* (1999).

Det principielle forhold mellem de økonomiske og ideelretlige sider af ophavsretten har ikke påkaldt sig særlig opmærksomhed i nordisk ret. Med Ohl § 3, stk. 3 – principielt uoverdragelige ideelle rettigheder – og § 75 – evigvarende beskyttelse af de ideelle rettigheder, hvis kulturelle interesser krænkes – indholder dansk ret således både typisk monistiske og dualistiske træk. Regler om *droit moral* blev indført i dansk ophavsret ved Lov om Forfatterret og Kunstnerret af 26.4.1933, jf. § 9, stk. 4 og 5 (litterære værker) og § 27, stk. 7 og 8 (kunstværker) foranlediget af optagelsen af Artikel 6bis i BKV ved revisionen i 1928. Beskyttelsen også efter 1933-loven var uoverdragelig og evigvarende, jf. *Lund* (1933), p. 102f. og 182f. (og *Lund* (1960), p. 92-94). Der er ikke i de danske forarbejder taget stilling til *droit moral*-beskyttelsens mere principielle karakter, jf. herved *Lund* (1933), p. 103. Baggrunden for den nugældende model, som stammer fra 1961-loven, var et ønske om at give ophavsmanden en så *stærk* beskyttelse som muligt, jf. herved SOU 1956:25, p. 113ff., især 121f. og 127f. og 403ff. Denne iagttagelse er vigtig, idet det i det følgende skal vises, hvorledes betydningen af de ideelle rettigheder er i aftagen. Herved udhules en del af den beskyttelse af ophavsmanden, som traditionelt antages at ligge i lovens system.

Den centrale ophavsretlige bestemmelse om fortolkning er den såkaldte *specialitetsgrundsætning* i § 53, stk. 3:

»Har ophavsmanden overdraget en ret til at udnytte værket på en bestemt måde eller ved bestemte midler, giver overdragelsen ikke erhververen ret til at udnytte værket på andre måder eller ved andre midler.«¹³

12. Se også *Ulmer* (1980), p. 116 om forholdet mellem ophavsrettens to sider: »Die beiden Interessengruppen erscheinen, wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts, und dieses selbst als der einheitliche Stamm. Die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind den Ästen und Zweigen vergleichbar, die aus dem Stamm erwachsen. Sie ziehen die Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln.«
13. I *norsk* ret er specialitetsgrundsætningen – som i Danmark – lovhjemlet, jf. Åndsverkloven (lov 12 mai nr. 2 1961), § 39a: »Har opphavsmannen overdratt rett til a bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erhververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler.« I *svensk* ret derimod er der ingen lovregel, men også her gælder et princip svarende til det danske og

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Bestemmelsens område er *udtrykkelige* aftaler, der indrømmer erhverver en *partiel* udnyttelsesret. Reglen fører til, at i sådanne tilfælde skal uklarheder vedrørende overdragelsens omfang fortolkes til gunst for ophavsmanden. Virkningen af specialitetsgrundsætningen er således en *indskrænkende fortolkningstil* til fordel for ophavsmanden. Hvis det er usikkert, om en beføjelse er overdraget til erhverver, anses dette for ikke at være tilfældet.¹⁴ Specialitetsreglen har således karakter af beskyttelsesregulering.¹⁵ I modsætning til de almindelige aftaleretlige og partsneutrale uklarheds- og minimumsregler – som almindeligvis viger for specialitetsprincippet og -grundsætningen¹⁶ – indebærer den ophavsretlige regel en formodning til fordel for ophavsmanden, også selv om denne f.eks. måtte have affattet aftalen. Baggrunden for reglen er, at ophavsmanden har beskyttelse behov, fordi han er »ophavsmand«, og fordi der til denne status er knyttet en række særlige risikomomenter. Disse risici er – som det skal vises – dels af økonomisk art, dels af personlighedsretlig beskaffenhed, hvorved de antager en *særlig* værdi, der ikke opsamles i den almindelige fortolkningslære.

Specialitetsgrundsætningen præciseres og bekræftes af de øvrige bestemmelser i lovens kapitel 3. Af § 53, stk. 2, fremgår, at »overdragelse af eksemplarer ikke indbefatter overdragelse af ophavsretten«. § 54 fastslår en *udnyttelsespligt* for erhverver og en adgang til ophævelse fra ophavsmandens side i tilfælde af manglende udnyttelse inden for fem år. § 55 hjemler en *tilbagefaldsret* i tilfælde af manglende udnyttelse af uspecificerede udnyttelsesformer. I følge § 56 giver overdragelse af ophavsretten ikke erhververen ret til at *ændre værket*, medmindre ændringen er sædvanlig eller åbenbart forudsat.¹⁷ Stk. 2 i § 56 fastslår at overdragelse af ophavsret ikke giver erhververen ret

norske, jf. *Bernitz m.fl. (1998)*, p. 264f. og *Rosén (1998)*, p. 110, hvorefter »specialitetsgrundsætningen« kan opfattes som »en presumption mot *totalöverlåtelse*er like-som mot onödigt breda eller omfattande förärv«. Som de afgørende momenter i forbindelse med rettighedsoverdragelsen indhold og omfang angiver *Rosén (1998)*, p. 111, »avtalets typ och syfte«. Se for en historisk oversigt over udviklingen i Norden hos *Blomqvist (1987)*, p. 150f.

14. Se nærmere *Blomqvist (1987)*, p. 164f., der bl.a. fremhæver, at en erhververvenlig udlægning kun vil kunne komme på tale på baggrund af de konkrete forhold – og sikkert bevis – og da kun i form antagelsen af et stiltiende samtykke fra ophavsmanden, dvs. i tilfælde, hvor dette ikke følger af fortolkning.
15. Reglen er formentlig deklaratorisk, jf. således § 53, stk. 4, hvorefter udgangspunktet er, at reglerne i kapitel 3 kan fraviges ved aftale, medmindre andet fremgår af reglen. Spørgsmålet har næppe videre praktisk betydning.
16. *Blomqvist (1987)*, p. 169.
17. Det nærmere indhold af forbudet afhænger af værkets art og de tekniske forhold ved udnyttelsen. Fsva. værker af mere kunstnerisk beskaffenhed vil det normalt være udelukket at ændre værket ud over ændringer af redaktionel art (f.eks.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

til *videreoverdragelse*, medmindre videreoverdragelse er sædvanlig eller åbenbart forudsat.¹⁸ Reglerne i §§ 54 til 59 kan fraviges ved aftale, jf. § 53, stk. 4. § 57 indeholder (ufravigelige, jf. stk. 3) regler om *afregning og kontrol*, § 58 den såkaldte *filmformodningsregel* og § 58a bestemmelser om *uoverdrageligt vederlagskrav ved udlejning af billed og lyd-optagelser*. I § 59 findes regler om *edb-programmer* frembragt i ansættelsesforhold, i § 60 om *bestilte portrætbilleder* og i §§ 61 og 62 om *arv og kreditorfølgning*. Reglerne i §§ 49-57 finder også anvendelse i forhold til udøvende kunstnere, jf. Ohl § 65, stk. 4.

Det direkte område for specialitetsgrundsætningen er, som det er fremgået, ganske snævert: Udtrykkelige aftaler, hvorved erhververen opnår en partiel ret. *Stiltilende overdragelser* samt – selv udtrykkelige – aftaler, der hjemler erhverver en *ubegrænset* udnyttelsesret,¹⁹ er ikke omfattet af bestemmelsens direkte anvendelsesområde.²⁰

Jørgen Blomqvist fandt i sin afhandling fra 1987, at begrænsningen i specialitetsgrundsætningens direkte anvendelsesområde er uhensigtsmæssig navnlig for så vidt angår de fuldstændige overdragelser og konkluderede, at »lovbudets ordlyd ikke står mål med de intentioner, som antydes i forarbejderne«.²¹ Det er således netop – noterede Blomqvist – i tilfælde af fuldstændige overdragelser, at beskyttelsebehovet er størst, navnlig i relation til rettigheder og udnyttelsesformer og -handlinger, som parterne ikke på aftaletidspunktet kunne eller burde kende til.²²

Med udgangspunkt i en beskrivelse af grundsætningens impotens påviste Blomqvist dernæst, hvorledes der selv uden for grundsætningens lovfæstede område i både praksis og litteratur gælder et almindeligt specialitetsprincip om en restriktiv fortolkning til fordel for ophavsmanden:

sprogfejl i manuskripter til udgivelse). Se nærmere i lovbemærkningerne til § 56, hvorefter erhververs adgang til at foretage ændringer beror på en *stiltiende aftale*. Dette indebærer, at man i princippet – selv ved sædvanlige ændringer – må anlægge en konkret vurdering.

18. Typeeksemplet på en »sædvanlig« overdragelse er tilfælde, hvor en ophavsret indgår i en forretning (f.eks. et forlag) og overdrages sammen med denne, jf. Ohlbemærkningerne til § 56, stk. 2. Den tilsvarende bestemmelse i 1961-Ohl, § 28, stk. 2, foresloges ophævet i Betænkning 1197/90, især p. 221, men Kulturministeriet valgte at opretholde forbudet i en modificeret form.

19. Nærmere Blomqvist (1987), p. 165.

20. En vis udvidelse af området består dog i, at principperne i et eller andet omfang også finder anvendelse, selv om ophavsmanden ikke er direkte aftalepart, f.eks. ved videreoverdragelse, jf. Blomqvist (1987), p. 160ff. og Bender (1998), p. 153ff.

21. Blomqvist (1987), p. 171 og nærmere, a.st., p. 168ff.

22. Se nærmere Blomqvist (1987), p. 164-167.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

»[specialitetsgrundsætningen] forudsætter, at der eksisterer en 'underliggende' regel, et *specialitetsprincip*, hvorefter stiltiende og uklare aftaler om rettighedsoverdragelse skal fortolkes restriktivt eller måske endog indskrænkende. Grundsætningens lovtekniske funktion er således alene at henvise til dette uskrevne princip og at knæsette retsfølgen af dets anvendelse«.²³

Specialitetsprincippet's anvendelsesområde er »stiltiende og uklare aftaler« om rettighedsoverdragelse. Udgangspunktet er en vurdering af, om udnyttelsesformen på aftaletidspunktet var eller burde være parterne bekendt (den »statiske situation«), eller om udnyttelsesformen ikke kunne eller burde være indgået i parternes overvejelser (den »dynamiske«).²⁴ En fuldstændig og klar overdragelse må i den forbindelse antages at omfatte alle de forhold, som er omfattet af den »statiske« situation. De egentlige vanskeligheder angår fortolkningen af en *fuldstændig rettighedsoverdragelse* i den *dynamiske* situation. Dette er specialitetsprincippet's selvstændige hovedområde. Virkningen af princippet er i disse tilfælde, at udnyttelsesretten for så vidt angår udnyttelsesformer, der var ukendt på aftaletidspunktet *ikke* anses for overdraget til erhverver i henhold til aftalen, men forbliver hos rettighedshaveren.

Specialitetsprincippet's praktiske betydning afhænger herved i vid udstrækning af bedømmelsen af parternes viden på aftaletidspunktet, hvilket afspejler det traditionelle, subjektive udgangspunkt for fortolkningslæren. Specialitetsgrundsætningen indebærer med andre ord et brud med de almindelige fortolkningsregler for så vidt angår disses partsneutralitet, men ikke for så vidt angår det subjektive udgangspunkt i parternes individuelle vilje og forventning. Specialitetsprincippet (og -grundsætningen) adskiller sig herved fra det tyske *Zweckübertragungsprinzip*, hvorefter aftalens erhvervsmæssige formål (Zweck) udgør fortolkningens primære målestok (nærmere i det følgende). *Blomqvist* afviser, at der skulle gælde et sådant objektivt princip i dansk ret i relation til fortolkningen af ophavsretsaftaler.²⁵ Tendensen i retspraksis, der er meget beskeden og som gennemgås straks nedenfor, peger imidlertid i retning af en *objektivering* af bedømmelsen i form af en henvisning til vidensniveauet inden for den pågældende branche (U 1997.975 Ø (*Panscanning*)) og *Gade-dommen* fra Østre Landsret) eller »almenheden« (U 1974.167 H (*Soya*)).

23. *Blomqvist* (1987), p. 169.

24. *Blomqvist* (1987), p. 164.

25. *Blomqvist* (1987), p. 238f.

2.1. Fortolkning og ugyldighed

Fortolkningsspørgsmål opstår kun i relation til *uklare* aftaler. Eftersom specialitetsreglen er til gunst for ophavsmanden, skabes ved specialitetsgrundsætningen og -princippet et incitament²⁶ for erhverver til via aftalen at sikre sig en klar position i form af en specificeret rettighedsovergang. Tankegangen er da – som i den almindelige standardaftaleret – at det er de *skjulte og usædvanlige* vilkår, som er de farlige. Hvis aftalens vilkår lægges åbent frem for parterne, og disse vedstår sig vilkårene, må de også være bundet heraf: Aftaler skal holdes.

Undtagelserne til det almindelige udgangspunkt om aftalers bindende kraft skal søges i den almindelige kontraktsretlige ugyldighedslære herunder navnlig Aftl § 36, som af historiske årsager har en særlig tilknytning til det ophavsretlige område. Samtidig med introduktionen af § 36 i Aftl ophævedes således bestemmelsen i 1961-Ohl § 29 om indholdskontrol af ophavsretsaftaler.²⁷ Baggrunden for ophævelsen var, at behovet for den særlige beskyttelsesregel faldt bort i forbindelse med vedtagelsen af den nye generelle bestemmelse i Aftaleloven. Når § 36 forekom så velegnet på det ophavsretlige område, skyldes det, at bestemmelsen muliggjorde inddragelsen af hensyn, som lå efter tidspunktet for aftalens vedtagelse. Dette har stor betydning for ophavsretlige aftaler, som ofte løber over en længere periode.²⁸ Hertil kom, at hensynet til den *svage* aftalepart, som var og er centralt for § 36, ramte en nerve i ophavsretten.²⁹ Det var ikke hensigten med lovændringen af sænke beskyttelsen af ophavsmanden. Tværtimod.³⁰

26. Lovbemærkningerne til kapitel 3. Se også *Koktvedgaard* (1999), p. 81: »... overdragelser bør være klart specificerede«.

27. 1961-Ohl § 29 lød således: »En aftale om overdragelse af ret til at råde over et værk kan helt eller delvis tilsidesættes, hvis det viser sig, at den fører til åbenbart urimelige resultater. Det samme gælder, hvis der for retten til at råde over værket er aftalt vilkår, som strider mod god skik på ophavsrettens område.« § 29 blev ophævet pr. 1.7.1975 i forbindelse med vedtagelsen af Aftl § 36, jf. L 250/12.6.1975 (FT 1974-75 A sp. 779-794).

28. Således *Lund* (1961), p. 202, som bemærkede, at § 29 først og fremmest skulle tjene til at regulere de typisk langvarige kontraktsforhold, hvortil de eksisterende aftaleretlige regler (især Aftl § 33) ikke var særligt velegnede. Spørgsmålet om anvendelse af Aftl § 33 var fremme i en ældre dansk sag vedr. en patentlicensaftale, NIR 1942.44.

29. Se generelt om Aftl § 36 hos *Lynge Andersen, Madsen & Nørgaard* (1997), p. 235ff. og ovenfor i indledningen.

30. *Blomqvist* (1987), p. 226ff. Se også *Bryde Andersen* (1995b), p. 53.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Afskaffelsen af særregelen i Ophavsloven om indholdskontrol var konsekvensen af, at den almindelige ugyldighedslære med Aftl § 36 så at sige overhalede ophavsretten indenom, idet man samtidig antog, at der ikke til ugyldighedsspørgsmålet var knyttet særlige, ophavsretlige forhold, som ikke kunne varetages via aftalelovens regler. Den beskyttelse, som følger af § 36, tilkommer imidlertid ikke ophavsmanden i hans egenskab af *ophavsmand*, men som den *svage* aftalepart.³¹ Afskaffelsen af 1961-Ohl § 29 til fordel for Aftl § 36 er dermed udtryk for en *perspektivforskydning* i hensynet bag de reglerne om beskyttelse af ophavsmanden. Med § 36 betones de økonomiske og markedsstrukturelle forhold på bekostning af de traditionelle ophavsretlige særhensyn til de personlighedsretlige/ideelle interesser. Forskydningen afspejler herved en parallel udvikling i ophavsretlig og kontraktsretlig henseende siden 1970-erne. For ophavsrettens vedkommende indledtes på dette tidspunkt den kommerialisering, regionalisering og industrialisering i henseende til værkernes karakter, skabelse, anvendelse og kontrahering m.v., som kendetegner nutidens ophavsret. For kontraktsrettens indledtes på samme tidspunkt forbrugerbevægelsen (standardaftaleretten), som udgør et grundvilkår for den moderne kontraktsret.

2.2. Specialitetsprincippet i praksis

2.2.1. Retspraksis

Retspraksis vedrørende fortolkning af aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder er som anført ovenfor i indledningen ganske begrænset. Fra nyere praksis er der navnlig grund til at notere følgende domme.³²

U 1974.167H (Soya) angik fortolkningen af en aftale om overdragelsen af retten til filmatisering af et skuespil (»Brudstykker af et mønster«). Forfatteren (*Soya*) overdrog i 1944 filmrettighederne for Skandina-

31. Heller ikke den tidligere gældende regel i Ohl § 29 var dog af rent ophavsretlig karakter, men inddrog bredere hensyn. *Lund (1961)* noterer således, p. 203, at § 29 først og fremmest var givet til beskyttelse af den typisk svagere ophavsmand, men at reglen på den anden side ville kunne finde anvendelse til fordel for *erhverver*, hvis denne befandt sig i en underlegen position. Dette ville f.eks. være tilfældet, hvis ophavsmanden var repræsenteret ved en forvaltningsorganisation el.lign., og erhververen var en individuel bruger. Se hertil om *svensk* ret og den dér tidligere gældende § 29 i SOU 1956:25, p. 292ff. Den svenske bestemmelse faldt ligeledes bort i forbindelse med vedtagelsen i svensk ret af SAftl § 36, jf. nærmere *Rosén (1989)*, p. 175ff.

32. Se for en nærmere gennemgang *Blomqvist (1987)*, p. 148ff.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

vien. I 1947 blev retten videreoverdraget, og på baggrund heraf indspillede filmen »Soldaten og Jenny«. I 1952 bekræftede forfatteren overdragelsen, og i 1971 blev filmen vist i TV. Forfatteren krævede i den anledning erstatning fra Danmarks Radio. Et flertal i Højesteret fandt, at overdragelsen i henhold til aftalen måtte anses for fuldstændig, og afviste således, at forfatteren havde krav på erstatning. Om anvendelsen i fjernsyn bemærkede retten særligt, at

»i 1944 var der efter det oplyste TV i USA, i 1947 i England og Frankrig og i 1952 i Danmark. I hvert fald når der henses hertil, findes de indgåede aftaler at have givet erhververen af forevisningsretten det fornødne grundlag for at udnytte denne til forevisning af filmen i TV, da muligheden herfor blev aktu-
el.«

Blomqvist anser dommen som en bekræftelse af specialitetsgrundsættningens begrænsning – den fuldstændige overdragelse udelukker anvendelsen af lovreglen – samt eksistensen af det ikke-lovhjemlede specialitetsprincip. Det ulovhjemlede princip udmøntede sig i rettens behov for at *begrunde* overdragelsen i relation til den tilkomne (TV-)rettigheder i en statisk situation (viden om TV-mediets muligheder).³³

U 1997.975Ø (Panscanning) angik formatbeskæring af spillefilm og fortolkning af en instruktørkontrakt, som indeholdt bl.a. følgende klausul: »Vi [producenten] skal have fuld kontrol med produktionen af filmen, herunder, men ikke begrænset til, al kunstnerisk kontrol og retten til at klippe, redigere, tilføje, fratrække, arrangere, rearrangere og revidere filmen på enhver måde.« Retten fandt, at Danmarks Radios udsendelse i fjernsyn af en »panscanned« (beskåret) version af filmen »Three Days of the Condor« krænkede instruktørens (*Sydney Pollacks*) kunstneriske anseelse og egenart efter Ohl § 3, stk. 2. Næste spørgsmål var, om instruktøren havde frafaldet sin ret efter Ohl § 3, jf. dennes stk. 3. Landsretten fandt, at dette var tilfældet:

»Efter instruktørkontrakten har producenten været berettiget til ved klipning og redigering at udarbejde en særlig tv-version af filmen. Som forklaret af sagsøgeren var panscanning også i 1975 den i praksis anvendte metode til tilpasning af biograffilm til tv-mediet, og det måtte anses som en nærliggende mulighed, at tv-rettighederne til sagsøgerens film ville blive udnyttet. Sagsøgerens accept af de nævnte bestemmelser i instruktørkontrakten, der angår en efter art og omfang afgrænset brug af filmen, findes herefter også at have været omfattet eventuel panscanning af filmen.«

33. *Blomqvist* (1987), p. 167.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Østre Landsrets dom af 6.3.97 (Jacob Gade) (11.afd., B-0742-93) angik fortolkningen af bl.a. følgende klausul i en aftale fra 1923, hvorved ophavsmanden til et musikforlag overdrog »alle Rettigheder, som Loven indrømmer eller forbeholder samt i Fremtiden maatte indrømme eller forbeholde Forfatteren af et saadant Værk«. Landsretten afviste en tilsidesættelse ved hjælp af Aftl § 36 og anså retten for overdraget også i relation til de ekstra 20 års beskyttelse, som 1995-loven indebar. Landsretten anførte bl.a. følgende som begrundelse:

»Der er ikke for landsretten tilvejebragt oplysninger om aftalernes tilblivelse i 1923 og 1925, der kan medføre, at aftalerne på grund af daværende forhold kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis. Landsretten har herunder bl.a. lagt vægt på, at Jacob Gade allerede da i mange år havde virket som forlægger, komponist, kapelmester m.v., og at han som følge heraf har haft kendskab til brancheforholdene, herunder indgåelse af forlagskontrakter.

... Det er evident, at der siden kontrakternes indgåelse er sket en markant udvikling indenfor medieverden, der har medført en mulighed for udnyttelse af Jacob Gades værker, som næppe kunne forudses i 1925. Det karakteristiske for den udvikling har imidlertid været, at såvel Jacob Gade – og senere sagsøger – som sagsøgte har haft væsentligt udbytte af denne udvikling, således at aftalerne – navnlig på grund af Tango Jalousie's succes – har været lukrative for begge parter ... Landsretten må forstå kontrakten fra 1923 således, at Jacob Gade ved aftaleindgåelsen tog højde for eventuelle senere ændringer i lovgivningen. På den baggrund finder landsretten, at sagsøgte har ophavsretlig beskyttelse i henhold til ophavslovens § 63 til år 2034.«

Begge de sidstnævnte domme bekræfter specialitetsprincippet i form af en selvstændig diskussion af, om den fuldstændige overdragelse, som fremgik af aftalen i begge tilfælde, kunne opretholdes. Dommenes resultater er derimod vanskeligt forenelige med en almindelig tendens til indskrænkende fortolkning til fordel for rettighedshaveren. Det er nok også karakteristisk for retsstillingen, at Østre Landsret i *Gade*-dommen åbenbart lagde afgørende vægt på *aftalens økonomiske resultat*. Også i dommen angående *panscanning* tillagde retten tilsyneladende de økonomiske forhold inden for branchen væsentlig betydning. Herved har Østre Landsret i begge domme taget et skridt i retning af en sådan objektiveret vurdering af aftalens kommercielle formål, som anvendes i tysk (herom i det følgende). *Blomqvist* afviste denne fortolkningsstil som udtryk for gældende dansk ret,³⁴ men som det skal vises i det følgende, er der næppe tvivl om, at tendensen i den ophavsretlige fortolkning be-

34. *Blomqvist* (1987), p. 238f.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

væger sig i retning af en øget objektivisering. *Gade*-dommen er for tiden under anke til Højesteret.

2.2.2. Ansættelsesforhold

Hovedparten af de ophavsretlige værker fremstilles i dag og i modsætning til traditionelt³⁵ af professionelle, ansatte ophavsmænd. Dette rejser spørgsmålet om fortolkning af (ansættelses)aftaler, herunder om betydningen af specialitetsgrundsætningen og -princippet. Man kunne med rette forvente, at *Ophavsloven* havde taget stilling til de komplicerede spørgsmål vedrørende ansattes ophavsret, som udgør et af den moderne ophavsrets overhovedet væsentligste områder, men loven er i det væsentlige tavs.

For *edb-programmer* findes der en særlig arbejdsgiverregel i § 59: »Ophavsretten til et edb-program, der er frembragt af en arbejdstager under udførelsen af dennes arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger, overgår til arbejdsgiveren.« Reglen stammer fra edb-diretivet, jf. nærmere og generelt om reglen og nordisk ret *Bruun* (1993b). § 59 er begrænset til at omfatte »edb-programmer«, men bestemmelsens nærmere omfang er ikke ganske klart. Det er navnlig usikkert, om *universitetsansatte forskere m.v.* er omfattet af bestemmelsen, jf. herved *Schønning* (1998), p. 479, som antager, at dette er tilfældet, og *Koktvedgaard* (1999a), p. 90, som anbefaler en restriktiv fortolkning i så henseende.

Bedømmelsen af edb-programmers retslige tilhørsforhold i forbindelse med forskere m.v. er kompliceret yderligere med ikrafttræden pr. 1.1.2000 af Lov 347/2.6.1999 om opfindelse ved universiteter og offentlige forskningsinstitutioner (Lof), som omhandler opfindelser, herunder patenterbare edb-programmer. I lovbemærkningerne til § 3 (LF 93/1998), hedder det om Ohl § 59, at ophavsretten til edb-programmer frembragt i ansættelsesforhold på et universitet eller anden højere uddannelsesinstitution, tilkommer institutionen. Det er vel højest upassende i en lov, som angår patenter at fremkomme med bemærkninger om fortolkningen af *Ophavsloven*. Lovbemærkningerne bør dog formentlig tillægges en vis betydning for fortolkningen af Ohl. Den opfattelse, som der gives udtryk for i lovbemærkningerne til Lof, harmonerer da også udmærket med den generelle tendens, som Lof er udtryk for.

De almindelige regler i Ohl §§ 1 og 2 indebærer, at retten til værker frembragt i ansættelsesforhold tilkommer den ansatte *ophavsmand*. Heroverfor står, at det er det arbejdsretlige udgangspunkt, at det produkt, som skabes i et lønnet arbejdsforhold, tilkommer *arbejdsgiveren*.³⁶ Konflikten er således åbenbar og kan lige så åbenbart løses på grund-

35. Betydningen af ansættelsesforholdet som et væsentligt træk ved den *moderne* ophavsret fremhæves udtrykkeligt af *Lucas* (1994) § 156. Se også *Dietz* (1984), p. 15ff. og (1988), p. 206ff.

36. *Hasselbalch*, p. 250 i Betænkning 1197/90.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

læggende to forskellige måder: Enten tilkommer retten den ansatte, og arbejdsgiveren må da kontrahere sig frem, eller også tilkommer retten arbejdsgiveren i kraft af ansættelsesforholdet. I *angloamerikansk* ret er det arbejdsretlige udgangspunkt slået igennem, således at retten helt og uden videre opstår hos og tilkommer arbejdsgiveren (»work for hire«).³⁷ I *dansk* ret derimod har det ophavsretlige princip overtaget: Retten opstår hos arbejdstageren, og arbejdsgiverens råden må opnås i kraft af en rettighedsovergang, idet arbejdsgiveren dog aldrig opnår andet og mere end en afledet ret.³⁸ Der består ingen grundlæggende forskel mellem de to modellers løsning, idet resultatet i begge systemer er, at arbejdsgiveren opnår retten til de af hans ansatte skabte værker, uden at dette nødvendigvis kræver særlig aftale.

For *dansk* ret fremgår det nærmere omfang af rettighedsoverdragelsen i de tilfælde, hvor der *ikke* foreligger en ansættelsesaftale eller anden aftale, som tager stilling til de ophavsretlige spørgsmål, af retspraksis. Udgangspunktet er givet med Højesterets dom, UfR 1978.901:

37. *England*: CDPA, sec. 11(2) og *USA*: USOhl, sec. 201 (b). Fra seneste amerikanske praksis ses navnlig *Tasini*-dommen (Court of Appeals, second Circuit, 24.9.1999, No 97-9181 og 97-9650), hvorefter retten til udnyttelsen af avisartikler frembragt af freelance journalister *ikke* kunne anses for overgået til arbejdsgiver med hensyn til on-line-udnyttelse.
38. Tilsvarende for *tyisk* ret, hvor der dog findes en særlig lovregel, jf. generalklausulen i TYOhl § 43 og herom *Rojahn* hos *Schricker, UrhG* (1999) § 43. Ligeledes i *fransk* ret, jf. CDPI Art. L. 111-3, 3. led og herom *Lucas* (1994), især §§ 162ff. (stiltiende overdragelse). I begge systemer er resultatet, at arbejdsgiveren opnår en »sædvanlig« råden. Internationalt frembyder reguleringen af ansattes *patentrettigheder* i øvrigt et noget mere ensartet billede, end tilfældet er for ophavsrettigheder. I *England* er spørgsmålet udtrykkeligt reguleret i Patentloven, jf. UKPtI sec. 39-41 og nærmere *Terrell* (2000) §§ 4.27ff. Se om *fransk* ret CDPI Art. R. 611-1 til 10 (»Inventions de salariés«) og 611-11 til 14 (»Inventions des fonctionnaires et des agents publics«) og herom *Vivant* (1997), p. 45-48. I *Tyskland* findes som i Danmark en særlig lov – Arbeitnehmererfindergesetz – der i sin grundstruktur (jf. §§ 5-17 (Diensterfindungen)) minder om den danske Opfinderlov (Lbk 131/18.3. 1986 m. senere ændringer), se nærmere *Bartenbach/Volz, ArbEG* (1997). I *USA* anses forholdet mellem arbejdsgiver og -tager (i modsætning til den generelle patentret) som et kontraktsretligt forhold, hvis løsning derfor må søges i den almindelige Contract Law, som den er udviklet i de enkelte stater. Der har dog udviklet sig en række ganske faste principper navnlig om stiltiende rettighedsoverdragelse og loyalitetsforpligtelser, jf. herom *Schwarz* (1997), p. 59-67 og *Anawalt & Enayati* (1998), § 2.14.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

»Det kan ikke antages, at (journalistens) ophavsret på grund af hans ansættelsesforhold ved Politiken er overgået til bladet i videre omfang end nødvendigt af hensyn til Politikens sædvanlige virksomhed.«

Ophavsretten går over til arbejdsgiven i *det omfang*, det er *nødvendigt* af hensyn til dennes *sædvanlige virksomhed*.³⁹ I 1994 fastslog Højesteret, at muligheden for genudsendelser udgjorde et sædvanligt led i et tv-selskabs virksomhed (UfR 1994.349).⁴⁰ Retspraksis har herved tilsluttet sig den model, som blev anbefalet af *Lund* (og *Karnell*): Erhververs normale virksomhed udgør det centrale moment ved bedømmelsen af rettigheds- overgangens omfang.⁴¹

I de fleste ansættelsestilfælde vil spørgsmålet om rettighedsoverdragelse være reguleret ved *ansættelsesaftalen* eller ved *kollektive aftaler*.⁴² Man kan da spørge til specialitetsprincippet og -grundsætningens betydning i de tilfælde, hvor ansættelsesaftalen er *uklar*, eller hjemler en *ubegrænset* rettighedsoverdragelse.⁴³

Spørgsmålet om ophavsret i ansættelsesforhold er i nordisk ret behandlet indgående af *Svensäter* i dennes doktorafhandling fra 1991. For fortolkningsspørgsmålet henviser *Svensäter* til de to modeller, som har været opstillet i nordisk teori: 1) en model, søger vejledning i *ansættelsesforholdets formål* (*Knoph*) og 2) en model, som henviser til karakteren af *arbejdsgiverens virksomhed* (*Lund* og *Karnell*).⁴⁴ Den sidstnævnte model er som nævnt udtryk for gældende dansk ret,⁴⁵ og denne model anbefales

39. Den nærmere vurdering af, hvad der hører med til »sædvanlig virksomhed« er vanskeligt. Se herom *Schønning* (1999), p. 443ff.

40. To journalister havde derfor ikke krav på vederlag for genudsendelsen af en række tv-programmer, som de under et tidligere ansættelsesforhold havde udarbejdet for tv-selskabet. Højesteret lagde vægt på karakteren af journalisternes ansættelsesforhold og fremhævede, at begge journalister modtog fast månedsløn – også i perioder, hvor de ikke producerede for arbejdsgiveren – at ansættelsesforholdet ikke var tidsbegrænset, samt at journalisterne i forbindelse med deres opsigelse fik udbetalt feriepenge.

41. *Lund* (1961), p. 192 og *Karnell* (1969), p. 62. *Knoph* (1936), p. 84 anbefalede et noget andet udgangspunkt: »Synspunktet må være at princippet vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbejdsaftalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere.«

42. Se aftaleeksempler hos *Hygum Jakobsen & Schelin* (1997).

43. Dette er ofte tilfældet, jf. *Hillerström* (1998), p. 168 om forholdene inden for radio- og tv-branchen.

44. *Svensäter* (1991), især p. 338-351.

45. Tilsvarende ud fra en arbejdsretlig synsvinkel *Hasselbalch* (1997), p. 176: »Det må ... normalt anses for en følge af en kontrakt om lønnet arbejde, at ophavsretten til arbejdsresultater, der fremkommer som led i tjenesten, kan udnyttes af arbejdsgi-

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

da også af både *Svensäter* og *Rosén*.⁴⁶ Specialitetsprincippet udgangspunkt i en begrænset rettighedsovergang har ikke været på tale.

For ansatte ophavsmænd yder specialitetsprincippet og lovreglen således ingen beskyttelse i henseende til aftalefortolkning. Noget tilsvarende gælder formentlig for værker frembragt af ikkefastansatte og overdraget i kraft af enkeltstående aftaler. I sådanne tilfælde beror retsstillingen som udgangspunkt på aftalen, hvorved der bliver et vist rum til særlige fortolkningsregler. Dette rum er dog næppe særlig stort. *Torvund* fremhæver således, at også i sådanne tilfælde vil bestillerens (opdragsgivers) virksomhed udgøre et væsentligt fortolkningsmoment i tilfælde af tvivl om overdragelsens indhold.⁴⁷

Ophavsloven indeholder som sagt ingen generelle regler om ansættelsesforhold. Der har ellers været rig anledning til dette. Ophavsretsudvalget foreslog således i Betænkning 1197/90 en generel regel om ophavsret i ansættelsesforhold.⁴⁸ Forslaget havde karakter af en gentagelse af den regel, som har udviklet sig i retspraksis, men var på trods af dette ganske kontroversielt. Kulturministeriet afviste da også overhovedet at medtage regler i loven angående ansættelsesforhold. Begrundelsen var, dels at man ved særlig regulering ville gå enegang i Norden,⁴⁹ dels – og må man tro navnlig – at generel lovgivning »... vil have grundlæggende konsekvenser for bestående aftaler og kollektive overenskomster på

veren inden for virksomhedens sædvanlige arbejdsområde« (kursivering udeladt her). Se også *Hasselbalch*, p. 250-254 i Betænkning 1197/90 og *Bruun* (1993b).

46. *Rosén* (1998), p. 226 med henvisning bl.a. til U 1978.90 H og til forslaget i Betænkning 1197/90, som skal omtales lige nedenfor.

47. *Torvund* (1999), p. 129. A.st. bemærker *Torvung* i øvrigt, at *værkets karakter* bør tillægges betydning for fortolkningen, således at der er en tendens til en videregående rettighedsoverdragelse for teknisk betonedede værker (den »industrielle ophavsrett«) end for kunstneriske værker.

48. Stk. 1 i flertallets udkast til en formulering af en regel lød således: »Ophavsretten til et værk, der er frembragt som led i et ansættelsesforhold, tilkommer den ansatte ophavsmand, hvis andet ikke er aftalt. I faste ansættelsesforhold skal ophavsretten dog anses for overdraget til arbejdsgiveren i det omfang, som er nødvendigt for dennes sædvanlige virksomhed«, jf. Betænkning 1197/90, p. 233. Forslaget blev fremsat med stor forsigtighed, idet der end ikke var flertal for den angivne formulering, men blot for, at spørgsmålet burde medtages i loven, se a.st., p. 91. Se nærmere om forslaget og om de svenske overvejelser vedr. ophavsretlige regler ang. ansættelsesforhold hos *Rosén* (1998), p. 219f.

49. Angsten for at gå enegang er i øvrigt ikke udpræget for dansk ophavsret, jf. således udviklingen på et område, som burde være betydelig mere kontroversielt: Den digitale kopiering og den unikke regel i § 12, stk. 2, nr. 4, hvorved man endog gik enegang på en global skala. Reglen er vist (og heldigvis) på vej ud af loven.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

arbejdsmarkedet, hvor der i almindelighed eksisterer en tradition for, at der kan træffes aftaler på et frit grundlag⁵⁰. Den nærmere udmøntning af de ophavsretlige principper er således for vanskelig til at overlade til lovgivningen og problemerne for komplekse til at kunne rumme en beskyttelsesregel. Det arbejdsretlige problem kræver en fleksibilitet og dynamik, som lovregler, der fokuserer på de ophavsretlige hensyn, ikke vil kunne tilvejebringe.

For rettighedsovergangen indebærer dette, at ansættelsens formål og arbejdsgiverens virksomhed bliver de primære pejlemærker. Parternes subjektive forhold og aftalen nedtones. De ansatte ophavsmænd er ikke uden beskyttelse, men deres beskyttelse beror på de arbejdsmarkeds-mæssige forhold og på deres status i så henseende.

Niklas Bruun (1993b) bemærker, at tendensen i nordisk ophavsret går mod en øget rettighedsoverdragelse i forbindelse med ansættelsesforhold. Bruun ser ikke noget problem i dette, men noterer, at man bør overveje at udvide en eventuel (ophavs)retlig regulering af spørgsmålet med »... någon form av reglering av de anställdas rätt till ekonomisk kompensation« *ad modum* Opfinderlovens model (a.st., p. 165). Tankegangen er både tiltalende og interessant: I stedet for som nu at koncentrere den ophavsretlige beskyttelse om rettighedsovergangen bør man fokusere på erhververs udnyttelse. De almene perspektiver af en sådan opfattelse drøftes nedenfor, 7.2.4 og 7.5.

2.2.3. Standardaftaler

Standardaftaleretten har stor betydning på det ophavsretlige område. Hensigten på dette sted er ikke at tilvejebringe en nærmere gennemgang af de ophavsretlige standardaftaler, men blot at fremkomme med nogle generelle bemærkninger angående betydningen for lovens fortolkningsregler af standardaftaleretten. Der fokuseres i det følgende blot på området for *litteratur*, men betragtningerne har almindelig betydning for de øvrige standardaftaleregulerede områder.⁵¹

På det *skønlitterære* område findes en forlagsaftale, som er udarbejdet på baggrund af en normalformular, som er godkendt af de modstående organisationer på området, dvs. Dansk Forfatterforening og Den danske Forlæggerforerling. For *faglitteratur* findes en ikke obligatorisk modelkontrakt, som er godkendt af UBVA (AC) og Den danske Forlæggerfor-

50. 1995-lovbemærkningerne, punkt 8.

51. Det litterære område er vigtigt både i praktisk, historisk og ideologisk henseende. Se generelt om forlagsaftaler Rosén (1989). Se også hos Blomqvist (1987), p. 38ff. Blomqvist omtaler a.st. også en række af de øvrige – mange – standardaftaler fra det ophavsretlige område.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

ening (*UBVA-aftalen*). Begge forlagskontrakter har således karakter af *agreed documents* (fællesaftaler/tilslutningsvilkår).⁵²

For fortolkningen medfører fællesaftalens karakter en tendens til en tæt ordfortolkning, hvorved der i tilfælde af tvivl lægges stor vægt på dokumentets indre sammenhæng og på opnåelse af den totalt set afbalanceret løsning, som udformningen af aftalen på grund af sin form må antages at udtrykke.⁵³ Også aftalens forarbejder kan i et vist omfang inddrages i fortolkningen.⁵⁴ Fortolkningen af *agreed documents* bevæger sig således både i paktisk og principiel henseende i retning af lovfortolkning. Generelle hensyn og helhedsbetragtninger tillægges vægt på bekræftelse af parternes individuelle forudsætninger, medmindre disse har manifesteret sig i afvigende aftalevilkår. Konkret betyde dette, at navnlig koncipistreglen («uklarhedsreglen») almindeligvis ikke har betydning, allerede fordi det ikke er den ene part frem for den anden, som har udformet aftalen. *Standardisering* og *objektivering* er således de direkte følger af fællesaftalerne – også – for fortolkningsspørgsmålet.⁵⁵

Hvis der opstår usikkerhed om forståelsen af rækkevidden af overdagelsen ved en forlagsaftale, kan man på denne baggrund spørge, hvilke fortolkningsprincipper man bør anlægge. På den ene side står *specialitetsgrundsætningen* (-*princippet*), hvorefter man bør foretrække en indskrænkende fortolkning til fordel for ophavsmanden. På den anden side står en mere *objektiveret* fortolkningsstil, hvorved parternes individuelle forudsætninger eller andre særlige forhold nedtones til fordel for helhedsresultatet.

52. Bryde Andersen (1997), p. 13f.

53. Generelt Bernitz (1996), p. 47ff. Se også Grönfors (1989), Lyng Andersen, Madsen & Nørgaard (1997), p. 348f. og 391, Bryde Andersen (1997), p. 73, 259 og 268ff., Ramberg (1997), p. 148 og Mortensen (1999), p. 641ff.

54. Bryde Andersen (1997), p. 274. Bernitz (1996), p. 49, noterer, at forarbejderne dog kun har betydning, hvis de er »av särskild kvalificerad natur« såsom AB92, hvor også de officielle bemærkninger (for dansk ret Betænkning 1246/1993, p. 59ff.) afspejler de modstående parternes interesser. I norsk voldgiftspraksis har man lagt vægt på de offentligt tilgængelige forarbejder til ECE188 (General Conditions for the Supply of Plants and Machinery for Export), jf. Meidell (1999), p. 409.

55. For internationale standardaftaler er tendensen til en objektiveret fortolkning endnu mere udpræget, jf. Grönfors (1989), p. 70f. og Meidell (1999), p. 408f. Meidell anser endvidere en hel eller delvis tilsidesættelse af en international standardaftale ved hjælp af Naftl § 36 for udelukket, da dette ville berøve aftalen dens internationale, »uniforme« karakter (a.st., p. 413).

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

Dansk retspraksis om forlagsaftaler er uhyre beskedent.⁵⁶ På trods af de sparsomme erfaringer forekommer det på baggrund af det ovenfor anførte rimeligt at antage, at man i dansk praksis og under henvisning til forlagsaftalens karakter vil anlægge en fortolkningsstil, som minder om sidstnævnte, dvs. en *objektiveret* stil.⁵⁷ Den udtrykkelige afvisning i den aftaleretlige litteratur af uklarhedsreglen i tilfælde af fortolkning af agreed documents må således antages at omfatte også de *ophavsretlige* principper. Ved fortolkningen bør man således søge at opnå den afbalancerede løsningsmodel, som er tilstræbt ved udformningen af formularen.

For de områder, hvor de ophavsretlige aftaler er domineret af agreed documents, er den beskyttelse, som ligger i Ohl § 53, stk. 3, således »forsvundet«. I stedet er givet en *kollektiv* og *institutionel* beskyttelse i form af forhandlingssystemet. Ophavsmandens påvirkningsmuligheder og beskyttelse er af foreningsretlig karakter og knytter sig til hans status som medlem og den deraf følgende repræsentation i de forhandlingsrelevante organer.

2.2.4. Aftalelicens

Aftalelicens er en nordisk konstruktion, som oprindeligt er formuleret af *Svante Bergström* efter inspiration af de kollektive aftalemodeller på det arbejdsretlige område. Med sin kombination af en passende mængde frivillighed og tvang har modellen vist sig at have betydelig internationalt gennemslagskraft. For dansk rets vedkommende har aftalelicensreglerne til dels overtaget den praktiske administration af udviklingen med hensyn til fotokopiering (se §§ 13 og 14 om eksemplarfremsstilling inden for undervisningsvirksomhed og erhvervsvirksomheder m.v.⁵⁸). Hertil kommer navnlig udsendelser af musikværker i radio og tv (§ 30)

56. Se om dansk ret *Schønning* (1998), p. 440. Også svensk praksis er meget begrænset, jf. *Rosén* (1989), p. 154-164.

57. Dette bekræftes da også af en *norsk* byretsdom fra Oslo af 8.1.1998, NIR 1998.302, som pointerede en forlagsaftales betydning i kraft af dens karakter af standardaftale (»agreed document«), a.st., p. 306. Det bemærkes dog, at vilkåret angik en deklatorisk bestemmelse i NOhl, som i kraft af vilkåret blev inkorporeret i forlagsaftalen, samt at retten indledningsvis noterede, at en sådan deklatorisk regel normalt bør tilkomme ophavsmanden, medmindre andet fremgår udtrykkeligt af aftalen.

58. § 13 blev ved ændringen af Ohl i 1998 forberedt til at omfatte også digital kopiering.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

og kabel-vederlaget (§ 35).⁵⁹ Med aftalelicensen på kabelområdet opnåede aftalelicensmodellen sit EU-retlige gennembrud,⁶⁰ hvilket siden er blevet knæsat i forbindelse med forslaget til direktiv om informations-samfundet.⁶¹

Indholdet og virkningen af aftalelicens er beskrevet således i Ohl § 50, stk. 1:

»Aftalelicens ... kan påberåbes af brugere, der har indgået en aftale om den pågældende værksudnyttelse med en organisation, som omfatter en væsentlig del af danske ophavsmænd til en bestemt art af værker. *Aftalelicensen giver brugeren ret til at udnytte andre værker af samme art, selv om ophavsmændene til disse værker ikke repræsenteres af organisationen*« (min kursivering).

Det afgørende moment er, at brugere (f.eks. en skole) gennem en aftale med en organisation, »som omfatter en væsentlig del af danske ophavsmænd til en bestemt art af værker«⁶² (i eksemplet: COPYDAN – undervisningskopier), opnår tilladelse til at anvende værker også af ophavsmænd, som *ikke* er repræsenteret af denne organisation, og det på de samme vilkår, som gælder for værker af tilsluttede ophavsmænd (jf. § 50, stk. 2). I medfør af § 51, stk. 2, kan ikkerepræsenterede ophavsmænd

59. Aftalelicens findes desuden i § 17, stk. 5 (syns- og hørehandicappede) og § 23, stk. 2 (gengivelse af kunstværker i alment oplysende fremstillinger). Sidstnævnte bestemmelse, der blev indført ved lovændringen i 1998, er principielt vigtig, da den indholder en mulighed for ophavsmanden til at nedlægge forbud mod værkets gengivelse og således insistere på *individuel kontrahering*. De voldsomme diskussioner, som ledte til undtagelsen, viser, at kollektiviseringen og insitutionaliseringen har sine grænser. Se om reglen hos *Schønning (1998)*, p. 298ff.

60. Jf. dir. 93/98/EF, art. 9 og hertil præamblen, punkt 16 og 27ff.

61. SN 2696/00 af 9.6.2000, jf. præambelens punkt 20. Henvisningen er væsentlig, idet aftalelicensmodeller dermed falder uden for området for artikel 5 (undtagelser). Det vil derfor være muligt at etablere aftalelicensordningen uden for de tilfælde, som er opregnet i artikel 5.

62. Udpegningen af organisationen kan volde problemer. I *svensk* ret har man diskuteret, om der med udtrykket »en organisation« er taget stilling til den situation, hvor flere organisationer melder sig sig som berettiget. Hvor repræsentativ skal man være, for at være *den* repræsentative forening? Se herom *Rosén (1998)*, p. 72, der konkluderer, at ret til at tegne et område tilkommer »huvudorganisationen«, og herved forudsætter, at dette kun kan være en enkelt organisation. Dette er også resultatet i praksis, jf. således afgørelsen fra Marknadsdomstolen af 17.6.1999, *BONUS* (MD 1999:13). Tilsvarende problemer er ikke opstået i *dansk* ret, men vil formentlig blive løst efter samme principper, jf. herved Betænkning 912/1981, p. 132. I *EU-retlig* sammenhæng har begrænsningen af organisationen til »*danske* ophavsmænd« givet anledning til påtale fra EF-kommissionen og vil derfor blive ophevet.

dog gøre krav på individuelt vederlag, idet størrelsen af vederlaget for disses vedkommende kan indbringes for Ophavsretslicensnævnet (§ 47, stk. 1). Vederlagskravet skal dog rettes mod organisationen, og individuelle aftaler er ikke mulige.⁶³

Aftalelicensløsningen opfattes almindeligvis som en aftale og ikke som tvang. Heri ligger modellens genialitet i psykologisk henseende. Opfattelsen beror nok vid udstrækning på, at aftalelicensretten er de ophavsretlige organisationers »ophavsret«, idet aftalelicens forudsætter de kollektive organisationer i forbindelse med aftalens indgåelse og fordeling af det indkomne vederlag. I forhold til de ophavsmænd, som står uden for organisationen, og som derved er berøvet enhver indflydelse på hvem der udnytter deres værker og på hvilke vilkår udnyttelsen finder sted, er tvangsmomentet i aftalemodellen dog nok så tydeligt (jf. også Ohl § 47).

Som det fremgår, har de ophavsretlige regler og principper for *aftalefortolkning* ingen betydning på dette område.

2.2.5. Forvaltningsaftaler (musikforvaltning)

Forvaltningen af komponisters og tekstforfatters fremførelsesrettigheder varetages af kollektive forvaltningsorganisationer, i Danmark for tiden af KODA, som i kraft af en eneforvaltningsaftale (i form af en medlemserklæring) repræsenterer medlemmerne i forhold til musikbrugere.⁶⁴ Aftalen angår både eksisterende og fremtidige værker, og rettighedsoverdragelsen er for så vidt angår Danmark eksklusiv, idet medlemmet afskærer sig selv fra at disponere over egne værker.⁶⁵ I de

63. Medmindre der som i § 23, stk. 2, er givet mulighed herfor.

64. Se generelt om forvaltningsorganisationer og konkurrenceretten i *Schovsbo* (1996a), kap. 2 m. henv.

65. De relevante dele lyder således: »Jeg overdrager herved KODA eneforvaltningen af retten til offentlig fremførelse af mine værker [samt eneforvaltningen af samtlige mine lydfæstningsrettigheder, som varetages af NCB]. Overdragelsen omfatter ikke retten til dramatiske opførelser af operaer, operetter, musicals, balletter, pantomimer og revyteaterforestillinger. Overdragelsen indebærer, at KODA har fuldmagt til på mine og mine retsefterfølgeres egne at påtale enhver krænkelse af disse rettigheder til de af mig forlagte værker og til at foretage ethvert retligt eller faktisk skridt, som måtte være nødvendigt for at beskytte disse rettigheder. Overdragelsen giver KODA ret til at lade de omfattede rettigheder helt eller delvist repræsentere ved trediemand såvel i Danmark som i resten af verden ... Overdragelsen gælder for samtlige mine musikværker og tekster, som hører til musikværker, både dem der allerede eksisterer, og dem jeg måtte skabe i fremtiden. For værker, hvor jeg allerede måtte have disponeret over de rettigheder, som omfat-

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

tilfælde, som er nævnt i Ohl § 30, er der tale om administration af en aftalelicensordning. I andre tilfælde – f.eks. ved kontrahering med diskoteker, lokalradioer o.lign. – er der tale om enkeltstående aftaler. Brugeren erhverver ret i form af en *pakkelicens* (blanket licence), som giver adgang til at anvende hele det repertoire, som det nationale selskab kan udbyde. Dette omfatter ud over egne medlemmers værker også værker af ophavsmænd, som er tilsluttet de udenlandske søsterorganisationer, og som det nationale selskab i kraft af gensidige repræsentationsaftaler med disse kan udbyde. Virkningen er, at en bruger ved en enkelt aftale opnår adgang til – mod vederlag – at anvende alverdens musik. Aftalen omfatter kun musik fra repræsenterede ophavsmænd, men da det i praksis ikke er muligt at påse, at der kun fremføres værker, hvortil organisationerne har retten, er det praksis, at vederlag opkræves og udbetales også for anvendelsen af ikke-repræsenterede ophavsmænds værker, idet dette naturligvis ikke ændrer ved, at brugen udgør en ophavsretskrænkelse.⁶⁶

I forhold til *medlemserklæringen* kunne man diskutere, om forholdet var omfattet af specialitetsgrundsætningen i Ohl § 53, stk. 3, idet der blot er tale om overdragelse af en ret til at forvalte rettigheder og ikke om en overdragelse af rettighederne som sådan. Under alle omstændigheder måtte specialitetsprincippet føre til, at man anlagde en restriktiv fortolkning af overdragelsen. I praksis har man imidlertid aldrig diskuteret hverken fortolkningsstilen eller spørgsmålet om rettighedsoverdragelsens omfang.⁶⁷ Når forholdet mellem organisation og *medlem* (dvs. ophavsmanden) ikke har givet anledning til mere traditionelle ophavsretlige eller aftaleretlige spørgsmål, skyldes det formentlig, at forholdet anses som et *medlems-* eller *foreningsretligt* anliggende, hvis nærmere indhold må fastlægges på baggrund af parternes indbyrdes *status* i så henseende.

Heller ikke i forholdet mellem *organisation* og *bruger* har specialitetsreglerne videre betydning. Også i dette forhold er en direkte anvendelse af § 53 vanskelig. Henvisningen til »erhververen« i bestemmelsen omfatter vel f.eks. diskoteksejeren, men overdragelsen er ikke foranstaltet af ophavsmanden. Ser man på de praktiske problemer i forbindelse med

tes af denne aftale, er KODA berettiget til at forlange, at jeg fremlægger alle de oplysninger og dokumenter, som er nødvendige for at fastslå rækkevidden af sådanne dispositioner.«

66. Se nærmere om forvaltningsaftalen hos Schovsbo (1996a), p. 24-27.

67. Sidstnævnte spørgsmål har derimod givet anledning til betydelige konkurrenceretlige spørgsmål. Se om disse Schovsbo (1996a), især p. 32ff. ang. EU-retten.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

disse aftaler er det dog klart, at specialitetsprincippet ikke kan have videre betydning. På dette område er der således meget langt til det individualistiske udgangspunkt, som ligger til grund for reglerne og principperne i Ohl. Forholdet mellem organisation og bruger er domineret af de konkurrenceretlige regler, som pålægger organisationerne en almindelig kontraheringspligt samt en pligt til ikkediskrimination i forbindelse med udformningen af vilkårene for udnyttelsen.⁶⁸

Specialitetsprincippet eller -grundsætningen har heller ingen betydning på dette område, som ligeledes er præget af en *formalisering* og *objektivering* for så vidt angår ophavsmandens forhold.

2.2.6. Sammenfatning

Specialitetsprincippet og -grundsætningen har på de ovenfor nævnte områder, der hver for sig og samlet tegner sig for en væsentlig del af den ophavsretlige aftalepraksis, ingen videre direkte betydning. En *objektivering* og *standardisering* (*kollektivisering*) – to af de grundlæggende træk ved statusorienteringen – indebærer, at de typeforudsætninger, som de ophavsretlige regler og principper hviler på, ikke kan opretholdes. Væsentligt er også, at udviklingen i retning af kollektiviseringen og standardiseringen i meget vid udstrækning har udgjort forudsætningen for ophavsrettens udvikling på de nye områder, idet rettighedshaverne ikke uden udviklingen af industrielle clearingsmekanismer og aftaleformer ville kunne håndhæve og kontrollere deres rettigheder. *Den individuelle kontrahering, som lovens aftaleregler er formuleret over, er således i praktisk henseende ubrugelige i en lang række situationer.* Der ligger således i selve den ophavsretlig udvikling en tendens til en nedtoning af de forhold, som ligger til grund for overdragelsesreglerne.

Specialitetsgrundsætningen og -princippet har herefter betydning for de tilbageblevne individuelle aftaler. Sådanne findes naturligvis, og er inden for deres områder betydningsfulde, f.eks. handel med kunstværker og aftaler om opførelse af musikdramatiske værker (*Grand Droits*).⁶⁹ Det er imidlertid ikke disse aftaler, som tegner billedet af ophavsretten i dag. Når specialitetsreglerne således på trods af udviklingen fortsat indtager en fremtrædende rolle i den ophavsretlige bevidsthed og opfattes som udtryk for en beskyttelse af ophavsmanden, skyldes det nok primært reglernes ideologiske værdi. Som det skal vises straks nedenfor, er denne værdi også af tvivlsom art.

68. Se nærmere *Schovsbo* (1996a), p. 39ff. ang. EU-retten.

69. Nærmere *Rosén* (1998b), især p. 164f.

2.3. Ophavsrettens ideologi: Værkslæren og aftalefrihed

Det er vist ovenfor, hvorledes Ophavslovens udgangspunkt i relation til overdragelsesaftaler er en *individueel aftalesituation*. Det er endvidere vist, hvorledes dette udgangspunkt i en lang række vigtige tilfælde ikke stemmer overens med de faktiske forhold med hensyn til kontrahering om værksudnyttelsen. I nærværende afsnit skal splittelsen mellem den typeantagelse, som ligger til grund for loven – individualitet og aftalefrihed – og de faktiske forhold – kollektivisering, kommercialisering og standardisering – forfølges yderligere, idet der fokuseres på ophavsrettens hjerte: *værkslæren*, som i koncentreret form udtrykker både den klassiske ophavsrets indhold og som illustrerer de aktuelle vanskeligheder. Det er ikke hensigten at redegøre nærmere for den historiske udvikling eller for den omfattende aktuelle debat angående ophavsrettens saglige område. Her skal blot noteres et par tendenser, som sammenholdt med det ovenfor sagte, bekræfter opfattelsen af, at ophavsrettens praksis og ideologi lever stadig længere fra hinanden.

De ophavsretlige overdragelsesreglers udgangspunkt om aftalefrihed kombineret med visse personlighedsretligt begrundede begrænsninger falder sammen med og bekræfter, hvad *Strömholm* kalder *ophavsrettens ideologi*:

»En personlighetsrättsligt färgad, liberal och individualistisk syn på auktor, verk och förhållandet dem emellan.«⁷⁰

For *værkslæren* indebærer dette udgangspunkt en antagelse om, at der består et særligt forhold af personlig karakter mellem ophavsmanden og hans værker (»åndelige børn«). Det er denne sammenhæng, som udløser den ophavsretlige beskyttelse, og som begrunder de ophavsretlige forbudsregler. Ophavsret kommer først kommer på tale, når der foreligger den fornødne *originalitet*, dvs. når objektet har antaget tilstrækkelig farve efter ophavsmandens personlighed.⁷¹ Den eneret, som derefter tilkommer ophavsmanden, er særlig ved sin dobbelthed: Økonomiske og personlighedsretlige rettigheder. Den teknologiske og ophavsretlige udvik-

70. *Strömholm* (1994), p. 623-624. Tilsvarende *Dreier* (1993), især p. 132ff. og *Nordell* (1999), p. 513.

71. Originalitetslæren dækker over en række meget komplicerede forhold, jf. *Koktvedgaard* (1999a), p. 45ff., herunder om »værkshøjdebegrebet«. Se også nedenfor om de tyske vanskeligheder med at håndtere edb-programmer i ophavsretten og hos *Astri M. Lund* (1999) for en række aktuelle (norske) eksempler fra ophavsrettens overdrev.

ling – udstrækningen af ophavsretten til navnlig edb, databaser og brugskunst – har imidlertid medført, at kravet om originalitet på væsentlige områder er enten i sig selv problematisk (edb), fraveget (databaser og sui generis retten) eller dog kun kan opretholdes i en tillempet form (brugskunst og »værkshøjdelæren«). Hertil kommer – og som beskrevet ovenfor – at måden, hvorpå værker frembringes (ansættelsesforhold) og administreres, indebærer en bevægelse i modsat retning af den, som angives ved originalitetskravet, idet den personlige tilknytning mellem skaber og værk stadig nedtones og udvandes. *Koktvedgaard* sammenfatter udviklingen således:

»... hele det ophavsretlige system [er] i grunden baseret på god stærk løgn, hvor man med smukke ord foregøgler, at man beskytter litterære og kunstneriske værker – og opregner de forskellige fornemme kunstarter m.v. – medens sandheden er, at loven også – og i vore dage vel først og fremmest – etablerer en beskyttelse af diverse ydelser, der kan tjenes penge på, ganske uden hensyn til disse ydelsers kvalitet eller samfundsmæssige existensberettigelse«. ⁷²

Værksbegrebet er et systembegreb, og er som sådant uden selvstændigt indhold. ⁷³ Læst over lovens systematik og indre sammenhæng er begrebet imidlertid centralt. Det er således originalitetskravet, som ved identifikation af beskyttelsens objekt og subjekt udgør en væsentlig del af den ophavsretlige legitimation: Ophavsmanden skal belønnes og kulturel produktion dermed stimuleres, *fordi* den personlige belønning er nøglen til de ophavsretlige værker. Beskyttelsestiden er således udmålt under hensyntagen til ophavsmandens personlige forhold (dødsåret): Sammenhængen er nødvendig af hensyn til den personlige sammenhæng; den personlige sammenhæng viser sig ved beregningen af beskyttelsestidens længde. De ideelle rettigheder er nødvendige som følge af de personlighedsretlige hensyn; den ikkeøkonomiske sammenhæng mellem skaber og værk, fremgår af lovens § 3 osv. Ophavsrettens centrale regler og principper er indbyrdes afhængige og sammenhængende. Dette fungerer også udmærket, så længe der er harmoni mellem den ideelle opfattelse og virkeligheden. Det er der, så længe originalitetslæren tjener til at *udskille* de forhold, som på en hensigtsmæssig måde kan indgå i det ophavsretlige system, og så længe disse forhold er tilstrækkelig *ensartede* til, at de med fornuft kan underkastes samme behandling. Vanskeligheder opstår derimod, hvis der ikke længere er denne sam-

72. *Koktvedgaard* (1999b), p. 344.

73. *Koktvedgaard* (1965a), p. 138f.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

menhæng. Man kan i et vist omfang skjule en disharmoni ved justeringer af enerettens udstrækning og ved en selvstændig begrebsudvikling. Dette har været tilfældet i dansk ret siden begyndelsen af 1960-erne med hensyn til *brugskunst*, hvor beskyttelsen afgrænses og fastlægges på baggrund af konkurrencemæssige hensyn (»værkshøjde«). I takt med den teknologiske udvikling, regionaliseringen⁷⁴ og de øgede økonomiske interesser er det imidlertid blevet stadig mere uholdbart, at ophavsretten bygger på forestillinger, som ikke længere er til stede, jf. således også *Strömholm*:

»Der Individualitätsbegriff im Urheberrecht ist ... kaum mehr als ein Spiel mit der objektiven Prüfung unzugänglichen psychischen Verläufen und spiegelt – heute auf Ebenen prosaischer und immer mehr technischer Alltagsstätigkeit – romantische Vorstellungen vom einem schöpferischen Prozeß, die sehr wenig mit der Wirklichkeit zu tun haben.«⁷⁵

For dansk ret er konsekvenserne af denne udvikling drøftet af bl.a. *Per Håkon Schmidt* i disputatsen fra 1989. Han konkluderede bl.a., at

»... ophavsretten [rummer] idag mange samfundsøkonomisk vigtige værker – måske de vigtigste – som ikke er funderet på de kulturbærende hensyn, som er basis for ophavsretten, og som derfor på et eller flere punkter passer dårligt til ophavsrettens *beskyttelsestid, droit moral* eller *værkshøjde*.« (Min kursivering)⁷⁶

Denne udlægning, samt forfatterens videre konklusion, hvorefter beskyttelsen af edb-programmer bør »trækkes ud« af den almindelige ophavsret,⁷⁷ er overbevisende rigtig. De forhold, som presser den traditionelle værkslære – industrialiseringen og kollektiviseringen – præger imidlertid også *omstændighederne i forbindelse med rettens udøvelse*. Specialitetsgrundsætningen (og -princippet) er formuleret inden for den samme ramme og på baggrund af de samme ideologiske typeantagelser, som præger den traditionelle værkslære. Kritikken af værksbegrebet

74. *Karnell (1998b)* og *Koktvedgaard (1999b)*. Se også *Bender (1999)*, p. 20f. om originalitetskravet i edb-direktivet.

75. *Strömholm (1996)*, p. 532.

76. *Per Håkon Schmidt (1989)*, p. 350.

77. *Per Håkon Schmidt (1989)*, bl.a. p. 350ff., især p. 355f. Denne proces er for så vidt allerede i gang, idet den *patentretlige* beskyttelse af edb-programmer stadig udvides, jf. f.eks. *Håkon Schmidt (1998)*, p. 63ff. og nærmere i kapitel 8.2.4.3. Formuleringen af de rette rammer for beskyttelsen af edb-programmer er dog vanskelig, jf. således også TRIPs, artikel 10, hvorefter edb-programmer skal beskyttes som litterære værker i henhold til BKV.

som den fremføres af bl.a. *Koktvedgaard*, *Per Håkon Schmidt* og *Strömholm*⁷⁸ har således også konsekvenser for overdragelsesreglerne i ophavsretsloven. Ophavsrettens traditionelle pejlemærker – værket – og typeantagelser – værker som udtryk for ophavsmandens personlighed – holder i en række vigtige tilfælde ikke. For læren om rettighedsoverdragelsen indebærer dette, at antagelsen om, at der til en aftale om overdragelse af ophavsretten til et »værk« er knyttet særlige ophavsretlige forhold af personlighedsretlig karakter, ikke kan opretholdes. Konsekvenserne af dette kunne være, at man enten opgav enhedsopfattelsen af ophavsretten og udviklede specialregler for enkelte værkskategorier, eller at man søgte en ny fælles begrundelse for ophavsretlige overdragelsesregler.

2.4. Specialitetsgrundsætningen og -princippet i 1995-Ohl

Specialitetsgrundsætningen blev som sagt reformuleret ved revisionen af Ohl i 1995.⁷⁹ Ved lovændringen blev udtrykket »udnytte værket«

78. Se også *Blomqvist* (1987), p. 221, der bemærkede, at de ophavsretlige fortolkningsprincippers værdi aftager i takt med, at rettighederne bliver stadig mere økonomisk prægede. Tilsvarende for tysk ret *Ulmer* (nærmere i det følgende), som ligeledes betonedede (*Ulmer* (1960)), at de ophavsretlige principper kun i modificeret form gjaldt for ophavsrettens »*Kleine Münze*«, men som måtte konstatere (*Ulmer* (1980)), at undtagelsen for sådanne mindre betydningsfulde værker i takt med udviklingen i ophavsrettens genstand kom til at udgøre ophavsrettens praktiske hovedområde, hvorved »undtagelsen« altså nærmest blev »hovedreglen«. Se nærmere og for yderligere henvisninger til den aktuelle diskussion hos *Schovsbo* (1998c), p. 482ff. og seneste *Sterling* (2000).

79. Specialitetsgrundsætningen fandtes i 1961-lovens § 27, stk. 1, 3. punkt: »Har ophavsmanden overdraget en anden ret til at gøre værket tilgængeligt for almenheden på en bestemt måde eller ved bestemte midler, giver overdragelsen ikke erhververen ret til at gøre det på andre måder eller ved andre midler«. Specialitetsprincippet blev formuleret første gang i Lov af 19.12.1902, § 9, stk. 2 (ang. litterære værker): »Overdragelse af Ret til Offentliggørelse paa en bestemt Maade (Trykning, Opførelse o.l.) hjemler ikke Erhververen Ret til Offentliggørelse paa anden Maade eller til at foranstalte eller tillade Oversættelser eller Bearbejdelser«. I § 27, stk. 3, fandtes en tilsvarende regel vedr. kunstværker. I Lov om Forfatterret og Kunstnerret af 26.4.1933 fandtes en generel regel i § 9, stk. 2. Se herom *Lund* (1933), p. 95ff., der fremhæver aftalens betydning, men samtidig fremhæver, at »Forfatterrettens retlige Karakter« også bør have for øje ved fortolkningen. Hermed tænkes navnlig på, »at Forfatterretten foruden at være en Ret af økonomisk Indhold tillige har en særlig personlig Karakter« (a.st., p. 99). Det er ifølge *Lund* dette personlighedsretlige hensyn, som »i høj Grad« har været bestemmende for § 9 – herunder specialitetsgrundsætningen – og dette hensyn bør i øvrigt »tages i Betragtning ved ethvert Spørgsmaal angaaende Overdragelse af Forfatterret«

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

indsat til fordel for »gøre værket tilgængeligt for almenheden«. Formålet med ændringen var at understrege, at grundsætningen også finder anvendelse i relation til aftaler om eksemplarfremsstilling, hvilket tidligere gav anledning til en vis tvivl.⁸⁰ Regeltilpasningen kan derfor ikke ses som et udtryk for et forsøg på at stække grundsætningen. Der er da heller intet i øvrigt i forarbejderne til den nugældende Ohl eller andet, som tyder på et ønske fra lovgiver om at lægge afstand til specialitetsprincippet. På den anden side kan man heller ikke sige, at der med 1995-loven blev taget skridt til at forstærke princippet i lyset af det ovenfor sagte vedrørende udviklingen i praktisk og principiel henseende. Der var ellers rig anledning til en sådan præcisering. Specialitetsgrundsætningen blev diskuteret indgående i Betænkning 1197/90. Et flertal i udvalget anbefalede endog – og under tydelig påvirkning af *Blomqvists* licentiaftahandling fra 1987⁸¹ – at specialitetsgrundsætningen blev suppleret med en *fortolkningsregel*:

»Hvis der hersker tvivl om omfanget af en overdragelse af ophavsmandens ret, og den omtvistede udnyttelsesform ikke er nævnt udtrykkeligt og selvstændigt i aftalen, anses retten hertil ikke for overdraget, medmindre erhververen godtgør, at denne overdragelse var tilsigtet af parterne.«⁸²

Kulturministeriet tog imidlertid ikke flertalsindstillingen til efterretning på dette punkt, selv om reglen er ganske ukontroversiel. I lovbemærkningerne anføres som begrundelse for dette, at »der ikke er påvist noget behov for at fravige dansk rets almindelige fortolknings- og bevisbyrderegler«. Udtalelsen er for så vidt mærkværdig. Som det er påvist ovenfor, er indholdet af specialitetsgrundsætningen således netop at bryde med de almindelige reglers partsneutralitet. Udtalelsen illustrerer

(a.st., p. 99). Se nærmere om den historiske udvikling hos *Blomqvist* (1987), p. 148ff.

80. Se nærmere hos *Blomqvist* (1987), p. 162, der antog, at også den tidligere gældende regel (1961-Ohl, § 27) omfattede aftaler om eksemplarfremsstilling. Anderledes *Lund* (1961), p. 197. I lovbemærkningerne fremhæves, at ændringen blot var af »redaktionel art«.

81. Se navnlig Betænkning 1197/90, p. 223-226.

82. Forslagets § 42, stk. 2, jf. Betænkning 1197/90, p. 222. Princippet skulle kun finde anvendelse, hvis aftalen var *uklar*. Bestemmelsen ville endvidere pålægge erhverver *bevisbyrden* for, at overdragelsen var »tilsigtet af parterne«. Hensigten med reglen var – ud over at angive en fortolkningsregel – at skabe et incitament til, at aftaler formuleres udførligt, a.st., p. 225. Som mere *almen fortolkningsstandard* anføres i betænkningen, p. 223, at overdragelse alene omfatter »de rettigheder, som er fornødne for den tilsigtede udnyttelse«.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

herved udmærket den manglende bevågenhed, som grundsætningen nyder i lovgivningen. Ministeriet fandt i øvrigt, at de medtagne regler – Ohl §§ 54 og 55 – er tilstrækkelige til at skabe det fornødne incitament til klarhed.

1995-revisionen af Ohl indebar i øvrigt en generel revision af lovens bestemmelser om rettens overgang til andre. Ved lovændringen blev således navnlig de ganske detaljerede regler om forlagsaftaler (1961-lovens §§ 33-40) erstattet af de generelle principper, som er nævnt ovenfor. Hensigten hermed var dog ikke at opnå en ændring af regeltilstanden, men blot at modernisere og forenkle lovens system.

Den manglende præcisering – skærpelse – af specialitetsprincippet kombineret med udviklingen i loven og ophavsretten generelt har reelt medført en udvanding af specialitetsgrundsætningens og -princippets konkrete betydning. Dette følger da også mere eller mindre direkte af en række af lovens nyere særregler. Ophavsloven har således på et par principielt vigtige punkter udtrykkeligt begrænset området og forudsætningerne for specialitetsgrundsætningen og -princippet. For *edb-programmer* (og databaser) findes i §§ 36 og 37 regler, der på vigtige områder ganske nøje – og til dels med præceptiv virkning – fastlægger parternes indbyrdes beføjelser og dermed begrænser behovet for og gyldigheden af individuelle aftaler. For *edb-programmer* findes også særreglen i § 59 om arbejdsforhold, som i følge lovbemærkningerne »indebærer en fravigelse af specialitetsgrundsætningen«.⁸³ De »almindelige« regler og principper i kapitel 3 begrænses også ved den såkaldte *filmformodningsregel* i Ohl § 58. I følge reglen, som er deklaratorisk, jf. § 53, stk. 4, indebærer en aftale om medvirken ved indspilning af en film, at filmproducenten (dvs. erhverver) bliver legitimeret til at råde på almindelig vis ved bl.a. at fremstille eksemplarer af filmen samt sprede disse til almenheden.⁸⁴

83. Arbejdsgiverreglen for *edb-programmer* blev indført i ophavsretslovgivningen ved L 378/7.6.1989 (som § 42b). Sin nuværende udformning har reglen som ovenfor anført fra art. 2, stk. 3, i *edb-direktivet* (91/250/EØF). De *ideelle rettigheder* har ikke videre betydning på området for *edb-programmer*, hvilket dels skyldes værkets tekniske karakter, dels omstændighederne i forbindelse med dets frembringelse, men i principiel henseende er opgivelsen heraf ved § 59 bemærkelsesværdig, jf. herved Nordell (1993) og Bender (1999), p. 20.

84. Det har i tysk ret været overvejet – og forkastet – at udvide anvendelsen af formodningsreglen (TyOhl § 89) til *multimedieprodukter*. Også for dansk ret er reglen begrænset til filmværker, jf. Schønning (1998), p. 468.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Særreglerne er væsentlige, idet de dels udtrykker den generelle bevægelse i ophavsretten mod en mere kommerciel og pragmatisk retstilstand,⁸⁵ dels viser, hvorledes den traditionelle enhedsopfattelse baseret på værkslæren ikke kan opretholdes i relation til aftaleindgåelsen.

Den generelle udvikling bekræftes også af § 55, som repræsenterer det mest interessante nyere forsøg fra lovgivers side på at tilpasse de ophavsretlige overdragelsesregler til de aktuelle forhold:

»Hvis aftalen ikke udtrykkeligt specificerer enkelte udnyttelsesformer, som omfattes af overdragelsen, kan ophavsmanden med rimeligt varsel opsig overdragelsen af rettighederne til de uspecificerede udnyttelsesformer, der ikke er iværksat af erhververen, inden 3 år er forløbet fra det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side.«

Reglen skal ses i sammenhæng med § 54, der foreskriver en fem-årig tilbagefaldsret for så vidt angår *specificerede* udnyttelsesformer. § 55 er deklaratorisk, og rettighedshaveren kan således frafalde sin ret i henhold til reglen.⁸⁶ Hensigten med § 55 er at sikre, at erhverver ikke kan blokere for »uspecificerede udnyttelsesformer« uden selv at iværksætte dem.⁸⁷ Reglen finder anvendelse, »hvis aftalen ikke udtrykkeligt specificerer enkelte udnyttelsesformer, som omfattes af overdragelsen ...«. Omfattet er således kun helt generelt formulerede rettighedsoverdragelser (»alle rettigheder« o.lign.⁸⁸). Bestemmelsens område er således de *brede og uspecificerede rettighedsoverdragelser*, som specialitetsgrundsætningen har til formål at udelukke. Ophavsmandens adgang til at »opsige«⁸⁹ aftalen

85. Dette er navnlig tydeligt for edb-reglerne og §§ 36 og 37, som konkret skal bl.a. sikre erhververen adgang til »normal« udnyttelse og modvirke pirateri og misbrug af overdragerens markedsposition på det afledte marked for kompatible programmer og tilbehør.

86. Bestemmelsen er baseret på et forslag i Betænkning 1197/1990, p. 226ff., hvor et flertal foreslog en *præceptiv* regel. Dette afvistes af Kulturministeriet, jf. lovbemærkningerne ad § 53, stk. 4.

87. Lovbemærkningerne ad § 55.

88. Lovbemærkningerne.

89. Se nærmere om »opsigelse« hos *Ussing* (1967), p. 421 og *Gomard* (1998), p. 16ff. og 106. § 55-situationen harmonerer vel ikke umiddelbart med den almindelige, obligationsretlige opsigelsessituation, som forudsætter en vedvarende aftale, hvilket der ikke er tale om i § 55-tilfældet, hvor rettighedshaver har præsteret sin ydelse i forbindelse med overdragelsen. På den anden side rammer § 55 det centrale i opsigelselæren: Aftaleforholdet bringes ensidigt til ophør, uden at der foreligger en misligholdelsesgrund, jf. herved også lovbemærkningerne til § 55, hvorefter »reglen ikke har konsekvenser for dansk rets almindelige regler om

i henhold til § 55 forudsætter imidlertid, at retten til de »uspecificerede udnyttelsesformer« er overdraget til erhverver, som har adgang til at udnytte retten. Bestemmelsen lægger hermed op til en *bred* rettigheds- overgang og undergraver dermed den beskyttelse, som følger af specialitetsgrundsætningen og -princippet, som tager sigte på det modsatte.

Det særligt interessante ved reglen er dog, at den er udtryk for et forsøg på at etablere en beskyttelse *efter overdragelsen*. Herved adskiller § 55 sig afgørende fra specialitetsgrundsætningen, som tager sigte på at begrænse omfanget af den ret, som overdrages til erhverver. Med § 55 søges en beskyttelse som består i en kombination af en *bred rettigheds- overgang* med *efterfølgende krav* til erhververs dispositioner. Formålet med lovreglen er, at ophavsmanden i kraft af sin opsigelsesadgang kan gen- nemtvinge en udøvelse hos tredjemand på trods af den stedfundne overdragelse.

Det nærmere omfang af rettighedshavers dispositionsadgang afhæn- ger af en række forhold, herunder loyalitetshensynet til erhverver i hen- hold til den første aftale.⁹⁰ Vanskelighederne i så henseende vil forment- lig forøges med, at erhververnes – f.eks. et forlags – udnyttelsesmulighe- der generelt forøges i takt med de tekniske muligheder og som følge af etableringen af mediekoncerner, som inden for samme virksomhed rum- mer udnyttelse i form af f.eks. traditionel forlagsvirksomhed, musik og film. Det er derfor vanskeligt at forudsige den praktiske betydning af § 55. I principiel henseende er tanken om en beskyttelsesregulering, som forudsætter en bred rettigheds- overgang, og som tager sigte på at *tilpasse* erhververs udøvelse og *gennemføre* aftalen i lyset af de aktuelle mulighe- der, uhyre interessant. Se nærmere i det følgende, 7.5.

Tankegangen bag § 55 har også udmøntet sig i aftalepraksis, jf. således især UBVA- aftalens pkt. 1.5:

»I 5 år... efter udgivelsen af 1. udgave og eventuelt følgende reviderede udga- ver har forlaget *option* på andre udnyttelses former, herunder ... på digitale off- line og on-line udgivelser og indlæggelse i databaser, hvortil offentligheden har adgang på de af basen fastsatte betingelser. Inden for dette tidsrum, kan forfatteren ikke overdrage disse rettigheder til andre uden først skriftligt at have tilbudt dem til forlaget med en acceptfrist på 1 måned.« (Min kursivering)

misligholdelse af kontrakter«. § 55 kan på denne baggrund opfatte som en *særlig, ophavsretlig opsigelsesregel*, der modificerer det almindelige udgangspunkt.

90. Nærmere i Betænkning 1197/90, p. 227.

2. Ophavsretten: Specialitetsgrundsætningen og -princippet

Afslutningsvis bør nævnes Ophavsloven § 58a, hvor der findes en vigtig EU-født regel, som indebærer en ufravigelig (vederlags)ret for ophavsmanden ved udlejning af billed- og lydoptagelser. Retten til vederlag kan kun udøves gennem organisationer. Bestemmelsen har formentlig ingen videre praktisk betydning. I principiel henseende er den dog karakteristisk for dagens ophavsret: Ophavsretten præciseres, aftalefriheden begrænses via præceptive regler og rettens forvaltning overlades til kollektiv foranstaltning.

Der har været en klar tendens i EU-reglerne til *præceptive* regler. *Udlejningsdirektivet* (92/100/EØF) fastslår i artikel 4, stk. 2, at ophavsmænd og udøvende kunstnere ikke kan give afkald på retten til at oppebære et rimeligt vederlag for udlejning. *Edb-direktivet* (91/250/EØF) indeholder i artikel 5, stk. 1, en regel, hvorefter visse former for »nødvendig« reproduktion ikke kræver tilladelse fra rettighedshaveren, medmindre andet er udtrykkeligt fastlagt ved aftale. Fsva. reproduktion med henblik på sikkerhedskopiering og reverse engineering er adgangen præceptiv, jf. artikel 5, stk. 2 og 3, og artikel 6, stk. 1 (jf. Ohl § 36, stk. 4, jf. stk. 1, nr. 2 og 3, og § 37, stk. 3, jf. stk. 1 og 2). Også for databaser er adgangen for brugeren til at foretage »nødvendige« handlinger i vid udstrækning fastlagt på præceptivt grundlag, jf. *databasedirektivet* (96/9/EF), artikel 6, stk. 1 og 2 (Ohl § 36, stk. 2, jf. stk. 4).

2.5. Delkonklusion ophavsretsaftaler

§ 55 findes anvendelse med hensyn til tilfælde af ubegrænset rettighedsoverdragelse. Med henblik på at bedømme, om der foreligger en sådan overdragelse, og med henblik på at vurdere omfanget af rettighedsoverdragelsen i de tilfælde, hvor aftalen specificerer de overdragne udnyttelsesformer, er aftalefortolkning nødvendig. § 55 markerer for aftalefortolkningen, at behovet for at sikre en begrænset rettighedsovergang ikke bør være målet for aftalefortolkningen i sig selv. I de almindelige situationer består ophavsmandens primære interesse i at udnyttelse finder sted og på rimelige vilkår. Spørgsmålet af hvem udnyttelsen konkret foranstalles har mindre interesse. Med henblik på at markere dette i relation til aftalefortolkningen burde der i Ophavsloven optages det almindelige immaterialretlige fortolkningsprincip, hvorefter erhverver i tilfælde af tvetydighed ikke opnår større ret end hans sædvanlige (erhvervsmæssige) brug nødvendiggør.

Man kunne formulere en sådan regel som en »formodning mod fuldstændige overdragelser«, men dette ville næppe være dækkende og ville blot medvirke til at skjule realiteterne. Det er således væsentligt at være opmærksom på, at »fuldstændige overdragelser« henset til de nuværende og fremtidige udnyttelsesmuligheder m.v. formentlig i mange tilfælde vil være »nødvendige« i fortolkningsreglens forstand. En regel som

den foreslåede vil derfor afspejle, at brede/fuldstændige rettighedsoverdragelser bliver dagens orden.

Gennemgangen ovenfor har vist, at man set fra en ophavsretlig betragtning ikke bør søge at hindre en sådan udvikling, men at man bør søge at tilpasse den ophavsretlige beskyttelse til nutidens dynamiske og industrielle forhold.

3. Et almindeligt dansk immaterialretligt specialitetsprincip

Uden for ophavsretten findes der ingen lovregler af direkte betydning for aftalefortolkningen. Den manglende regulering begrundes i lovbetragtninger m.v. med, at aftalepraksis er uoverskuelig, samt at parterne må antages at være bedst egnet til at opnå en tilfredsstillende retstilstand. Til forskel fra i ophavsretten antages der ikke at være noget videre personlighedsretligt behov for at beskytte rettighedshaveren, ligesom heller ikke risikoen for misbrug af denne i økonomisk/styrkemæssig henseende har påkaldt sig særlig interesse.⁹¹ Til gengæld er de samfundsmæssige interesser repræsenteret ved konkurrenceretten og teknologispredning traditionelt mere fremtrædende i relation til navnlig patentretten.

Udgangspunktet er således *aftalefrihed* både med hensyn til aftalens form og indhold. Overdragelse kan finde sted ved både udtrykkelig aftale – mundtlig eller skriftlig – og stiltiende. Overdragelse af et eksemplar indebærer normalt ikke en overdragelse af den immaterialret, som er knyttet til eksemplaret.⁹² Overdragelse er endvidere mulig både i form af fuldstændig overdragelse (salg) og i form af partielle overdragelser (licens). For licensaftalers vedkommende er der mulighed for både simple og eksklusive aftaler, samt – og i det omfang konkurrenceretten tillader det – for begrænsninger med hensyn til navnlig udnyttelses-

91. Bernitz m.fl. (1998), p. 265.

92. Princippet er som sagt udtrykt eksplicit i Ohl § 56, stk. 2, men må antages at gælde også i relation til de øvrige rettigheder, jf. også konsumtionprincippet i Ptl § 3, stk. 3, nr. 2. For *patentretten* fører dette til, at en overdragelse af et eksemplar af et beskyttet produkt (*produktpatent*) normalt ikke giver erhverver adgang til at fremstille eksemplarer af det pågældende produkt. Angår opfindelsen en bestemt *fremgangsmåde*, og kan den overdragne genstand alene anvendes til at udføre denne, må det dog antages, at overdragelsen af en (upatenteret) genstand normalt indebærer en ret for erhverver til at udøve patentet ved hjælp af den overdragne genstand.

3. Et almindeligt dansk immaterialretligt specialitetsprincip

tid og -sted, produktionsmængde og kvalitetskontrol. Der stilles (normalt) ingen formkrav.⁹³ Som gennemgående træk ved *lovreglerne* kan i øvrigt nævnes, at der (normalt) ikke stilles krav om registrering som gyldighedsbetingelse, at aftaler om overdragelse af virksomheder omfatter de immaterialrettigheder, som findes i virksomheden, medmindre andet er aftalt eller følger af omstændighederne, samt at licenstagere ofte er begrænset i sin adgang til at disponere over aftalegenstanden i form af videreoverdragelse eller indrømmelse af underlicens.

Patentloven indeholder i § 43 en bestemmelse, hvorefter licenstagere ikke uden særlig aftale må overdrage retten til at udnytte patentet erhvervsmæssigt til andre. Ifølge § 44 kan licens eller salg af patentet på begæring indføres i patentregistret. Dette bør ordentligvis altid ske, men registrering er altså ingen gyldighedsbetingelse, og indebærer ingen prioritetsvirkning. Forbudet i § 43 omfatter ifølge NU1963:6, p. 286 både en egentlig overdragelse af licensretten og licenstagernes meddelelse af underlicens. Om baggrunden for den manglende aftaleretlige regulering i patentretten hedder det i betænkningen, at retsforholdene i forbindelse med licensaftaler eller salg af patentretten ofte er reguleret af »omfattende avtal som omsorgsfuldt anpassats efter kontrahenternes behov« (p. 286). Set i det lys fandt kommissionen ikke behov for en særlig regulering. Som begrundelse for § 43 henvises til, at licensaftalen almindeligvis forudsætter et vist »förtroendeförhållande« mellem parterne og en adgang for licensgiver til at udøve kontrol med, at licensen udøves i overensstemmelse med aftalen (p. 286).

Brugsmodelloven indeholder i § 29 en bestemmelse svarende til Ptl § 44, men – mærkeligt nok – ikke en regel svarende til Ptl § 43. Heller ikke *Vml* indeholder et udtrykkeligt forbud mod licenstagernes videredisposition, men noget sådant vil almindeligvis blive aftalt, jf. *Koktvedgaard & Wallberg (1998)*, p. 195.

Varemærkeloven fastslår i § 40, stk. 1, at der kan gives licens til varemærket for alle eller en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, samt for hele landet eller en del af dette. Licensen kan være enten simpel eller eksklusiv. Af stk. 2 fremgår, at licens på begæring noteres i varemærke registret. Stk. 3 fastslår, at visse aftalevilkår har »varemærkeretlig« virkning. Licensgiver kan således gøre varemærkeretlige – og ikke blot aftaleretlige – beføjelser gældende over for licenstagere i tilfælde af overtrædelser af aftalens vilkår med hensyn til licensens gyldighedsperiode, den udformning, hvori mærket må anvendes, arten af de varer for hvilke licensen er indrømmet, det geografiske område inden for hvilket varerne må forsynes med varemærket eller kvaliteten af licenstagernes varer eller præsterede tjenesteydelser. Reglerne i *Vml*, § 40, stk. 1 og 3, stammer fra Varemærkedirektivet, jf. dets artikel 8. I *Vml* § 38, stk. 2, findes en formodningsregel, hvorefter en aftale om overdragelse af en virk-

93. Formløsheden er dog under pres. Af *Varemærkeforordningen*, artikel 17, stk. 3, fremgår således, at aftalen om overdragelse skal være skriftlig og underskrevet af parterne. I modsat fald er aftalen ugyldig (kravet fraviges dog, hvis der er tale om overdragelse af en virksomhed i sin helhed, jf. art. 17, stk. 3, jf. stk. 2). Hertil kommer et krav om registrering som betingelse for, at erhververen kan gøre varemærkerettighederne gældende. Tilsvarende i forslaget til *Mønsterforordning* (KOM(1999) 310), artikel 30-35.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

somhed omfatter virksomhedens varemærker, medmindre andet er eller må anses som aftalt. For varemærkeretten kommer endelig en offentlig interesse i at hindre, at varemærket som følge af overdragelsen er egnet til at vildlede forbrugerne med hensyn til produktets oprindelse o.lign. I sådanne – sjældne – tilfælde findes der i § 28, stk. 2, nr. 3, hjemmel til at ophæve registreringen.

I *Mønsterloven* findes regler om overdragelse i §§ 26 og 27, jf. nærmere i Betænkning 417/66, p. 132f. For *plantenhyheder* er der regler i Pln §§16 og 19. Af § 16, stk. 6, fremgår bl.a., at de vilkår, som findes i aftale om udnyttelse af plantenhyheden, skal være »rimelige og ens for alle producenter«. Vilkår kan prøves af Vilkårsnævnet for Plantenhyheder, jf. § 22, stk. 1. Ifølge § 16, stk. 3, påhviler der »licenstagere« en forpligtelse til at give sortsejeren de oplysninger, som er nødvendige for beregning og opkrævning af licensafgift.

Udgangspunktet for diskussionen i *teorien* af fortolkningsspørgsmålet er, *at* der er meget mager retspraksis,⁹⁴ *at* aftaler angående patenter (navnlig licensaftaler) ofte er internationale, *at* lovreglerne er meget beskedne, *at* de »almindelige« obligationsretlige grundsætninger ofte ikke giver megen konkret vejledning samt *at* kontraktindgåelsen på trods af store variationer ofte er formaliseret og standardiseret.⁹⁵ Som et særligt træk fremhæves desuden ofte, *at* patentlicensaftaler, som omfatter en engelsk/amerikansk part, ofte er meget mere omfattende end aftaler mellem f.eks. danske parter. De anglo-amerikanske principper for aftalefortolkning fremhæves i det hele som generelt vigtige for området.

På trods af det sparsomme grundlag er der i dansk og øvrig nordisk litteratur enighed om at fremhæve som et særligt træk ved fortolkningen af patentlicensaftaler, at fortolkningen ofte vil fokusere på *aftalens ordlyd*.

Se *Koktvedgaard* (1999a), p. 359 (»... en ret tæt kontraktsfortolkning«) og (1965b), p. 581 (»... konkret og ganske hårdhændet kontraktsfortolkning ...«) og *Hansen* (1981), p. 59: »Der vil være en tendens til, at licensaftalen fortolkes efter *ordlyden* i højere grad end normalt ... efter dansk ret.« Se om *svensk ret* *Bernitz m.fl.* (1998), p. 76, der præciserer det patentretlige udgangspunkt således, at fortolkningstvivil normalt »... löses ... genom konkret och hårdhänt avtalstolkning, där *avtalets syfte, avtalsobjektets särprägel och avtalets lydelse* är främsta fortolkningsdata« (min kursivering).

Fortolkningsproblemet opstår kun, hvis parternes hensigt ikke kan fastlægges entydigt på baggrund af et enkelt fortolkningsbidrag, f.eks. *aftalens ordlyd*. Det er derfor nok vanskeligt ud fra udgangspunktet om en

94. Se dog navnlig U 1991.652H (*Ottung*).

95. Der foreligger dog en række standard- og modelkontrakter, som nærmest har karakter af checklister. En række af disse er tilvejebragt af forfattere – f.eks. *Pagenberg & Geissler* (1997) – andre af internationale organisationer, bl.a. ORGA-LIME.

3. Et almindeligt dansk immaterialretligt specialitetsprincip

»tæt ordfortolkning« at udlede noget videre end det åbenbare: En klar aftale skal (normalt) opfyldes efter sit indhold, og man bør foretrække en klar aftale frem for en uklar. I tilfælde af *uklarhed* opstiller *Koktvedgaard* da også følgende *materielle fortolknings-* og *formodningsregel*:

»... [det] vil ofte have formodningen mod sig, at [aftalen] hjemler en fuldstændig overdragelse. Normalt vil erhververen ikke have behov for andet og mere end en udnyttelsesret, og hensynet til overdrageren taler da typisk for, at han bør beholde de beføjelser, der ikke klart er afgivet, og som erhververen ikke har et aktuelt, påviseligt behov for.«⁹⁶ (min kursivering).

Fortolkningsprincippet fremføres som et – bortset fra de ophavsretlige aftaler – almindeligt princip. Man kan på den baggrund formulere en *almindelig immaterialretlig fortolkningsregel* i form af en *formodning mod fuldstændige overdragelser*. En overdragelse omfatter alene de rettigheder, som er fornødne for den tilsigtede udnyttelse. En tilsvarende regel – »minimumsfortolkning« – opstilles af *Mads Bryde Andersen*⁹⁷ og antages også af *Bernitz m.fl.*⁹⁸ Udgangspunktet stemmer, som det skal vises, også overens med *tysk ret*.

I Betænkning 1197/90 blev der som sagt foreslået en fortolkningsregel for ophavsretlige aftaler. Forslaget lød således:

»Hvis der hersker tvivl om omfanget af en overdragelse af ophavsmandens ret, og den omtvistede udnyttelsesform ikke er nævnt udtrykkeligt og selvstændigt i aftalen, anses retten hertil ikke for overdraget, medmindre erhververen godtgør, at denne overdragelse var tilsigtet af parterne.«

I tilfælde af tvivl påhviler det i følge det ophavsretlige forslag erhverver at godtgøre, at overdragelsen var »tilsigtet af parterne«. Til forskel herfra er det afgørende ifølge det almindelige princip erhververs »aktuelle påviselige behov«, idet bevisbyrden dog også her påhviler erhverver. Man kunne forvente, at der således i det almindelige princip, som det formuleres af *Koktvedgaard*, lå en tendens til en bredere rettigheds- overgang, end i det ophavsretlige princip. Dette er dog nok tvivlsomt. Virkningen af således i begge tilfælde en *indskrænkende fortolkningsstil* kombineret med en almindelig *formodning* for, at en beføjelse kun er overdraget til erhverver, dersom erhverver kan godtgøre at dette er tilfældet. Baggrunden for bedømmelsen er endvidere i begge

96. *Koktvedgaard* (1999a), p. 361. Det fremgår endvidere, at en udtrykkelig fuldstændig, endelig og total rettighedsoverdragelse normalt får virkning efter sit indhold. Hvis derimod aftalen – klart – kun omhandler visse nærmere angivne beføjelser, vil erhverver normalt kun få disse.

97. *Bryde Andersen* (1997), p. 261 med henvisning til Ohl § 53, stk. 3.

98. *Bernitz m.fl.* (1998), p. 264, idet det dog betones, at princippet gælder »særligt« inden for ophavsrettens område.

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

tilfælde en vurdering af erhververs erhvervsmæssige forhold. Hermed er begge modeller nært beslægtet med den objektive fortolkningsmodel, som kendes i især tysk ret – *Zweckübertragungs-læren*. Se om denne straks i det følgende.

4. Tysk ret

Fortolkning af immaterialretsaftaler har navnlig påkaldt sig opmærksomhed i tysk ret, hvor der med udgangspunkt i ophavsretten har udviklet sig en almindelig teori på området: *Zweckübertragungs-theorien*. Også i Tyskland har den almindelige udvikling i relation til ophavsretten og kontraktsretten presset de traditionelle positioner, men i modsætning til i dansk ret har dette ført til en meget omfattende diskussion om indretningen af de ophavsretlige overdragelsesregler. Denne diskussion har betydelig interesse også for dansk ret. Når der i det følgende fokuseres på den tyske diskussion, skyldes det dels, at diskussionen dér er aktuel og præcis, dels at de retlige forudsætninger i tysk ret minder om dansk ret både med hensyn til ophavsretten og den almene kontraktsret.

I amerikansk (og engelsk) ret har der ikke udviklet sig særlige immaterialretlige fortolkningsprincipper.⁹⁹ Baggrunden for dette er nok navnlig, at især den amerikanske copyright-model har nedtonet den ideelle tilknytning mellem skaber og værk, som traditionelt har været drivkraft bag udviklingen af den ophavsretlige fortolkningslæren i dansk (og tysk) ret. Også i amerikansk ret betones dog hensynet til ophavsmanden som den typisk *svage* aftalepart. Helt forskellig fra amerikansk ret er fransk ophavsret, hvor der i immaterialretlovgivningen findes regler om overdragelse (*exploitation de droit*), som omfatter både salg (*cession*) og licens (*licence*).¹⁰⁰ Reglerne er både omfattende, detaljerede og restriktive, men er også ganske forskellige fra den danske tradition. Den franske model er dog ganske tankevækkende og gengives derfor kortfattet lige nedenfor.

Frankrig

Den franske immaterialretslov – CDPI (Code De La Propriété Industrielle) – indeholder i 1. bogs del III, 1. kapitel generelle regler for *contract d'exploitation des droits d'auteur* – bl.a. Art. L 131-1 – »la cession global des œuvres futures est nulle«¹⁰¹ – og L. 131-4, der fastslår rettighedernes overdragelighed (fuldstændig og partiel) i kombi-

99. En generel redegørelse for amerikansk, engelsk og tysk ret giver *Blomqvist* (1987), p. 151-160.

100. Sondringen mellem de to typer er ikke ganske klar, jf. *Lucas* (1994), især § 482.

101. Jf. dog Art. L. 132-4, nr. 1, om forlagsaftaler.

nation med et ufravigeligt og lov hjemlet vederlagskrav (*rénumération proportionnelle*).¹⁰² Vederlagskravet er dog undergivet en række i praksis meget vigtige modifikationer i nr. 1-6 bl.a. for de tilfælde, hvor en sådan opgørelsesmetode er praktisk uladssigelig samt – og helt generelt – for overdragelse af edb-programmer (logiciel). For audiovisuelle aftaler gælder et krav om skriftlighed som gyldighedsbetingelse (Art. L. 131-2, jf. også L. 132-7 om forlagsaftaler). For alle aftaler følger af Art. L. 131-3 et krav om eksplicitering, idet de overdragne rettigheder skal nævnes separat og udnyttelsesmåde opregnes i henseende til omfang, formål, sted og længde. Reglen skal læses i sammenhæng med den generelle fortolkningsregel i Art. L. 122-7, nr. 4, jf. *Lucas* (1994), § 512 og straks i det følgende. De ideelle rettigheder er uoverdragelige, jf. Art. L. 121-1, nr. 3, og har central betydning, jf. herom *Schmidt-Szalewsky* (1999), p. 696f.

I lovens andet kapitel findes regler for enkelte aftaler navnlig »*contracts d'édition*« (Art L.132-1 til L. 132-17) og »*contract de représentation*« (Art. L. 132-18 til 132-22).¹⁰³ »*Contracts d'édition*« (»forlagsaftaler«) betegner aftaler, som har til formål at sætte erhverver i stand til at foranstalte eksemplar fremstilling og efterfølgende spredning, jf. Art. L. 132-1 og nærmere bl.a. *Lucas* (1994) §§ 553ff. og *Bonnell m.fl.* (1997), p. 145. En »*contract de représentation*« tager sigte på fremførelsesrettigheder, jf. Art. L. 132-18 og *Lucas* (1994), §§ 608ff.

I Art. L. 122-7 findes en række fortolkningsregler og -principper, bl.a. at en aftale i form af en *contract de représentation* ikke indebærer beføjelser for erhverver svarende til en *contract d'édition* og vice versa (L. 122-7, nr. 2 og 3).¹⁰⁴ I nr. 4 findes en generel regel om *restriktiv fortolkning*: »*Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droit visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat.*«¹⁰⁵ Reglen i nr. 4 beskrives af *Lucas* (1994), § 512 som et generelt ophavsretligt princip. Se hertil også dommen fra Cour d'Appel de Versailles af 13.2.1992, D. 1993.402, hvortil *Edelman* i en Note (triumferende) konkluderer, at »... les tribunaux ont déduits des principes d'interprétation extrêmement favorables aux auteurs. Il faut s'en féliciter des lors que le droit d'auteur résiste victorieusement à la logique d'entreprise« (a.st., p. 404). Se nærmere om fortolkning hos *Schmidt-Szalewsky* (1999), p. 700.

USA

Nimmer, § 10.08, noterer, at fortolkningen af ophavsretsftaler følger de almindelige principper for aftalefortolkning: Fastlæggelsen af »*the intent of the contracting parties*«. ¹⁰⁶ *Nimmer* noterer dernæst, at man af disse almindelige principper dog kan

102. Reglen udgør også udgangspunktet for forlagsaftaler, jf. Art. 132-5.

103. I Art. L. 132-23 findes særregler om audiovisuelle aftaler (»*contract de production audiovisuelle*«).

104. I Art. L. 122-8 findes en regel om en umistelig ret til *droit de suite*.

105. I de specielle regler findes endvidere vigtige regler af betydning for fortolkning, f.eks. Art. L. 132-8, hvorefter en *contract d'édition* som udgangspunkt indebærer en eksklusiv overdragelse til erhverver og Art. L. 132-19, hvorefter det modsatte er udgangspunktet for *contracts de représentation*.

106. Regler om overdragelse m.v. findes i USOhl sec. 201, som fastslår princippet om ophavsrettens overdragelighed (d), »work for hire« (b). Endelig indeholder bestemmelsen i (c) en særlig (fortolknings)regel angående overdragelse af ophavs-

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

udlede en regel svarende til *koncipistreglen*, samt at man ved fortolkningen af en forlagsaftale generelt vil stramme fortolkningen under henvisning til forlagets forhandlingsstyrke i forhold til ophavsmanden. Med hensyn til *uklare* aftalevilkår angående medievalget anbefaler *Nimmer* imidlertid en dynamisk fortolkning baseret på en vurdering om, hvad der »... reasonably [may] be said to fall within the medium described in the license« (§ 10.10[B]).

4.1. Zweckübertragungsprincippet

Zweckübertragungsprincippet har siden 1965 været lovfæstet i TYOHL, § 31, stk. 5:

»Sind bei der Einräumung des Nutzungsrechts die Nutzungsarten, auf die sich das Recht erstrecken soll, nicht einzeln bezeichnet, so bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck.«
(min kursivering)

For *aftalefortolkning* indebærer Zweckübertragungsteorien, hvad der med en mundret – men ikke ganske præcis – formulering kan beskrives som en beskyttelse af ophavsmanden: »Im Zweifel also für den Urheber.«¹⁰⁷ Hvis det er uklart, om en beføjelse er overdraget, anses dette for ikke at være tilfældet. Som i dansk ret indebærer princippet som udgangspunkt intet forbud mod brede aftaler, blot de er udtrykkelige. Beskyttelsen består i, at reglen pålægger erhverver bevisbyrden for, at en given beføjelse er overdraget.¹⁰⁸ Reglen har således som væsentligt formål at hindre skjulte overdragelser. Af retspraksis fremgår imidlertid, at princippet undertiden er præceptivt i den forstand, at omfanget af rettighedsoverdragelsen må forstås i lyset af aftalens formål (»Zweck«), selvom aftalen entydigt tager sigte på en ubegrænset rettighedsovergang.¹⁰⁹ Det almindelige udgangspunkt er dog, at parterne frit kan aftale sig frem – *Vertragsfreiheit* – samt at Zweckübertragungsprincippet alene

rettigheder til indehaveren af retten til et samleværk (navnlig aviser), se herom *Nimmer*, § 10.10[B] og *Tasini-dommen* (Court of Appeals, second Circuit, 24.9.1999, No 97-9181 og 97-9650). I sec. 202 fastslås, at en aftale om overdragelse af en genstand ikke omfatter ophavsretten til genstanden, medmindre andet er udtrykkeligt aftalt.

107. *Liebrecht* (1983), p. 17.

108. *Reber* (1998), p. 793 og *Schricker* hos *Schricker* (1999) UrhG § 31/32 Rdn 34. Se også BGH dom af 27.9.1995, *Pauschale Rechteinräumung*, GRUR 1996.121.

109. Præceptiviteten viser sig navnlig i tilfælde, hvor aftalen vedrører »einer pauschal vereinbarten Rechteinräumung«. Herved forstås en *ubestemt* – både med hensyn til beføjelser og omfang – overdragelse, jf. BGH dom i GRUR 1974.786 (*Kassettenfilm*) og senest BGH dom af 27.9.1995, GRUR 1996.121 (*Pauschale Rechteinräumung*).

har konkret betydning for aftalefortolkningen.¹¹⁰ I ideologisk henseende har princippet en betydning, som rækker langt videre end til området for fortolkning. Det beskrives derfor ofte som et ophavsretligt *Leitprinzip*.¹¹¹

Æren af at have formuleret Zweckübertragungsprincippet klart første gang tilskrives Wenzel Goldbaum, »Urheberrecht und Urhebervertragsrecht« (Berlin 1922, 3. udg. 1961). Se fra tidligere praksis bl.a. BGH dom af 21.11.1958, *Heiligenhof*, GRUR 1959.200 m. komm. af Pfennig. En fylldig redegørelse for den historiske udvikling giver Schweyer (1982). Se også Ulmer (1960), p. 289ff., hvis ofte citerede formulering dannede grundlag for lovgivelsen: »Der Umfang, in dem der Urheber über die Nutzungsrechte verfügt, hängt vom Vertrag und seiner Auslegung ab. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, daß der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck der Verfügung erfordert. Das Urheberrecht hat gleichsam die Tendenz, so weit als möglich beim Urheber zurückzubleiben.« (p. 292, min kursivering)

Zweckübertragungsreglen er den centrale bestemmelse i, hvad Dietz kalder Urhebervertragsrettens *almindelige del*.¹¹² Bestemmelsen suppleres og præciseres i den forbindelse – som den danske specialitetsgrundsætning – af en række særregler i TYOhl, bl.a. det principielle forbud mod overdragelse af ophavsretten (»Rechtsübertragung«) ved *inter vivos* dispositioner (§ 29¹¹³), § 31, stk. 4 (lige nedenfor i petit), § 36 (»Bestsellerparagraph«), forbudet mod erhververs ændringer (§ 39), kravet om skriftlighed i forbindelse med overdragelse af fremtidige værker (§ 40) og reglerne om en tilbagefaldsret til fordel for ophavsmanden (§§ 41 og 42).¹¹⁴ Ved siden af den almindelige Urhebervertragsrecht findes den *specielle del*, hvor de almindelige principper udmøntes mere detaljeret. Den traditionelle, centrale lov er her *Gesetz über das Verlagsrecht* af 1901. For den kollektive immaterialret findes vigtige principper i *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz* fra 1965.¹¹⁵

110. Især Ulmer (1980), p. 386 (og nærmere nedenfor) og fra praksis BGH dom af 18.2.1982, *Honorarbedingungen: Sendevertrag*, GRUR 1984.45 og herom nedenfor, hvor også AGB § 9 omtales.

111. Götting (1995), p. 72 og Schack (1997), Rdn 958 og 970.

112. Dietz (1995), f.eks. p. 28 og nærmere om terminologiske spørgsmål Dietz (1984).

113. Rammerne for overdragelse af ophavsret findes i TYOhl §§ 31 og 32 (»Einräumung von Nutzungsrechten«). Herefter er fuldstændige eller partielle, eksklusive eller simple, territorialt, tidsmæssigt eller indholdsmæssigt begrænsede udnyttelsesrettigheder (Nutzungsrechte) mulige. Se generelt om systemet Schricker hos Schricker (1999) UrhG §§ 31/32, Rdn. 1ff.

114. Nærmere Götting (1995), p. 72.

115. Se generelt om WahrnG med særligt henblik på de konkurrenceretlige spørgsmål hos Schovsbo (1996a), p. 63ff. m. henv. Loven har stor principiel betydning

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

I TYOHL § 31, stk. 4, findes en regel af tilsyneladende stor betydning for fortolkningen:

»Die Einräumung von Nutzungsrechten für *noch nicht bekannte Nutzungsarten* sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam« (min kursivering).

I praksis er stk. 4 dog ikke så vigtig, som man umiddelbart skulle tro. Afgørende er således, hvorvidt der foreligger en *ny* »Nutzungsart«, idet en sådan – i modsætning til blot en ændret udformning af en eksisterende – ikke anses for omfattet af overdragelsen. Den tyske højesteret har i den forbindelse anlagt en ganske liberal og erhvervsvenlig bedømmelse og har således ikke været så tilbøjelig til at fastslå eksistensen af en ny art, jf. dom af 4.7.1996, *Klimbim*, GRUR 1997.215, hvor BGH ikke fandt, at satellitudsendelse udgjorde en ny udnyttelsesform i forhold til traditionel netbaseret tv-udsendelse. Se for en skarp kritik af dommen hos bl.a. *Reber* (1998), som påpeger en række generelle vanskeligheder med den brede fortolkning af § 31, stk. 4, i relation til de nye udnyttelsesformer – bl.a. CD-rom, DVD og digitalt tv. Fra Østrig (hvor der gælder en regel svarende til TYOHL § 31, stk. 4) bemærkes i denne forbindelse dommen fra Oberste Gerichtshof af 12.8.1998, *Wiener Gruppe*, GRUR Int. 1999.360, hvor udnyttelse på Internet og CD-rom fandtes at udgøre en »ny« udnyttelse i forhold til en fuldstændig overdragelse i en forlagsaftale. Bestsellerreglen i TYOHL § 36 har heller ingen videre praktisk betydning på trods af sin vidtgående formulering, jf. herved *Junker* (1999), p. 79f.

Zweckübertragungsprinzipet som almindeligt immaterialretligt princip

Zweckübertragungsprinzipet er – som det er fremgået – udviklet i relation til ophavsretten. Også i *patentretten* opererede man imidlertid ganske tidligt med et fortolkningsprincip, som ofte ledte til samme resultat, som det ophavsretlige. Begrundelsen herfor – »erfaringen« – var imidlertid ganske rudimentær.¹¹⁶ Spørgsmålet om egentlig udvidelse af Zweckübertragungsprinzipet var temaet for *Merkel* (1974).¹¹⁷

også for den individuelle ophavsret, idet de argumenter, som blev fremført i forbindelse med lovens fremsættelse, genfindes i den aktuelle diskussion i relation til den »individuelle« ophavsret. Se nærmere især *Haensel* (1965), som analyserede forslaget til WahrnG på baggrund af den *social-statlige betragtning*, der af *Dietz* (1995) fremhæves som konklusionen på den nye diskussion (straks nedenfor). *Haensel* fremhævede som begrundelse for en regulering – og for den grundlæggende accept af kollektive forvaltningsselskaber – bl.a. behovet for at beskytte ophavsmanden i forhold til selskabet (å la forbrugerbeskyttelse, a.st., p. 143) samt ønsket om at sikre, at ophavsmanden i kraft af den kollektive forvaltning kan realisere sin ophavsretlige belønning (a.st., p. 141).

116. Se navnlig *Liudecke* hos *Liudecke/Fischer* (1953), Vorbem 10 og 23. Erfaringen fremhævedes dog også af *Ulmer* (1960), p. 292 ved formuleringen af det ophavsretlige princip, jf. ovenfor.

117. Men tanken om en overførsel til det patentretlige område af Zweckübertragungs-læren havde tidligere været fremsat af navnlig *Nirk* hos *Klauer/Möhring* (1971), *PatG* § 9 Rdn 9. Samme tanker blev i midten af 1970-erne fremsat i relation til immaterialretsbeslægtede områder – navnlig *know how-aftaler* – se nærmere hos *Liebrecht* (1983), p. 29.

Merkel argumenterede for en almindelig anvendelse af Zweckübertragungslæren også inden for patentretten (og de øvrige industrielle rettigheder). Merkel påpegede vel, at princippet i ophavsretten var begrundet både i økonomiske hensyn og i personlighedsretlige, men fandt at begge hensyn gjorde sig gældende ligefuldt i relation til patentretten: Både »opfindelser« og »værker« er *Geistgüter*.¹¹⁸ Samme tema blev drøftet af Liebrecht (1983), som påpegede, at der i den patentretlige »erfaringssætning«, hvorefter patenthaver vil afgive så lidt som muligt, reelt lå en almindelig anerkendelse af Zweckübertragungsprincippet.¹¹⁹

Zweckübertragungsprincippet almindelige anvendelsesområde antages nu uden tøven. Fra retspraksis bemærkes især den tyske højesterets dom af 27.9.1995 (*Pauschale Rechtseinräumung*), GRUR 1996.121, hvor den tyske højesteret henviste til: »... der allgemeinen Zweckübertragungslehre, die in § 31 Abs. 5 UrhG ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat ...« (a.st., p. 122, kursiveret her). Fra seneste retspraksis ses BGH dom af 24.11.1998 (*Deckelfaß*), GRUR 1999.566, vedr. patentret. I denne henviste den tyske højesteret dog ikke til Zweckübertragungsprincippet, men henholdt sig til BGB §§ 133 og 157 (nærmere herom i det følgende) og anlagde på den baggrund udtrykkeligt en udvidende fortolkningsstil (»ergänzende Vertragsauslegung«). Heri ligger dog ingen afvisning af Zweckübertragungsprincippet almene betydning for patentretten, jf. således Mayer-Maly i *Münchener Kommentar BGB* § 157 Rdn 24-28 om forholdet mellem læren om »ergänzende Vertragsauslegung« og deklaratorisk ret, og fra ophavsretlig praksis – hvor Zweckübertragungsprincippet jo er aldeles klart – BGH dom af 17.12.1998 (*Hunger und Durst*), GRUR 1999.579, hvor den tyske højesteret ligeledes anlagde en »udvidende« fortolkningsstil.

Se om patentretten: Ullmann hos Benkard (1993) PatG § 15 Rdn. 13: »... der in Immaterialgüterrecht allgemein geltende Zweckübertragungsgrundsatz« og nærmere om fortolkning af licensaftaler især Rdn 66ff., f.eks. Rdn 67: »... Im Zweifel [ist] die Bestellung eines Nutzungsrechts und nicht die Vollübertragung gewollt – Zweckübertragungsgrundsatz«. Se også Bernhardt/Kraßer (1986), især p. 699ff. og Stumpf/Groß (1998), Rdn 44.

For brugsmodelretten (Gebrauchmustergesetz) findes i GbmG §22 en regel svarende til PatG § 15, se herom f.eks. Bühring (1997) GbmG § 22, der dog ikke berører aftalefortolkning nærmere. Det forekommer dog rimeligt at antage, at principperne for brugsmodelretten i vid udstrækning stemmer overens med de patentretlige regler.

Mønsterretten (Geschmackmustergesetz): Eichmann hos Eichmann/von Falkenstein (1997) GeschmG § 3 Rdn 6 og 19 og Nirk/Kurtze (1997) GeschmG § 3, især Rdn 13-14.

For varemærkeretten findes der nu regler om licens i MarknG § 30. Se herom Klaka hos Althammer/Ströbele/Klaka (1997) MarknG § 15, der i Rdn 22 henviser til bl.a. Ullmann hos Benkard (1993) PatG § 15 Rdn. 33-136. Ullmann henviser vel ikke udtrykkeligt til Zweckübertragungslæren i de nævnte Rdn (se dog Rdn 66), men som sagt lige ovenfor antager Ullmann utvetydigt i Rdn 13, at læren er almindelig. Der er såle-

118. Merkel (1974), bl.a. p. 111f. og 114ff.

119. Liebrecht (1983), p. 28 med henvisninger. A.st., p. 29, anføres som yderligere argument, at en sådan udvidelse ville stemme godt overens med ønsket om at styrke patenthavers position. I lyset af Liebrechts redegørelse for Zweckübertragungsprincippets ophavsretlige forankring i den traditionelle opfattelse, se ovenfor, kan det godt undre, at Liebrecht så ubesværet antager princippet almindelig anvendelse.

des intet, som tyder på, at *Klaka* ikke skulle anse princippet for gældende også i relation til varemærkeretten. Se om klassisk tysk varemærkeret, hvor andre forhold gjorde sig gældende, herunder en mere begrænset – navnlig ikke tinglig virkende – adgang til overdragelse, hos *Baumbach/Hefermehl* (1985) WzG Anh § 8 Rdn 1ff.

4.1.1. Zweckübertragungsprincippet

og de almindelige fortolkningsregler i BGB og AGB-Gesetz

De almindelige fortolkningsregler findes i BGB: § 133 angående »Auslegung einer Willenserklärung« og § 157 vedrørende »Auslegung einer Verträge«. Ved fortolkningen af viljeserklæringen følger af § 133, at fortolkeren skal søge »... der wirkliche Wille ... und nicht dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks ...«. I følge § 157 »[sind] Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«.

Den tyske fortolkningslære beskrives gerne som udtryk for en objektiviseret (viljesorienteret) fortolkningsstil.¹²⁰ Afgørende ved fortolkningen i henhold til § 133 er viljeserklæringens objektive/almindelige indhold.¹²¹ En yderligere – væsentlig – objektivisering følger af § 157.¹²² Systemet i BGB er, at disse to regler tager sigte på at fastlægge den retsstiftende fællesvilje (*Wollen*). Efter at have fastlagt indholdet af parternes forpligtelse sætter bedømmelsen af retsfølgen ind (*Sollen*). Den grundlæggende norm er her § 242: »Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«

Som det fremgår, er sigtet for § 133 videre end § 157. § 133 omfatter også viljeserklæringer, som ikke er aftaler (Verträge), hvorimod § 157 kun omfatter viljeserklæringer i form af aftaler. På den anden side finder princippet i § 133 også anvendelse for aftaler, som dermed er omfattet af både den almindelige regel (§ 133) og den specielle (§ 157). Det er imidlertid et gennemgående træk i teorien ved beskrivelsen af forholdet mellem § 133 og § 157 (§ 242), at anvendelsesområderne ikke lader sig adskille.¹²³ Der synes endvidere at være enighed om, at Treu und Glauben-normen så at sige har overtaget styringen, således at princippet om Treu und Glauben fremstår som fællesnævner.¹²⁴ Udviklingen i rets

120. Mayer-Mally, i *Münchener Kommentar*, BGB § 133 Rdn 10.

121. Nærmere *Fikentscher* (1997), Rdn 125ff.

122. *Kötz* (1994), p. 222.

123. *Kötz* (1994), p. 238 og *Zweigert & Kötz* (1998), p. 150.

124. Se *Medicus* (1998) I, § 16. Men se også *Mayer-Mally* i *Münchener Kommentar*, BGB § 133 Rdn 19 og 20, der fremhæver, at de to bestemmelser i relation til aftaler flyder sammen, og i relation til § 157 (Rdn 2) bemærker, at § 157-bedømmelsen indebærer »eine Überprüfung« af konklusionerne på baggrund af § 133. Det er

praksis samt i teorien har således ført til, at den principielle forskel mellem Wollen (fortolkningen af partsviljen) og Sollen (bedømmelsen af aftalens resultat) ikke længere kan opretholdes. Som i dansk ret opløses aftalens enkelte stadier i en helhedsbedømmelse af aftalesituationen. Medvirkende i denne forbindelse er også *AGB-Gesetz* (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen af 9.12.1976), der for *standardaftalers*¹²⁵ vedkommende opstiller en række særlige fortolkningsnormer bl.a. om »Überraschenden Klauseln« (§ 3) og kodificerer uklarhedsreglen (§ 5). Lovens centrale bestemmelse og generalklausul findes i § 9: »Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen«. Wolf fremhæver betydningen af TyOhl § 31, stk. 5, og Verlagsgesetz for bedømmelsen i henhold til § 9,¹²⁶ men i praksis har AGB-loven vist sig ikke at have videre betydning for det ophavsretlige område. Den tyske højesteret afviste således i en dom fra 1982 at foretage en almindelig indholdsmæssig vurdering af aftaler på det ophavsretlige område via AGB-loven. Begrundelsen var navnlig, at området for ophavsretsftaler på grund af den (allerede da) længe annoncerede speciallovgivning af lovgiver måtte anses for overladt til parternes egen råden: »Es besteht ... eine nahezu unbegrenzte Vertragsfreiheit.«¹²⁷

således i relation til § 157, at de almindelige fortolkningsregler – koncipistreglen, aftalehelheden, deklaratorisk ret osv. – og principper for udfyldning (i tilfælde af Vertragslücken) sætter ind, jf. *Mayer-Maly*, a.st., § 157 Rdn 2-48.

125. Lovens anvendelsesområde fastlægges i § 1, som i uddrag lyder: »(1) Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die einen Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt.« Uden for lovens område falder bl.a. og navnlig arbejdsretlige aftaler, jf. AGBG § 23. § 23 omfatter dog ikke aftaler indgået af »frie« kunstnere – forlagsaftaler o.lign. – som derfor falder inden for AGBs almindelige område, jf. nærmere Wolf hos Wolf/Horn/Lindacher (1999) AGBG § 9 Rdn U22 (og U23 ang. forvaltningsaftaler, hvor særlige forhold gør sig gældende).
126. Wolf hos Wolf/Horn/Lindacher (1999) AGBG § 9 Rdn U24: »Auch wenn diese Vorschriften ... nur als Auslegungsregeln ausgestalten sind, so kommt ihnen doch gesetzliche Leitbildfunktion für die Inhaltskontrolle nach § 9 II Nr. 1 [wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung] zu. Dies gilt um so mehr, wenn man die Schutzfunktion des Urheberrechts in den Vordergrund rückt.«
127. BGH dom af 18.2.1982, *Honorarbedingungen: Sendevertrag*, GRUR 1984.45, p. 48. Se om betydningen heraf hos Dietz (1995), p. 30. AGB-loven blev af Ulmer (1980), p. 385, anset som betydningsfuld for det ophavsretlige område. Se nærmere om

De almindelige regler i BGB og AGB giver således gode muligheder for beskyttelse og kontrol i forbindelse med både aftalefortolkning og vurdering af retsfølgende. Der er imidlertid enighed i den ophavsretlige litteratur om, at den almindelige beskyttelse er for snæver og upræcis til at efterkomme de særlige behov, som findes på det ophavsretlige område. *Schweyer* fremhæver som *Zweckübertragungsgrundsætningens* væsentligste betydning, at den muliggør inddragelsen af et formål, som utvivlsomt ikke har været omfattet af partsviljen, men som knytter sig til aftalens erhvervsmæssige formål.¹²⁸ *Genthe* fremhæver princippet særlige karakter af beskyttelse af ophavsmanden i lyset af de almindelige princippers partsneutralitet.¹²⁹ *Junker* fremhæver, at princippet styrke består i typeantagelsen om ophavsmandens beskyttelse, hvilken antagelse udmønter sig i, at bevisbyrden for, at en rettighed er overladt, påhviler erhverver.¹³⁰

4.1.2. *Zweckübertragungsprincippet og perspektivforskydningen*

Begrundelsen for en særlig ophavsretlig fortolkningsregel er også i tysk ret dobbelt: Hensynet til *ophavsmandens økonomiske kontrol* (belønnings-tanken) og til den særlige *personlighedsretlige/ideelle* forbindelse mellem ophavsmanden og hans værk.¹³¹ Begge hensyn taler for en regel, som sikrer ophavsmanden den bedst mulige kontrol med værksudnyttelsen. I kombination tilsiger de endvidere, at beskyttelsen er af særlig art. Heraf følger både et krav om en særlig stærk beskyttelse samt en beskyttelse, som er særlig målrettet, og som dermed ikke kan udledes af de almindelige fortolkningsregler i BGB.

Den centrale iagttagelse på dette sted angår udviklingen i den retsvidenskabelige teori vedrørende begrundelsen for de ophavsretlige regler og diskussionen af den rette gennemførelse af målsætningen. Der har således siden begyndelsen af 1970-erne (se om *Ulmers* arbejder lige nedenfor) fundet en *perspektivforskydning* sted, som svarer til den danske: Argumentationen for særlige regler er blevet stadig mere intens, idet begrundelsen for reguleringen i stigende grad støttes på *styrkeforholdet* mellem ophavsmand og erhverver. Hensynet bag den ophavsretlige be-

AGB og ophavsretten hos især *Junker* (1999), p. 82. Se også *Schack* (1997), især §§ 958-961 og 970 og *Reber* (1998), p. 798.

128. *Schweyer* (1982), bl.a. p. 6f. og 116f.

129. *Genthe* (1981), p. 86. Samme forhold fremhæves af *Liebrecht* (1983), p. 22.

130. *Junker* (1999), p. 81.

131. Se om den tyske monistiske opfattelse ovenfor 1.1.

grundelse for særlige fortolkningsregler forskydes, således at de økonomiske hensyn betones på bekostning af de ideelle. I praktisk, retlig henseende bliver det derved vanskeligere at se, hvori det særlige ved det ophavsretlige består. Også den almindelige aftaleretlige regulering via især reglerne om Treu und Glauben har beskyttelsen af den svage aftalepart som et centralt moment. Trådene samles i tysk ret i debatten angående en *Urhebervertragsrecht* (og *-gesetz*). Baggrunden for debatten er af Dietz formuleret således:

»War es also zu Beginn des Urheberrechtsschutzes im 18. Jahrhundert der philosophisch-rechtstheoretische Gedanke der Zuordnung des Werks zu seinem Urheber im Sinne des Eigentums – propriété sacrée, aber eben doch Eigentum – und war es bei der Ausgestaltung des modernen Urheberrechts der Gedanke des Schutzes der persönlichen Interessen des Urhebers als des geistigen Vaters seines geistigen Kindes, des Werks, so geht es heute vordergründig eher um die Frage, welche wirtschaftliche Bedeutung das Urheberrecht im Rahmen der sogenannten 'copyright industries' insgesamt für die Volkswirtschaft hat.«¹³²

Perspektivforskydningen træder også klart frem i Ulmers arbejder. Ulmer betonedes i 2. udgave af »Urheber- und Verlagsrecht« (Ulmer (1960), p. 289ff.) både de materielle og de ideelle personlighedsretlige hensyn, som betydningsfulde for bedømmelsen af ophavsretsaf-talen, idet navnlig sidstnævnte hensyn fremhævedes, jf. f.eks. beskrivelse p. 290, af hvorledes »fortryllesen« mellem ophavsmand og værk på grund af sin personlige karakter består også efter overdragelsen: »Die abgeleiteten Rechte verbleiben ... im Banne des Urhebers.«¹³³ I en række afhandlinger fra 1970-erne (Ulmer (1972), (1975) og (1977b) og – især – (1977a): »Gutachten zum Urhebervertragsrecht – insbesondere zum Recht der Sende-verträge«) beskrev Ulmer imidlertid, hvorledes udviklingen i aftalepraksis nødvendiggjorde en særlig beskyttelse, som udsprang både af ansættelsesforholdene inden for branchen, samt af de muligheder for udnyttelse af værket, som lå i mediet.¹³⁴ I 3. udgaven af »Urheber- und Verlagsrecht« (Ulmer (1980), p. 383ff.) fremhævedes på den baggrund som det særlige for ophavsretlige aftaler i almindelighed beskyttelsen af ophavsmanden i dennes egenskab af den svage kontraktspart: »Im Urhebervertragsrecht liegt es dabei so, daß jedenfalls typischerweise die Urheber die schwächeren, die Verwerter die stärkere Vertragspartner sind« (p.

132. Dietz (1988), p. 202-203. Min kursivering. Fodnote udeladt.

133. Ligeledes Liebrecht, som i sin monografi om emnet fra 1983 fremhævede, at Zweckübertragungsreglen er udslag af det traditionelle tyske (kontinentaleuropæiske) udgangspunkt i ophavsmandens *person* (i modsætning til det angloamerikanske udgangspunkt i værket). P. 22 sammenfattes: »Vordringliches Ziel des Zweckübertragungsprinzips ist die Gewährleistung eines besonderen, speziell auf die Interessen des Werkschöpfers Rücksicht nehmenden Urheberschutzes.« Se også, a.st., p. 17, hvor beskyttelsen af ophavsmandens *person* angives som ophavsrettens Schutzzweck, hvoraf alle lovens principper lader sig deducere.

134. Se tilsvarende for 1990-erne især Reber (1998).

Kap. 7. Overdragelse af immaterialrettigheder ...

386). I disse tilfælde må retsordnen tilvejebringe grundlaget for, at udgangspunktet om *Vertragsfreiheit* kan råde (a.st. og p. 364f.). Det fremholdes dog samtidig, at styrkeforholdet undertiden er anderledes, navnlig i forbindelse med kollektiviseringen i kraft af forvaltningsselskaberne (GEMA, jf. a.st., p. 386ff. og 406ff. (»Wahrnehmungsverträge«)).

Ulmer (1980) fremhævede, hvorledes måden, hvorpå aftaler indgås (bl.a. standard-aftaler, a.st., p. 385), fører til et behov for en særlig beskyttelse, som altså ikke knytter sig til ophavsrettens personlighedsretlige præg, men til *kontraktssituationen* (forskellen i styrke og ensidigt formulerede aftalevilkår). Samme tendens gør sig gældende for udviklingen i *værkslæren*. Ulmers modifikation i 2. udg., p. 290 fsva. »die kleine Münze des Urheberrechts« og andre værker uden den store personlige karakter dækker således store dele af den *moderne* ophavsret. Dette har for tysk ret været særlig tydeligt for *edb-programmer*, som indtil gennemførelsen i tysk ret i 1993 af edb-direktivet kun i begrænset omfang ansås for værdige til ophavsretlig beskyttelse.¹³⁵ For tysk ret indebar edb-direktivet (og database- og beskyttelsestidsdirektivet) en sænkning af de traditionelle krav og dermed en udvidelse af beskyttelsesområdet. På mere overordnet niveau indebar sænkningen en tilnærmelse til den *anglo-amerikanske* tradition og dermed en betoning af ophavsrettens betydning for *investerings- og producentinteresser*. Hertil og som følge heraf kom en række til dels direktivfødte specialbestemmelser å la den danske Ohl om bl.a. ansattes forhold, reverse engineering og sikkerhedskopiering (jf. TYOhl, §§ 69a-69g), som påvirker både kontraheringens indhold og den ophavsretlige bedømmelse.¹³⁶

4.1.2.1. »Urhebervertragsrecht«

På baggrund af den langvarige og til dels ganske detaljerede tradition i tysk ret for en særlig ophavsretlig kontrakts- og fortolkningslære kan det næppe undre, at der gennem tiderne er blevet fremsat flere forslag om formuleringen af en særlig, almindelig lov vedrørende ophavsretsaf-

135. BGH dom af 9.5.1985, *Collection Program*, IIC 1986.681, hvorefter edb-programmer efter deres art falder inden for ophavsrettens område, men hvor beskyttelsen blev begrænset til programmer, der opfyldte visse kvalitative krav: »The know-how of the average programmer, the mere craftsmanship, the mechanical/technical linking and assembly, do not fall within the subject matter of copyright« (a.st., p. 688). Formuleringen af originalitetskravet i edb-direktivet (91/250/EØF, art. 1, stk. 3), databasedirektivet (96/9/EF, art. 3, stk. 1) og beskyttelsestidsdirektivet (93/98/EØF, art. 6 – ang. fotografier) havde bl.a. til formål at sænke de krav, som derved var opstillet, jf. herved BGH dom af 14.7.1993, *Buchhaltungsprogramme*, IIC 1995.127 (komm. Lehmann, a.st., p. 133f.), hvorefter dette også er blevet resultatet. Se om de lignende problemer mht. *databaser* hos Moufang (1995) og Lehmann (1998), p. 780f. og 792f. og om betydningen for tysk ophavsret generelt af EU-originalitetskravet hos Lehmann, IIC 1995.133f og Schricker (1995).

136. Se også Lehmann (1993), p. 1822f. Lehmann fremhæver bl.a., at udvidelsen af beskyttelsesområdet til »kleine Münze« indebar, at den ophavsretlige ideologi, som ligger til grund for reglerne i TYOhl om overdragelse, mister i relevans. På den baggrund proklamerede Lehmann i 1993 en ny »Lizenzkultur«.

taler: *Urhebervertragsgesetz*. En sådan lov blev endog annonceret af lovgiver i forbindelse med reformen af den tyske ophavsret, der udmøntede sig i den nugældende lov, som stammer fra 1965.¹³⁷ Baggrunden for tiltagene har, som det er fremgået, været opfattelsen af, at hverken de traditionelle fortolkningsregler (BGB §§ 133 og 157) eller de øvrige almindelige specialregler – navnlig AGB og den almindelige konkurrenceret – på en adækvat måde tilgodeser det særlige beskyttelsesbehov i forbindelse med ophavsretsoverdragelser. Initiativerne har (endnu) ikke ført til konkrete resultater,¹³⁸ men i den retspolitiske diskussion og ophavsretlige teori har begrebet *Urhebervertragsrecht* (UrhVR) efterhånden opnået en nogenlunde entydig betydning.¹³⁹

Som baggrund for sit forslag anfører Nordemann (1991), p. 1, bl.a. tendensen i EU-ophavsretten i retning af en øget *producentorientering* samt udviklingen på markedet for udnyttelse af ophavsrettigheder, som bl.a. er præget af *koncentrationer* i erhververledet. Disse (vertikale) koncentrationer (Medienkonzerne) medfører bl.a., at erhverver ofte vil kunne foranstalte en langt bredere vifte af udnyttelser end tidligere (f.eks. er bogudgivelse og filmatisering undertiden samlet i samme koncern). Herved opstår – fremhæver Nordemann – et særligt behov for at beskytte ophavsmanden (a.st., p. 2). Se også Schack (1997), hhv. Rdn 949f. og 970, der ligeledes betoner bl.a. koncentrationerne på erhververside. Tilsvarende Junker (1999), p. 81ff.

Drøftelserne inden for rubrikken *Urhebervertragsrecht* udspringer af det, som der i denne afhandling kaldes *statusorienteringen* og den deraf følgende perspektivforskydning i både ophavs- og kontraktsretten. Centralt i denne forbindelse står Dietzs afhandling fra 1995: »Der Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung«.

Som program for en adækvat Urhebervertragsrecht angiver Dietz opstillingen af en »*mehrdimensionalen Ansatz*« til løsning af ophavsrettens kontraktsproblemer,¹⁴⁰ dvs. etableringen af de retlige rammer for ud-

137. Leinemann (1998), p. 160 m.henvs.

138. Se om den seneste diskussion af en Urhebervertragsrecht hos Reber (1998), p. 798 og Junker (1999), p. 89f., begge med omtale af diskussionen i 1997 på baggrund af et forslag fra Max-Planck-Institutet i München. Se også Leinemann (1998), p. 160f., der på baggrund af en »socialstatslig« diskussion af den tyske ophavsret anser adækvate overdragelsesregler som helt afgørende for at sikre ophavsrettens korrekte afbalancering.

139. Urhebervertragsrecht defineres hos Ulmer (1980), p. 383, som »... die Verträge, die über die Einräumung von Nutzungsrechten an urheberrechtlich geschützten Werken geschlossen werden«. Se også Schack (1997), især § 29, hvis lærebog i ophavsret bærer titlen »Urheber- und Urhebervertragsrecht«. En god oversigt over diskussionen giver Junker (1999).

140. Dietz (1995).

øvelsen af åndelig virksomhed, som tilgodeser både ophavsmandens interesse, de sociale hensyn (underbringelsen af kunstnere) og ophavsretsindustrien.¹⁴¹ Dietz noterer som udgangspunkt for drøftelserne, at udviklingen i ophavsretten – værkslæren (navnlig edb og databaser) og udnyttelsen (bl.a. kollektiviseringen) – kræver en fokusering på ophavsmandens status som den typisk svage aftalepart. Dietz påviser dernæst, hvorledes denne udvidelse er parallel med udviklingen i den *almindelige kontraktsret* – socialstatstanken – som den har vist sig bl.a. i Bundesverfassungsgerichts afgørelse af 19.10.1993, hvorved det blev fastslået, at der på baggrund af den tyske forfatning påhviler domstolene en »Pflicht zu Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind«. ¹⁴² Dietz påpeger, at denne udvikling til dels strider mod den traditionelle tyske (og nordiske) *ophavsretlige ideologi*, som er centreret om den personlige tilknytning mellem værk og skaber og individuel kontrahering.¹⁴³ Denne ideologi er – som sagt ovenfor, 2.3 – også den traditionelle kontraktsrets: *Freedom of Contract*. Dietz sammenfatter udviklingen og diskussionen således: »Das [Urheberverlagsrecht] ist, mit anderen Worten, ein Ergebnis des *modernen Socialstaatsgedanken*.«¹⁴⁴ Flere forfattere noterer i samme forbindelse, hvorledes Urhebervertragsretten indgår i samme bevægelse som forbrugerretten, lejeretten og arbejdsretten, som ligeledes har beskyttelsen af den svage aftalepart som det centrale tema.¹⁴⁵

Baggrunden for den tyske diskussion og motiveringen for en særlig Urhebervertragsgesetz er en opfattelse af, at retsbeskyttelsen af ophavsmanden i overdragelsestilfælde i dag er for svag. Årsagen til dette er bl.a., at forskellen mellem ophavsmand og erhverver i henseende til deres indbyrdes styrke er forøget i takt med udviklingen på *erhververside*. Ophavsmandens typiske medkontrahent er blevet stærkere i takt med diverse fusioner inden for mediebranchen og med de tekniske muligheder. Som modtræk til denne af markedet og de tekniske vilkår hidførte styrkeforøgelse bør ophavsmandens styrke forøges tilsvarende via *retsregler*. Særlige regler om ophavsretsaftalers fortolkning og gyldighed

141. Dietz (1988), p. 209ff. Tilsvarende Dreier (1993), p. 136.

142. NJW 1994.36, jf. Dietz (1995), p. 10.

143. Dietz (1995), p. 10. Tilsvarende Leinemann (1998), p. 16.

144. Dietz (1995), p. 13. Se generelt om socialstatsprincippet og privatretten hos Neuner (1999), især p. 237 og 274ff. (beskyttelsen af den svage aftalepart) og om »Die Sozialbindung des 'geistigen Eigentums'« hos Leinemann (1998), især p. 35.

145. Junker (1999), p. 73.

skal skabe den ligevægt, som er forudsætningen for en reel *aftalefrihed*. Aftalefrihed gennem regulering og ikke fra regulering er grundsynspunktet:

»Im rauchen Klima einer Medienlandschaft, die durch eine Kommerzialisierung von Urheberrechten in einem bisher nicht gekannten Ausmaß gekennzeichnet ist, erscheinen romantische Verklärungen deplaciert. Die Spitzweg-Idylle des Künstlergenies, von dem sich das Urheberrecht lange seiten ließ, wird zur Karikatur.«,¹⁴⁶

Med hensyn til reglernes nærmere indhold har industrialiseringen og kommerialiseringen i henseende til genstanden for ophavsretten og udnyttelsesformerne m.v. medført et behov for etableringen af en *ophavsretlig forståelsesramme*, som er tilpasset de ændrede forhold. Som det centrale hensyn ved formuleringen af den nye ramme for de ophavsretlige kontraktregler opstiller bl.a. *Lehmann* og *Schricker* spørgsmålet, om den pågældende aftalebegrænsning er egnet til at sikre, at *ophavsmanden kan høste frugterne af sit arbejde*.¹⁴⁷ Henvisningen til ophavsmandens adgang til at høste, hvad han har sået, er vel traditionel,¹⁴⁸ men læst over udviklingen, som den er gengivet lige ovenfor, indebærer betoningen af belønningen en yderligere nedtoning af de traditionelle personlighedsretlige (ideelle) betragtninger. Belønningslæren viser tilbage til den *samfundsmæssige begrundelse* for ophavsretten, hvilket ikke nødvendigvis er en favorisering af ophavsmanden på bekostning af erhverver.

4.1.3. Diskussion: Tysk ret og belønningsprincippet

Redegørelsen ovenfor af diskussionen i tysk ophavsret af Zweckübertragungsgrundsætningen viser to klare tendenser: En bevægelse i retning af en *styrkelse* af ophavsmandens beskyttelse i overdragelsessituationen og – og *samtidig* hermed – en *nedtoning* af den traditionelle ophavsretlige argumentation som begrundelse for denne beskyttelse. Når disse to samtidige tendenser ikke modsiger hinanden, skyldes det, at ophavsret-

146. *Götting* (1995), p. 59.

147. *Schricker* hos *Schricker* (1987) *UrhG* § 31/32, Rdn. 32: »...die Zweckübertragungstheorie soll letzten Endes zur praktischen Verwirklichung des Postulats einer möglichst weitgehenden Beteiligung des Urhebers an den wirtschaftlichen Früchten der Werwertung seines Werkes beitragen«. Tilsvarende f.eks. *Lehmann* (1995), p. 568 og *Junker* (1999), p. 83f. og 91f. Se også *Beier* (1998), p. 187, som fremhæver belønningsprincippets almene betydning for immaterialretten som et Leitmotiv.

148. *Merkel* (1974), p. 40.

ten og kontraktsretten indgår i den samme generelle strømning: *Statusorienteringen*, som udmønter sig i en nedtoning af de subjektive forhold i form af en *objektivering* og en betoning af de *samfundsmæssige hensyn*, som er knyttet til ophavsretssystemet som sådant ved fortolkningen af aftaler. Inddragelsen af samfundsrelationen betyder, at fastlæggelsen af parternes forpligtelser må inddrage aftalens generelle aspekter. Referencpunktet er, at ophavsmanden skal have mulighed for at realisere den gevinst – *belønning* – som det fra samfundets side har været meningen med ophavsretssystemet, at han – og ikke erhverver – skulle opnå. Dette forudsætter ikke nødvendigvis, at aftaler om overdragelse fortolkes indskrænkende i henseende til erhververs udnyttelsesbeføjelser, men navnlig, at *ophavsmanden sikres sin andel af vederlæggelsen for den stedfundne udnyttelse*. Udviklingen i den ophavsretlige argumentation har således ført til et i ophavsretlig henseende værdineutralt Zweckübertragungsprincip, som i nogle situationer bør indebære, at fortolkningen er til gunst for erhverver.

Når man først har erkendt, at behovet for beskyttelse ikke i første række knytter sig til ophavsmandens ideelretlige forhold, men til hans *status* i det konkrete aftaleforhold, samt at den primære opgave består i at fordele den ophavsretlige belønning mellem aftaleparterne, falder også opfattelsen af beskyttelsesbehovet som et for ophavsretten – i modsætning til f.eks. patentretten – særligt. Zweckübertragungsgrundsætningen opfattes da også som en almen, immaterialretlig norm.

Belønningslæren udtømmer på ingen måde diskussionen om ophavsrettens (immaterialrettens) begrundelse og legitimation og yder kun begrænset vejledning for den konkrete retsanvendelse. For den *ophavsretlige* diskussion illustrerer den centrale vægt, som man i tysk ret lægger på hensynet, imidlertid på udmærket vis forskydningen i perspektivet bag den ophavsretlige regulering i retning af en økonomisk og kommerciel opfattelse af ophavsretten.

Belønningslæren er central i den *retsøkonomiske* diskussion. Ifølge *Thomas Riis* er den (rets)økonomiske begrundelse for ophavsretlig beskyttelse at skabe *incitament til produktion af nye værker*.¹⁴⁹ Heraf følger, at man

149. Riis (1996), f.eks. p. 113. Haedicke (1997), p. 8, noterer, at opfattelsen af ophavsretten som produktionsstimulans udgør det traditionelle kendetegn for den amerikanske *copyright model*. Heroverfor står den kontinentaleuropæiske model, der som fikspunkt har »der Werkschöpfer« (a.st., p. 7). Diskussionen i tysk ret af

bør kanalisere belønningen til de led i den ophavsretlige fødekæde, som producerer disse værker. I den traditionelle ophavsret er dette spørgsmål løst via *værksbegrebet*: Belønningen bør tilføres den *ophavsmand*, som gennem sin personligt skabende indsats har frembragt et værk. Den traditionelle løsning har aldrig været enkelt, idet altid har været forbundet med betydelige vanskeligheder at finde grænsen for de beskyttelsesværdige frembringelser (originalitet/værkshøjde). Som det blev vist ovenfor, er tankegangen i det ophavsretlige system imidlertid, at *når* det er konstateret, at originalitet er til stede – der foreligger et værk – *så* indebærer dette i en naturlig sammenhæng med de ophavsretlige regler og principper – bl.a. specialitetsgrundsætningen, beskyttelsestiden og de ideelle rettigheder – at belønningen placeres det rigtige sted, dvs. hos ophavsmanden. Riis viser – og det bekræftes helt af det ovenfor anførte i både tysk og dansk ret – at den retlige kvalifikation ikke kan knyttes til værksbegrebet som sådan, men må rette sig mod – i det mindste – *værkskategorien*. For den *klassiske kunst* skabes grundlaget for produktion hos ophavsmanden (den frie forfatter, maler eller komponist m.v.). Inden for dette område består der derfor en særlig ophavsretlig interesse i at sikre, at *ophavsmanden* ikke på grund af f.eks. medkontrahentens overlegne styrke berøves sin belønning.

For værkstyper, hvis produktion ikke iværksættes af en ophavsmand, lader formodningen sig ikke opretholde. Dette gælder bl.a. for audiovisuelle værker, navnlig spillefilm og tv-produktioner,¹⁵⁰ hvor grundlaget for værket typisk tilvejebringes af *producenten*, som bestiller værket hos ophavsmanden, eller for værker, som frembringes i *ansættelsesforhold*. I sådanne tilfælde kan man altså ikke tale om et *særligt* ophavsretligt krav baseret på belønningstanken, hvorefter *ophavsmanden* frem for producenten/arbejdsgiveren skulle have adgang til den belønning, som i kraft af ophavsretten er knyttet til udnyttelsen af det pågældende værk. Som sagt ovenfor fører udviklingen i ophavsretten til, at tyngden i det ophavsretlige univers gradvis forskydes i retning af sidstnævnte gruppe.

Det er således ikke muligt via belønningslæren at opstille et alment, særligt ophavsretligt krav om, at aftaler om udnyttelse af ophavsrettig-

belønningslærens centrale betydning understreger i den forbindelse, hvorledes opfattelsen af de to systemer som i et eller andet omfang hinandens modpoler ikke giver mening for nutidens ophavsret, jf. *Strömholm* (1996), p. 532, sp. 2 og *Sterling* (1998).

150. Riis (1996), p. 113f.

heder skal fortolkes således, at ophavsmanden får størst mulig adgang til belønning på bekostning af erhverver i overdragelsessituationen. Dette er da også konklusionen i tysk ret. *Schricker* afviser, at der for ophavsretten skulle gælde en generel fortolkningsregel i form af et princip om *in dubio pro auctore*.¹⁵¹ Det afgørende hensyn bag overdragelsesreglerne i TyOHL er at sikre, at ophavsmanden i videst mulige omfang sikres adgangen til den belønning, som det er meningen med det ophavsretlige system, at han – og ikke erhverver – skal have. Det afgørende ved fortolkningen m.v. af ophavsretlige aftaler er med andre ord at sikre de *samfundsmæssige hensyn*, som er knyttet til det ophavsretlige system.

En konkret konsekvens af udviklingen i tysk ret er, at opretholdelsen af den ophavsretlige enhedsopfattelse med hensyn til håndteringen af de kontraktsretlige spørgsmål ikke kan opretholdes. For Zweckübertragungsgrundsætningen viste *Lehmann* således i 1995, hvorledes udviklingen i ophavs- og kontraktsretten må føre til, at udgangspunktet i § 31, stk. 5, viger til fordel for »... eine softwarespezifische Interpretation, welche auch dem Interessen der Anwender... gerecht wird«. ¹⁵² Et aspekt ved Urhebervertragsretten er således en øget specialisering. ¹⁵³ På denne baggrund konstaterede *Lehmann* (1995), p. 569 og (1993), p. 1823, ligefrem »... die Entwicklung einer neuen urheberrechtlichen Vertrags- und Lizenzkultur«.

5. Delkonklusion: Fortolkningen af immaterialrets aftaler og statusorienteringen

Specialitetsgrundsætningen (og -princippet) har til formål at beskytte ophavsmanden i overdragelsessituationer ved en fortolkning, som tilstræber at undgå brede og uspecificerede overdragelser. Gennemgangen ovenfor har vist, at denne målsætning i vid udstrækning ikke er nået. I praktisk henseende følger fortolkningen almindeligvis principper, som ikke følger af specialitetsreglerne. Den beskyttelse, som ophavsmanden i praksis nyder, følger af de almindelige kontraktsretlige regler og – især

151. *Schricker* hos *Schricker* (1999) UrhG § 31/32, Rdn. 10.

152. *Lehmann* (1995), p. 568, se også p. 557ff. Med støtte heri må bl.a. vilkårlige og konkurrencebegrænsende aftalebestemmelser anses for uretmæssige. Som baggrund anføres bl.a., a.st., p. 569, piratproblematikken.

153. Se hertil også *Dietz* (1995), p. 47f., der som en positiv udvikling i EU-retten noterer bl.a. det umistelige vederlagskrav, som blev indført ved udlejningsdirektivet. Som udtryk for en manglende refleksion ad de ønskelige baner nævnes a.st., p. 48ff. fraværet af retningslinjer i beskyttelsestidsdirektivet (og tysk (og dansk) lovgivning) om genoplivningens betydning for eksisterende kontraktsforhold.

– af de forhandlingsmekanismer o.lign., som er knyttet til den kollektive ophavs- og standardaftaleret.

Tendensen i kontraktspraksis går antagelig i retning af en øget interesse fra erhververside i endnu bredere overdragelser i form af egentlige frikøb af de økonomiske rettigheder o.lign. Set gennem den optik, som specialitetsgrundsætningen tilbyder, er dette et problem: Ophavsmandens kontrol er knyttet til aftaleindgåelsen, idet indgåede forpligtelser skal holdes. Beføjelserne til at foranstalte udnyttelse m.v. tilkommer *enten* erhverver *eller* rettighedshaver.

Vanskeligheden ved brede aftaler på det ophavsretlige område består i, at aftalegenstandens økonomiske potentiale ofte er vanskeligt at fastslå præcist på aftaletidspunktet, fordi summen af mulige udnyttelsesformer er stor og konstant forøges. Den teknologiske udvikling har nærmest traditionelt givet anledning til problemer lige fra tonefilmens indtog i 1930-erne og til muligheden for on-line tjenester i 1990-erne. Som i mange andre sammenhænge gælder det dog også her, at den moderne teknologi og den øgede økonomiske betydning har både skærpet konflikterne og accelereret vanskelighederne.

Et udgangspunkt for fortolkningen om, at *aftaler skal holdes* baseret på en vurdering på tidspunktet for aftaleindgåelse, er ikke hensigtsmæssigt. I relation til en bred aftale på det ophavsretlige område – sådanne bliver standarden – indebærer dette, at det overlades til erhverver at vurdere, om og på hvilken måde han konkret vil foranstalte udøvelsen. Dette er et problem i de tilfælde, hvor erhververen ikke søger rettighederne nyttiggjort optimalt.

Der er i den forbindelse flere tegn i den ophavsretlige regulering på en beskyttelse af ophavsmanden, som bryder afgørende med det traditionelle skema og som i stedet for at søge at begrænse overdragelsens bredde søger at sikre ophavsmandens kontrol med erhververens udnyttelse af de således overdragne rettigheder. I stedet for det traditionelle »enten/eller« søges etableret en »både/og«-situation, hvorefter der tilkommer begge parter en vis adgang til at disponere inden for rammerne af den stedfundne overdragelse. Denne tendens har vist sig i forbindelse med princippet om *følgeretsvederlag* (Ohl § 38) og det uoverdragelige vederlagskrav vedrørende udlejning af billed- og lydoptagelser (§ 58a). Det bedste og mest generelle eksempel på tendensen er imidlertid reglen i Ohl § 55 om opsigelse, jf. herved også UBVA-aftalen.

§ 55 indebærer, som nævnt ovenfor, at ophavsmanden i tilfælde af en fuldstændig og uspecificeret overdragelse, med rimeligt varsel kan opsiges aftalen for så vidt angår uspecificerede udnyttelsesformer, som

ikke er iværksat af erhverver inden tre år er forløbet fra det tidspunkt, hvor ophavsmanden har opfyldt sin del af aftalen. Området for § 55 er hermed meget videre end f.eks. TYOhl § 31, stk. 4, som er begrænset til »nye« udnyttelsesformer. § 55 omfatter også udnyttelsesformer, som parterne kendte til på aftaletidspunktet (den statiske situation). Afgørelse for anvendelsen af § 55 er således ikke parternes subjektive forhold i forbindelse med kontraheringen, men erhververs markedsføringsmæssige aktiviteter bedømt ud fra den almindelige, teknologiske og kommercielle udvikling efter aftaleforholdets etablering.

Specialitetsgrundsætningens udgangspunkt er, at aftalen i forbindelse med dens vedtagelse skæres til, men at rettighedshaveren til gengæld er forpligtet på gennemførelsen af den således indgåede aftale. Udgangspunktet for § 55 er, at aftalen udgør den ramme, inden for hvilken parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser skal udmåles, men at den nærmere udmøntning af aftalen må tilpasses udviklingen i baggrundsforholdene for den pågældende *aftaletype*. Bevægelsen er således *fra* en statisk opfattelse af aftaleforholdet og *mod* en dynamisk opfattelse og *fra* en bedømmelse baseret på parternes subjektive forhold og *mod* en objektiveret bedømmelse baseret på aftalens erhvervsmæssige formål henset til almindelige udvikling inden for branchen. Aftaler skal ikke blot holdes. Aftalen skal gennemføres.¹⁵⁴ Og den skal gennemføres til gavn for samfundet, dvs. således, at de almene hensyn, som er knyttet til aftaletypen realiseres, herunder således, at belønningen placeres hos den af parterne, der, som følge af sin type (»ophavsmand«, »producent« m.v.), er berettiget hertil.

154. Grönfors (1995), p. 23.

KAPITEL 8

Fortolkning af patentkrav

Bedømmelsen af, om et patent krænktes, forudsætter en fortolkning af patentkravet, jf. Ptl § 39:

»Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene. Til forståelse af patentkravene kan vejledning hentes fra beskrivelsen«.

Reglen er formuleret i overensstemmelse med EPK, artikel 69, og er udtryk for det almindelige internationale udgangspunkt. Fastlæggelsen af patentets beskyttelsesomfang giver anledning til en række juridiske vanskeligheder af både principiel og praktisk art. I det følgende skal navnlig drøftes de problemer, som knytter sig til den teknologiske udvikling og harmoniseringen af patentfortolkningen.

Behovet for at fortolke patentkrav opstår også i forbindelse med vurderingen af, om opfindelsen opfylder kravene om »nyhed« og »opfindelseshøjde« i Ptl § 2 for, at patent kan meddeles. Disse forhold drøftes ikke nærmere i det følgende, hvor fokus rettes mod § 39 og krænkelsessituationen. I relation til EPK er det således i forbindelse med denne rent nationale fortolkning, at de primære vanskeligheder med at sikre harmoni opstår. Som anført af *Stenvik (1999)*, p. 318, må det i øvrigt almindeligvis antages, at fortolkningsprocessen er den samme i begge situationer.

1. Patentkravet

Patentkravets nærmere karakter er beskrevet indirekte i Ptl § 8, stk. 2, hvorefter en patentansøgning skal

»indeholde en *beskrivelse* af opfindelsen omfattende tegninger, når sådanne er nødvendige, samt en bestemt angivelse af, hvad der søges beskyttet ved patentet (*patentkrav*)« (min kursivering).

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

Af registreringsbekendtgørelsens¹ § 14, stk. 1, fremgår, at denne angivelse – *patentkravet* – skal være udtrykt ved »de tekniske ejendommeligheder, som er nødvendige til opnåelse af den tilsigtede virkning«.² Patentkravet skal normalt indeholde en angivelse af opfindelsens anvendelse.³ *Beskrivelsen* skal være så tydelig, at en fagmand på grundlag heraf kan udøve opfindelsen.⁴

Sammenhængen mellem patentkrav og beskrivelse er central. Ved beskrivelsen og patenthavers forklaring af opfindelsen yder patenthaver sit bidrag til samfundets udvikling, idet summen af teknisk viden forøges i kraft af patentets offentliggørelse. Til gengæld herfor yder samfundet en *korresponderende* eneret, som fremgår af kravet, der tjener til at vederlægge opfinderen for offentliggørelse, yde ham belønning og anspore andre. Eneretten må i henseende til sin omfang og styrke ikke overstige samfundets gevinst. »Noget for noget« er patentfortolknings grundlæggende udgangspunkt.

Fastlæggelsen af patentets beskyttelsesområde skal således tage udgangspunkt i den del af patentansøgningen (patentdokumentet), hvori patentansøger har forklaret sin opfindelse ved en skriftlig beskrivelse heraf. Heri består en række både praktiske og principielle vanskeligheder, som afspejler patentdokumentets komplicerede karakter i grænse-

1. Bek 374/19.6.1998.

2. Af registreringsbekendtgørelsens § 14 fremgår, at patentkravet skal indeholde en indledning og en kendetegnende del. I *indledningen* skal findes en benævnelse for opfindelsen (jf. § 14, stk. 3) og om muligt en angivelse af den teknik, i forhold til hvilken opfindelsen udgør noget nyt (teknikkens standpunkt (»state of the art«)). Den *kendetegnende del* skal indledes med ordene »kendetegnet ved« eller lignende og skal angive det, som er nyt og særegent for opfindelsen. Kravet må ifølge stk. 4 ikke indeholde uvedkommende eller uvæsentlige oplysninger. Der kan i kravet optages henvisningsbetegnelser til f.eks. tegninger eller fotografier. En patentansøgning kan indeholde flere krav, som kan være enten selvstændige eller uselvstændige. Flere selvstændige krav kan være sideordnet. Se nærmere bekendtgørelsens § 15.

3. Dette gælder dog ikke for opfindelser, som angår *kemiske forbindelser*, jf. Ptl § 8, stk. 2, 2. led. En angivelse af opfindelsens industrielle udnyttelse skal i sådanne tilfælde indgå i beskrivelsen, jf. registreringsbekendtgørelsens § 17, stk. 1, nr. 5.

4. Se nærmere registreringsbekendtgørelsens § 17, hvorefter beskrivelsen bl.a. skal indeholde en *forklaring* på opfindelsen i forhold til teknikkens standpunkt (stk. 1, nr. 3), en *belysning* af opfindelsen ved udførelseseksempler (nr. 4) og en udtrykkelig angivelse af den *industrielle anvendelighed*, hvis dette ikke allerede fremgår af beskrivelsen eller af opfindelsens karakter (nr. 5). For *biologisk* materiale fraviges beskrivelseskravet, idet der i sådanne tilfælde skal *deponeres* en prøve af materialet, jf. herved Ptl § 8a.

området mellem teknik og jura. I praktisk henseende er det i den forbindelse formålet med patentfortolkningslæren, som den kommer til udtryk i Ptl § 39 (EPK, artikel 69), at fastlægge en ramme, som omfatter de til dels modstridende behov, som er knyttet til fastlæggelsen af patentets omfang: Det *retssikkerhedsmæssige* hensyn til tredjemand, som skal kunne identificere og på markedet undgå eksisterende patentrettigheder, hensynet til *information* af almenhenden om opfindelsens tekniske indhold og endelig hensynet til en rimelig *belønning* af patenthaver. Vanskelighederne med at forene disse hensyn har karakter af det klassiske skisma mellem på den ene side kravet om (formel) *klarhed* og på den anden side kravet om (materiel) *rimelighed*. Opgaven består i den forbindelse i at udmåle det enkelte patent et beskyttelsesomfang, som både tilgodeser tredjemands berettigede interesse i klarhed, og som samtidig levner patenthaver passende rum til at realisere sin belønning (rimelighed).

Karakteren af patentfortolkningslæren beskrives ofte ud fra fortolkningens resultat som en »bred« eller en »snæver« stil. Med *bred* fortolkning menes, at beskyttelsen udstrækkes til at omfatte relativt meget, herunder navnlig forhold, som ikke umiddelbart – og af en fagmand – kan udlæses af patentkravet. Et *snævert beskyttelsesomfang* derimod omfatter kun forhold, som falder inden for den sproglige ramme, som er angivet i kravet. Terminologien giver ikke megen vejledning i konkret henseende, men er velegnet til at beskrive resultatet af en retssammenligning eller af en udvikling over tid. Det kan da noteres, at den tyske stil er »bredere« end den amerikanske, som er »bredere« end den engelske, som er »bredere« end den japanske osv. Det kan også noteres, at EPK for engelske ret har betydet en »bredere« beskyttelse end tidligere, hvorimod den tyske beskyttelse er blevet »indsnævret« ved EPK. Bag »bredden« i fortolkningen ligger endvidere mere principielle forskelle med hensyn til opfattelsen af patentkravets formål og fortolkningens rolle. *Cornish* betoner således, hvorledes patentkravet i engelsk og amerikansk ret opfattes som en præcisering af enerettens udstrækning – »a fence post« – med henblik på at begrænse patentmonopolets omfang, idet beskrivelsen er det afgørende for fortolkningen. Herover for står den traditionelle tyske opfattelse, hvorefter kravet viser hen til »den opfinderiske idé«, som er beskyttelsens egentlige genstand og hvis identifikation er fortolkningens mål, idet kravet her blot fungerer som en markør (»a sign post«).⁵

5. *Cornish* (1999), §§ 4-37ff. Tilsvarende *Terrell* (2000), § 6.17.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

For den konkrete fortolkning er udtrykkene »bred« og »snæver« stil således ikke meget oplysende, idet de ikke giver information om fremgangsmåden ved fortolkningen. Den metode, som er valgt ved formuleringen af Ptl § 39 (EPK artikel 69), er da heller ikke at angive et bestemt fortolkningsresultat, men at angive en bestemt fortolkningsmetode i form af en angivelse af fortolkningens rammer (kravet) og de tilladte fortolkningsmomenter (beskrivelsen). På denne baggrund kan man forestille sig både »brede« og »snævre« konkrete resultater. Tendensen går dog formentlig i retning af en bredere stil. Patentkravslæren indgår herved i den almindelige liberalisering og ekspansion, som omfatter hele patentretten, og som også har vist sig bl.a. på området for beskyttelsens genstand (f.eks. bioteknologiske patenter, edb-relaterede opfindelser og forretningsmetoder). Sammenhængen mellem patentrettens genstand og fortolkningslæren drøftes i det følgende.

1.1. Patentkravs- og aftalefortolkning

Regler om patentkrav er først udviklet i *amerikansk* ret, hvor opstillingen af patentkrav har været obligatorisk siden USPtI af 1836. Herfra har læren spredt sig til bl.a. *Tyskland* (1891), *Norden* (1967) og *Frankrig* (1968).

Den nærmere metode ved fastlæggelsen af patentet beskyttelsens omfang afspejler i vid udstrækning de traditionelle, nationale principper for aftalefortolkning.⁶ I *anglo-amerikansk* ret, hvor opfattelsen af patentet som en (særegen) aftale mellem opfinder og samfund har haft stor betydning, anlægges således traditionelt en stram ordfortolkning, med vægten på klarhed: »What is not claimed is disclaimed.«⁷ I klassisk *tysk* ret anlagde man en vurdering med accent på fastlæggelsen af et rimeligt beskyttelsesomfang, som dels afspejlede den principielle opfattelse af patentretten som en positiv ret, dels havde klare mindelser om den almene aftalefortolkningslære, som den fremgår af BGB – §§ 133 og – især – 157 (og 242): »Treu und Glauben« / »gute Sitten«.⁸ *Dansk* ret indtager en mellemposition, hvorved man navnlig er meget tilbage fra forma-

6. Sammenhængen mellem aftaleretten og patentretten har i nordisk ret været forsøgt understreget ved at beskrive patentet som en *viljeserklæring*, jf. NU 1963:6, p. 185. Tanken har ikke givet sig noget konkret udslag og er også i principiel henseende suspekt, jf. *Koktvedgaard* (1965a), p. 154.

7. Se generelt om anglo-amerikansk aftalefortolkning ovenfor, 3.2.

8. Se nærmere om tysk aftalefortolkning ovenfor, 1.3.1.1.

lismen i den traditionelle amerikanske tilgang og okkultismen i den tyske.⁹

De principielle udgangspunkter varierer således stærkt fra land til land, men der er også grund til at notere de store praktiske lighedspunkter. Almene træk er bl.a. en afvisning af en rent mekanisk ordfortolkning, en tendens til bredere fortolkning af pioneropfindelser frem for mere banale opfindelser og en tendens til at søge at modvirke omgåelse af et patent via ubetydelige variationer. I metodisk henseende er det såkaldte ækvivalensprincip bredt accepteret (selv om indholdet af princippet ikke er ganske klart). På trods af disse sammenfald gælder det dog fortsat, at der internationalt set består ganske store forskelle fra land til land. Disse forskelle har altid eksisteret og er vel også altid blevet opfattet som problematiske af de virksomheder, der har patenteret internationalt. Der har da også gennem tiderne været fremsat en række forslag for at afhjælpe vanskelighederne, men disse har hidtil ikke båret frugt.¹⁰ De nationale systemer har derfor traditionelt udviklet sig stort set uafhængigt af hinanden i relation til patentkravsfortolkningen, idet fortolkningen er tilrettelagt med henblik på at opfylde de særlige *nationale* hensyn, som har været anset for knyttet til patentretten. Opfattelsen af patentretten som knyttet primært til nationale retssystemer¹¹ står imidlertid for fald inden for den regionale patentret. Dette er særlig klart inden for EPK-samarbejdet, der har en stærk, regional (harmoniseret) patentret som målsætning. Den regionale udvikling opløser rettens nationale tilknytning og peger i retning af en global tilpasning. I takt med den øgede

9. *Koktvedgaard* (1999), p. 230ff., især p. 233, hvorefter udgangspunktet for dansk ret ved fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang er en »reel konstatering af opfinderens bidrag til teknikkens udmåling og en derpå følgende realistisk udmåling af beskyttelsesområdet. Man er således ikke forfaldet til en rent formel ordfortolkning.« Afgørende er en helhedsbedømmelse, idet der dog har udviklet sig en række tommelfingerregler bl.a. at pioneropfindelser nyder bredere beskyttelse end småopfindelser, samt at dimensionsændringer inden for det mekaniske område normalt ikke bringer forholdet uden for beskyttelsesområdet, jf. a.st., p. 234ff.
10. Se nærmere hos *Godenhjelm* (1988), især 305ff. og (1994), p. 196ff. om forsøgene fra AIPPI og WIPO. Bestræbelserne mundede bl.a. ud i et forslag til en traktat, som dog aldrig blev til noget: »Treaty on the Harmonization of Certain Provisions in the Laws for Protection of Inventions«. Se generelt om global harmonisering af patentkravsfortolkning hos *Beton* (1994).
11. Se *Petrusson* (1999), p. 109 om patentrettens traditionelle udgangspunkt: »Patent-teoriernas ursprung inom merkantilismen är således förknippat med intresset av att stödja industriell utveckling för att stärka nationalstaten i en kontext där staten utgör en ekonomisk enhet i konkurrens med andra stater.«

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

globalisering opleves de interregionale forskelle i stigende grad som problematiske. Patentrettens og patentfortolkningens *regionalisering* via EPK udgør et af grundtemaerne for dette kapitel.

Et andet tema er betydningen for fortolkningen af den *teknologiske udvikling* og patentrettens ekspansion til nye områder. Også i den forbindelse udgør regionaliseringen fikspunktet. Den interregionale (globale) ramme for diskussionen af de patentretlige spørgsmål indebærer både for fortolkningen og for diskussionen af patentrettens saglige afgrænsning en væsentlig risiko for, at interessen og diskussionen ledes bort fra de reelle spørgsmål og i stedet ender ved den blotte sammenligning: Det, som beskyttes i de andre regioner, bør også kunne beskyttes her og med de samme konsekvenser i henseende til beskyttelsens omfang m.v. Tanken bag dette er sympatisk for så vidt, som den fokuserer på opnåelse af konkurrencelighed mellem de forskellige regioner. Risikoen består i, at man ved at overlade udviklingen af patentretten til virksomheder, patentagenter og patentmyndigheder, som alle har en klar kommerciel egeninteresse i en høj patentfrekvens, risikerer at sætte helhedsbetragtningen og samfundssynet over styr, jf. herved f.eks. kommissionsmeddelelsen »Patentering som innovationsfremme – Opfølgning af grønbogen om EF-patentet og det europæiske patentsystem« fra februar 1999. I punkt 3.2.1 diskuteres det meget komplekse spørgsmål om muligheden for patentering af *edb-programmer*. Kommissionen fremhæver i den forbindelse, at det nuværende forbud i EPK art. 52, stk. 2, c, mod patentering af *edb-programmer* »as such« og forholdet mellem fortolkningen af denne bestemmelse mellem EPO og de nationale domstole og den indbyrdes forskellighed i domstolenes skøn volder problemer i forhold til retsstillingen i *USA og Japan*: »Denne situation er *skadelig* for *det indre markeds funktion*« (yderligere kursivering her)).¹² Ved at formulere problemet – i form af en »manglende« EPK-beskyttelse – på baggrund af sammenligningen undlader man imidlertid at tage stilling til det egentlige spørgsmål: Bør *edb-programmer* som sådan overhovedet kunne patenteres? En tilsvarende udvikling er tilstede for patentfortolkningen.

Efter beskrivelsen ovenfor kunne man tro, at patentkravet udgør en helt uadskillelig del af patentretten. Dette er ikke rigtigt. I traditionel *fransk* patentret (1844-loven) opererede man således slet ikke med »patentkrav« (»revindication«). Et krav herom kom først til med Patentloven af 1968. I stedet indgik i patentdokumentet – i beskri-

12. Samme tendens træder frem i meddelelsen, punkt 3.2.1, i forbindelse med omtalen af mulighederne for patentering i USA (og Japan) af forretningsmetoder (»methods of doing business«)

2. EPK og patentkravsfortolkning

velsen – et *résumé*, hvoraf fremgik det for patentet særlige. Fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget var imidlertid end ikke begrænset til *résumé*et, men skulle udledes af hele dokumentet. Systemet medførte stor usikkerhed angående patenternes omfang. Med henblik på at opnå øget klarhed indførtes i 1968 et krav om optagelse i patentdokumentet af patentkrav samt en regel (lovens § 28), hvorefter »l'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par les revendications«, jf. herved *Mathély* (1974), p. 227ff., der hilste patentkravet velkommen som udtryk for en nødvendig præcisering af bedømmelsesgrundlaget. Klassisk fransk patentret har haft en ganske stor principiel betydning for den nordiske patentkravsdiskussion, jf. herved *Koktvedgaard* (1965a), især p. 153 og 157f., men nyere fransk patentret giver ikke anledning til videre bemærkninger. Regler om patentfortolkning findes nu i CDPI, Art. L 613-2, som er udformet i nøje overensstemmelse med EPK (artikel 69), se nærmere hos *Vivant* (1997), p. 61-63, og om den franske tradition sammenlignet med tysk ret og EPK hos *Pagenberg* (1993) og *Grabinski* (1998), især p. 861.

2. EPK og patentkravsfortolkning

Den europæiske Patentkonvention (EPK) blev undertegnet i München den 5.10.1973 (og betegnes derfor under tiden som »München-konventionen«). EPK trådte i kraft den 7.10.1977, således at sagsbehandlingen blev indledt pr. 1.6.1978.¹³ EPK er, som navnet angiver, en traditionel folkeretlig konvention. De retlige forpligtelser, som konventionen medfører, følger derfor af almindelige folkeretlige regler og principper,¹⁴ idet navnlig *EF-domstolen* ikke har kompetence til at bedømme hverken EPK-reglerne endsige europæiske patenters indhold og rækkevidde. Initiativet til konventionen udsprang fra EF/EU-samarbejdet, og de 15 EU-lande udgør også kernen blandt de nuværende 20 medlemslande. Konventionen er imidlertid ikke EU-eksklusiv, og også bl.a. Schweiz er medlem. Tyrkiet ratificerede konventionen 1.11.2000.¹⁵ EPK udgør imidlertid

13. Se for en historisk oversigt *Dybdahl* (1999), p. 15-25.

14. Se hos *Singer* (1995), p. ix-xiii og §§ P.01 og P.02 om betydningen af principperne for fortolkning af traktater i artikel 31 og 32 i Traktatsretskonventionen (LT 1980C, p. 107) for sagsbehandlingen ved EPK og for forholdet til PKV. Se i samme forbindelse *Haertel & Stauder* (1982) og især *Grabinski* (1998), p. 862, som diskuterer, om man på baggrund af de almindelige folkeretlige regler kan udlede en forpligtelse for medlemslandene til at sikre en konform fortolkning i henseende til artikel 69. *Grabinski* afviser, at dette skulle være vejen frem og anbefaler i stedet – som den eneste egentlige løsning – oprettelsen af en fælles patentdomstol. Se dog også *Spiermann* (1999), p. 389f. om den generelle objektivisering af traktatfortolkning.

15. Medlemmerne er ud over EU-landene: Schweiz, Liechtenstein, Monaco, Cypern og Tyrkiet. Bulgarien, Tjekkiet, Estland, Ungarn, Polen, Rumænien, Slovakiet og

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

en hovedhjørnesten i EU-patentsamarbejdet, som ud over EPK omfatter *Aftalen om EF-patenter* (AEF) og de *nationale (harmoniserede) patentlovgivninger*. Aftalen om EF-patenter er ikke trådt i kraft og gør det næppe – der foreligger nu et udkast til en patentforordning (straks nedenfor) – men det er væsentligt at notere, at EPK er udformet med henblik på at udgøre en del af en samlet »EU-patentret«.¹⁶ Arbejdet med harmoniseringen af den nationale patentlovgivning er dog efterhånden ganske omfattende, idet der senest er vedtaget det vigtige *direktiv om bioteknologiske opfindelser*.^{17 18}

Med forslaget til *Rådets forordning om EF-patenter* af 1.8.2000 (KOM(2000) 412) har Kommissionen foreslået et trestrengt europæisk patentsystem bestående af EF-patenter (forordningen), nationale (harmoniserede) patentret og de hidtil kendte europæiske patenter (EPO). EF-patenterne skal ifølge forslaget meddeles af EPO på baggrund af EPK, men forslaget lægger ikke op til en forandring af det nuværende system. Herved vil der, hvis forordningen vedtages, opstå en række intrikate spændinger mellem de to europæiske systemer. Forordningens fremtid er for nærværende (medio november 2000) uvis, men den europæiske patentret har næppe fundet sin endelige form med dette forslag, idet det dog nok kan siges med sikkerhed, at AEF nu må anses for opgivet.

Med EPK systemet er der skabt mulighed for at opnå patent i de tilsluttede lande på to måder: Enten – og som altid – ved indgivelse af en *na-*

Slovenien er opfordret til at tiltræde EPK den 1.7.2002 eller senere. For Albanien, Litauen, Letland, Den tidligere Jugoslaviske Republik Makedonien, Rumænien og Slovenien gælder en særlig aftale, som udstrækker anvendelsen af EPK til disse lande.

16. *Kober* (1998), p. 129: »... the European patent system was intended to be a complete and autonomous system through which a single, Europe-wide, unitary patent would be granted, destined to reflect the basic concept of the common market«.
17. Dir. 98/44/EF. Direktivets skæbne er for tiden noget uvis, jf. således den verserende sag C-377/98, *Nederlandene/Parlamentet og Rådet*, hvor direktivet søges annulleret og herom *Sommer* (2000), p. 463f. Ved kendelsen af 25.7.2000 fastslog EF-domstolen, at sagsanlægget ikke suspenderer pligten til at implementere direktivet.
18. Se generelt *Dybdahl* (1999), p. 15ff. og nærmere om *Kommissionens* fremtidsplaner på patentområdet meddelelsen »Patentering som innovationsfremme – Opfølgning af grønbogen om EF-patentet og det europæiske patentsystem« af 12.2.1999, der ud over det nu foreliggende *forordningsforslag* omfatter et (endnu ikke fremsat) *direktiv* vedr. patentering af edb-programmer. Til brug for arbejdet med direktivet foreligger et Consultation Paper af 19.10.2000 (»The Patentability of Computer-implemented Inventions«), jf. herved også Study Contract ETD/99/B5-3000/E/106: The Economic Impact of Patentability of Computer Programs. Se også WIPR 2000, p. 75f.

2. EPK og patentkravsfortolkning

tional patentansøgning eller – og som det afgørende nye – ved en *europæisk ansøgning*. Resultatet bliver under alle omstændigheder nationale patenter. Den europæiske ansøgning behandles af den *Europæiske Patentorganisation* (EPO), som på baggrund af egne undersøgelser meddeler patent med virkning for de i ansøgningen designede lande. De således meddelte patenter skal gives en behandling i det nationale system, som (stort set) svarer til den behandling, der gives et nationalt patent (jf. for Danmark Ptl § 76).

EPK angår som hovedregel alene den *formelle patentret*, dvs. reglerne for opnåelse af patent, den europæiske ansøgning og dens behandling. Den *materielle patentret*, herunder spørgsmålene om patenters gyldighed og krænkelseslæren, lever i den nationale patentret. Skismaet mellem den centrale retstildeling og den decentrale (dvs. *nationale*) retsanvendelse udgør EPK-systemets akilleshæl. Vanskelighederne i så henseende har ofte været påpeget, og løsningen er vel også åbenbar: En *EPK-domstol* (inden for EF-domstolssystemet), som har kompetence til at bedømme opfindelsers gyldighed (spørgsmålene om nyhed, opfindelseshøjde og industriel anvendelighed) og krænkelse (patentbeskyttelsens omfang, jf. EPK, artikel 69).¹⁹ Etableringen af en sådan domstol er drøftet intenst gennem længere tid,²⁰ jf. senest i forordningsforslaget, hvor der foreslås oprettet en i forhold til EF-domstolen uafhængig »EF-retten for intellektuel ejendomsret«. Etableringen af en EPK-domstol ligger dog næppe lige for. Hvis det skal give mening – og det er bestemt intentionen – at tale om en fælles og europæisk *regional patentret*, forudsætter dette således for nærværende i høj grad de *nationale domstoles* aktive deltagelse i form af opretholdelse af meddelte patenter og fastlæggelsen af ensartede beskyttelsesomfang. Problemet består da i, at EPK er ganske dårligt indrettet med henblik på dette, idet traktaten, som det skal vises, kun giver begrænset styring i forbindelse med de nationale domstoles fortolkning. Dette indebærer for tiden et voldsomt pres på de nationale systemer med krav om harmonisering, som rækker videre end de krav, der direk-

19. Brinkhof (1990), p. 495, Brändle (1998), p. 856, Grabinski (1998), p. 864 og Schade (2000).

20. Nærmere Pagenberg (2000) for en oversigt over de forskellige forslag og for en diskussion af de talrige spørgsmål, som etableringen af en sådan domstol rejser.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

te kan udledes af EPK.²¹ Harmoniseringskravet er da også opfanget og anerkendt i både *England*, *Sverige* og *Tyskland*,²² men der er fortsat betydningsfulde forskelle mellem de enkelte EPK-landes praksis både med hensyn til patenterbarhedsbetingelserne – bl.a. vedrørende edb-programmer – og med hensyn til beskyttelsens *bredde* – dvs. fastlæggelsen af patenternes beskyttelsesomfang.

Fortolkning af patentkrav i forbindelse med fastlæggelsen af europæiske patenters beskyttelsesomfang rammer således rent i EPK-systemets bløde bug: Det er for EPO, at kravene formuleres, idet patentet meddeles på baggrund af og med de krav, som har dannet baggrund for sagsbehandlingen for EPO (vurderingen af »nyhed« m.v.). Det er imidlertid for de *nationale domstole*, at kravenes reelle indhold og rækkevidde skal stå deres prøve. Erfaringen viser, at praksis varierer fra land til land. I nogle lande anlægges gennemgående en mere liberal fortolkning end i andre. Den *tyske* stil angives gerne som den mest liberale, og den *engelske* som den mest restriktive. Som eksempel herpå henvises ofte til *Epilady*-dommene (jf. herom i det følgende), hvor det samme patent var genstand for proces i en række EPK-lande og hvor resultaterne blev ganske forskellige og med England og Tyskland i hver sin yderposition. Henvisningerne til disse forskelligheder har nok i et vist omfang en ideologisk baggrund. Ved at fremhæve forskellighederne begrundes behovet for yderligere harmonisering. Der giver således også eksempler fra praksis, hvor den engelske udlægning konkret har været mere liberal end den tyske,²³ men hertil henvises ikke så ofte.

Den almene vanskelighed er dog reel nok og består i, at det er vanskeligt med videre præcision at angive nøjagtig, hvori forskellene mellem

21. Betydningen af dette og vanskelighederne herved fremhæves af flere forfattere, f.eks. *Bruchhausen* (1974), især p. 257f. og 271f. og fra den seneste diskussion *Bündle* (1998) og *Grabinski* (1998). Se også om *Epilady*-dommene nedenfor.

22. *England*: *Merrell Dow Pharmaceutical Inc. v. H.N. Norton & Co. Ltd.*, 1996 RPC 76 og *Biogen Inc. v. Medeva Plc*, 1997 RPC 1 (IIC 1997.740); *Sverige*: Regeringsrättens afgørelser i NIR 1990.486 (kom. *Bernitz* i JT 1990-91.476) og NIR 1998.745 (kom. *Randes*); *Tyskland*: BGH i *Formstein*-dommen, GRUR 1986.803 (IIC 1987.795 kom. *Geissler*) og se fra nyere praksis *Regenbecker*, GRUR 1998.895. Forholdet mellem national ret og EPO praksis langt fra altid idyllisk, se således dommen fra High Court af 26.6.1998, *Boston Scientific Ltd. v. Palmaz*, EIPR 1998.N-170, ang. EPOs sagsbehandlingstider i relation til indsigelsessager og spørgsmålet om national håndhævelse. I den danske sag ang. *FlexLån*-patentet oplyses, at en indsigelsessag inkl. evt. appel varer mindst fem år, jf. ØLK af 13.4.2000 (10. afd., B-0957-99). Dette er naturligvis ikke tilfredsstillende.

23. Se *Jacob* (1999), p. 487ff. med omtale af *Mabushi Motor Patents*, 1996 RPC 387.

de nationale systemer består, og dermed også at forudse udfaldet af konkrete tvister. De nationale domstoles centrale placering i EPK-systemet har således som konsekvens, at retsvirkningen af et EPO-patent meddelt for flere lande ikke er ensartet.

En national domstol kan kun erklære patentet ugyldigt med virkning for det pågældende land,²⁴ ligesom en snæver udlægning af beskyttelsesomfanget i ét land ikke har direkte betydning for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget i de øvrige lande. Det gælder imidlertid på dette område, som på så mange andre, at harmoniseringens virkning kun vanskeligt lader sig fastslå på baggrund af en formel betragtning af de retslige strukturer. I ideologisk henseende er den samtlende ramme opfattelsen af EPK-systemet som den *europæiske regions patentret*.²⁵ EPK-systemets betydning i så henseende beror i vid udstrækning på *ensartethed* vedrørende både til retstildelingen og retsvirkningerne. Dette kræver, at EU-regionen taler med kun én stemme, hvilket videre forudsætter, at der er en harmoni mellem den patentudstedende myndigheds opfattelse af området for patentbarhed og de nationale domstoles (konsistens) og mellem de nationale domstole indbyrdes (harmonisering). Dette drøftes i det følgende.

Regionaliseringen udgør sammen med den teknologiske udvikling og patentrettens fortsatte ekspansion de primære momenter af betydning for den følgende diskussion af patentfortolkningens aktuelle udfordringer og udvikling. Inden den nærmere diskussion er det imidlertid nødvendigt at belyse patentkravets betydning og stilling i ansøgningen nærmere. Dette skal ske straks i det følgende. Derpå drøftes betydningen af EPK for patentfortolkning, og national praksis skitseres.

2.1. Patentkravet i den europæiske patentansøgning

For et patent, der begynder sit liv som en europæisk ansøgning, formuleres kravet for EPO i forbindelse med ansøgningens indlevering og behandling. Det er det således formulerede krav, som ligger til grund for sagsbehandlingen for EPO, og hvormed patentet meddeles. De relevante regler for patentansøgningens behandling findes således i EPK.

24. EPK, artikel 138, stk. 1. Inden ni måneder efter offentliggørelsen om udstedelse af et europæisk patent kan enhver fremkomme med *indsigelse* mod det meddelte patent. En sådan indsigelse gælder patentet som sådan og fører derfor til – hvis indsigelsen om ugyldighed tages til følge – at patentet bortfalder med virkning for samtlige designerede lande, jf. nærmere EPK, artikel 99-105.

25. En sådan afsmittende virkning blev forudsat allerede af *Haertel* (1981).

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

Ifølge EPK, *artikel 83*, skal en europæisk patentansøgning »... *forklare* opfindelsen på en så tydelig og fuldstændig måde, at en fagmand på grundlag heraf kan udøve opfindelsen« (»[enabling] *disclosure*«). Forklaringen indgår som et centralt led i *beskrivelsen*, som ifølge Regel 27 desuden skal indeholde bl.a. en angivelse af den teknik, hvorpå opfindelsen bygger (c), en beskrivelse af udførelsesform (f) og en angivelse af den industrielle anvendelighed (g). Ifølge *artikel 84* skal patentkravene angive »... hvad der søges beskyttet. De skal være *klare* og kortfattede og være *underbygget* af beskrivelsen.«²⁶

2.2. Patentkrav og beskrivelse

Forholdet mellem krav og beskrivelse (forklaring/disclosure) er centralt for patentretten. Når det fastslås i artikel 69 – som spejler artikel 83/84 – at kravene danner rammen for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget, er det netop for at sikre, at den eneret, som indrømmes ved patentets meddelelse, er underbygget af (»supported by«) det bidrag til den tekniske udvikling, som ligger i den offentliggjorte opfindelse (som desuden opfylder de almindelige patenterbarhedsbetingelser): »The patent monopoly should be justified by the actual technical contribution to the art.«²⁷ Patentretten er samfundets betaling for opfinderens offentliggørelse af sin opfindelse. Patentretten kræver en begrundelse (justification), og denne rækker ikke til en eneret, som ikke bidrager nyttigt til samfundsudviklingen.²⁸

Det nærmere indhold af forklaringen (beskrivelsen) giver anledning til megen tvivl. Hvor *megen* information er det nødvendigt at angive i ansøgningen, for at fagmanden kan udøve opfindelsen? Heri ligger betydelige og almene problemer med at afgrænse den nødvendige information fra den blot hensigtsmæssige, som ofte vil have karakter af (hjemmelig) know how. Spørgsmålet er særlig påtrængende for patenter, som

26. Af artikel 85 fremgår, at *sammendraget* ikke må anvendes til »fortolkning af omfanget af den ansøgte beskyttelse ...«. Nærmere retningslinjer for kravets udformning findes i Regel 29-31.

27. T 409/91 (EXXON), IIC 1994.792, p. 796: »[it is a] general legal principle that the extend of the patent monopoly, as defined by the claims, should correspond to the *technical contribution* to the art in order for it to be supported or justified. This means that the definition in the claims should essentially correspond to the scope of the invention as disclosed in the description« (sagshenvisning udeladt).

28. Se nærmere *Godenhielm* (1994), p. 232, der under henvisning til ældre svensk praksis og amerikansk praksis konkluderer, at »patentskyddets uppgift att främja tekniken bör... beaktas vid patenttolkningen«.

retter sig mod et *resultat* (såkaldt »funktionelle krav«). Hvor megen information skal man angive – hvor mange mulige fremgangsmåder – før der kan meddeles patent på resultatet?²⁹ Accepten af patenter med funktionelle krav er i den senere tid diskuteret i relation til især patenter på det bioteknologiske område, hvor en forklaring på grund af teknikkens karakter er vanskelig at give, hvis man alene ser på opfindelsens komponenter.³⁰ I stedet rettes forklaringen derfor ofte mod opfindelsens funktion, således at kravet angår produkter eller fremgangsmåder, som er således indrettet, at et vist resultat opnås.³¹ Accepten af funktionelle krav kan dermed siges at være en forudsætning for patentering af bioteknologiske opfindelser.³² Hovedindtrykket er i den forbindelse, at EPOs praksis på trods af en principiel skepsis³³ er ganske liberal med hensyn til udstedelse af patenter, som retter sig mod resultater.³⁴ Fortolkningen af sådanne krav drøftes nedenfor, 4.2.1.

Med henblik på at undgå »brede« bioteknologiske patenter fremgår af bioteknologidirektivet (98/44/EF), art. 5, stk. 3, at »i patentansøgningen skal der redegøres konkret for, hvorledes en sekvens eller delsekvensen af et gen kan udnyttes industrielt«, jf. nærmere præamblen, punkt 22-25. Dette *udvidede* krav til angivelse af industriel

29. Praksis er ganske svært gennemskuelig. I T 409/91 (EXXON), IIC 1994.795, hed det herom, at artikel 83 indebærer, at »in order to fulfil the requirement of sufficiently clear and complete disclosure under Art. 83 EPC the application as filed must contain sufficient information to allow a person skilled in the art, using his common general knowledge, to carry out the invention within the *whole area* that is claimed«. Se nærmere *Singer* (1995), § 84.07 og *Domeij* (1997), p. 57. Se også *Plougmann* (1983), p. 220f. og *Kern* (1998), navnlig p. 271-274.
30. *Bryde Andersen & Koktvedgaard* (1990), p. 153f. og *Hofmeyer* (1999), p. 992f. om deponeringsmuligheden.
31. De funktionelle krav diskuteres indgående hos *Domeij* (1998), p. 223ff. Se også *Ford* (1985).
32. *Ford* (1985), p. 252, *Domeij* (1998), p. 244 og *McInerney* (1998), p. 14f.
33. Jf. T 204/90, hvorefter funktionelle krav accepteres, hvis: »(i) from an objective viewpoint, such features cannot otherwise be defined more precisely without restricting the scope of the invention, (ii) these features provide instructions which are sufficiently clear for the expert to reduce them to practice without undue burden, if necessary with reasonable experiments and (iii) the state of the art does not stand in the way of using such functional and therefore general and broad terminology«. Se nærmere *Domeij* (1998), p. 226 og 244, hvor det anføres, at vurderingen af, om funktionelle krav accepteres, fortsat er meget konkret. Se også *Godenhjelm* (1994), p. 140f.
34. Se generelt om spørgsmål især *Domeij* (1998), p. 125ff. og 226ff. med omtale bl.a. af »the one way rule«, hvorefter blot en enkelt anvisning i beskrivelsen, som gør det muligt for en fagmand at nå resultatet, er tilstrækkeligt til at acceptere et krav, som angår resultatet. Se for en oversigt *Singer* (1995), § 84.14 og § 84.07.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

anvendelig – se især punkt 24 – er mærkelig nok ikke optaget i Ptl i forbindelse med direktivets inkorporering ved Lov 412, jf. herved *Sommer (2000)*, p. 459f. og 461, som – og med rette – påpeger de betydelige vanskeligheder, som dermed er forbundet med den danske inkorporering (»inkorporeringsfejl«). Spørgsmålet påtænkes reguleret ved en ændring af registreringsbekendtgørelsens § 17. Den danske erhvervsminister har i Tillægsbetænkning L 66 – bilag 78 afgivet af Erhvervsudvalget 18.5.2000 lovet at påse, at Patent- og Varemærkestyrelsen i behandlingen af patentansøgninger (vedr. bioteknologiske patenter) sikrer, at »... omfanget af patenter ikke omfatter mere end højst nødvendigt«. Dette er naturligvis beroligende, men hermed er valget af inkorporeringsform ikke blevet mindre gådefuldt.

2.3. Patentkrav og ugyldighed

De grunde, som kan bevirke, at et patent meddelt af EPO erklæres *ugyldigt* af en national domstol, er opregnet i EPK, artikel 138. I stk. 1, a, henvises til bl.a. de centrale patenterbarhedsbetingelser – nyhed (artikel 54), opfindeshøjde (artikel 56) og industriel anvendelighed (artikel 57). Af artikel 138, stk. 1, b, fremgår dernæst, at ugyldighed kan støttes på, at »det europæiske patent ikke forklarer opfindelsen på en så tydelig og fuldstændig måde, at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen«. Denne ugyldighedsgrund refererer til Artikel 83 (ovenfor). Kravet i *artikel 84*, hvorefter patentkravene skal være klare og underbygget af beskrivelsen, er ikke nævnt (direkte) i artikel 138. Af artikel 100 fremgår endvidere, at artikel 83, men ikke 84, kan påberåbes over for EPO i forbindelse med en indsigelsessag.³⁵ Overholdelsen af kravene i artikel 84 er dermed overladt til EPO, som i forbindelse med sagsbehandlingen *ex officio* skal påse, at bestemmelsen er overholdt.³⁶

Opregningen i artikel 138 er udtømmende.³⁷ For den nationale domstol indebærer dette, at den ugyldighedspåstand, der ofte³⁸ følger en krænkelsessag, ikke kan støttes på sammenhængen mellem kravet og beskrivelsen. Den manglende symmetri mellem de forhold, som af EPO kan påtales under sagsbehandlingen og de forhold, som kan påberåbes for en national domstol, har givet anledning til en del kritik.³⁹ Det må da også undre, at artikel 138 ikke henviser direkte til artikel 84.

Indholdet af EPK i denne henseende er dog ikke ganske klart, jf. herved afgørelsen fra den engelske højesteret i *Biogen v. Medeva* fra 1996.⁴⁰

35. Se nærmere hos *Singer (1995)*, § 84.01 og § 100.07.

36. *Dybdahl (1999)*, p. 11, *Flammer (1999)*, p. 74ff., *Muir, Brandi-Dohrn & Gruber (1999)*, §§ 13.36 og 13.37 og *Oser (1999)*, p. 9 og fra praksis T 939/92, T 61/94 og T 990/96.

37. *Muir, Brandi-Dohrn & Gruber (1999)*, § 15.37.

38. Og i det omfang den nationale patentret gør det muligt.

39. *Brandi-Dohrn (1994)* og *Kern (1998)*, især p. 281.

40. *Biogen Inc. v. Medeva Plc*, 1997 RPC 1 (IIC 1997.740).

Dommen, der har stor principiel betydning, gennemgås nærmere nedenfor, 2.4.2.3. Det retlige grundlag for at erklære patentet ugyldig i engelsk ret er angivet i UKPtI, sec. 72, som er formuleret i overensstemmelse med EPK og således (i sec. 72(1)(c)) blot henviser til artikel 83-hensynet; et patent kan erklæres ugyldigt, hvis »the specification of the patent does not disclose the invention clearly enough and completely enough for it to be performed by a person skilled in the art«. Der henvises derimod ikke udtrykkeligt til artikel 84-hensynet.⁴¹ Lord *Hoffmann* kom uden om denne tilsyneladende begrænsning i loven (og EPK), idet han indledningsvis henviste til, at kravet om »enabling disclosure« er »central to the law of patents«, idet det udspringer af princippet om, at »the specification must enable the invention to be performed to the full extent of the monopoly claimed«. ⁴² Det var på den baggrund ikke vanskeligt for Lord *Hoffmann* at udfylde lakunen mellem de grunde, som kan anføres af og for EPO (artikel 84), og sådanne, som kan bære en påstand om ugyldighed: Uanset at sec. 72(1) ikke nævner sec. 14(5) udtrykkeligt, indebærer henvisningen i sec. 72(1)(c) en reference også til »the substantive effect of sec. 14(5)(c)«. ⁴³ En manglende sammenhæng mellem krav og beskrivelse kunne derfor begrunde patentets ugyldighed i medfør af sec. 72 på grund af *lack of fair basis*. ⁴⁴

Hverken EPO – i forbindelse med en indsigelse, jf. EPK, artikel 100, b – eller *øvrige nationale domstole* har så vidt ses anvendt principperne, som de blev udviklet i *Biogen*-sagen af den engelske højesteret. Kravet om »enabling disclosure« findes i den *danske* PtI § 8, stk. 2: »Beskrivelsen skal være så tydelig, at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen.« En manglende iagttagelse af denne betingelse kan føre til patentets ugyldighed, jf. § 52, stk. 1, nr. 2 (eller begrunde en omprøvning efter § 53b, jf. § 53c, jf. § 52, stk. 1). Sammenhængen mellem krav om beskrivelse (forklaring) er ikke så klar i dansk ret som i engelsk. Af PtI § 8, stk.

41. Artikel 84's engelske pendant findes i UKPtI sec. 14(5)(c) – »the claim shall be supported by the description«.

42. Nærmere Lord *Hoffmann*, dommens punkt 11 og *Kern* (1998), p. 267.

43. Som er, at »... the description should, together with the rest of the specification, constitute an enabling disclosure«.

44. En sådan løsning var tidligere blevet afvist af Court of Appeal i *Genetech v. Wellcome Foundation*, 1989 RPC 147, jf. *Terrell* (1994), § 4.17 og *Cornish* (1999), §§ 5-98 og 5-99. Den tidligere gældende engelske patentlov (1949-loven) indeholdt i sec. 32(1)(i) en ugyldighedsgrund – »*lack of fair basis*« – som svarer til det af House of Lords opnåede resultat: Artikel 84-sammenhængen er en gyldighedsbetingelse. Se nærmere om *Biogen*-dommen nedenfor.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

2, fremgår dog, at »ansøgningen skal indeholde en beskrivelse af opfindelsen ... samt en bestemt angivelse af, hvad der søges beskyttet ved patentet (patentkravet)«. Heraf følger, at kravet er en (ægte) delmængde af de oplysninger, som findes i beskrivelsen, og dette ligger også til grund for § 39. Overført på danske forhold indebærer *Biogen*-dommen, at en dansk domstol (eller Patent- og Varemærkestyrelsen, jf. §§ 53b og c) under anvendelse af princippet i § 52, stk. 1, nr. 2, skulle erklære et patent ugyldigt, hvis kravet omfattede forhold, som beskrivelsen ikke gav dækning for. Problemet har som sagt ikke foreligget for en dansk domstol. Hvis det skulle komme til det, taler meget for den engelske model.

I følge den *amerikanske* Patentlovs sec. 112 skal opfinderen i forbindelse med ansøgningen i beskrivelsen (specification) angive den efter hans overbevisning *bedste udførelse* af patentet (*best method/mode*). Angivelse af en sekundær løsningsmodel kan føre til patentets ugyldighed. Dette giver naturligvis anledning til talrige problemer, jf. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-148ff. og *Hofmeyer* (1999), p. 992 (om »undue experimentation«) og fra seneste retspraksis *Nobelpharma AB v. Implant Innovations*, CAFC 18.11.1997, 44 USPQ 2d 1705 og *Helifix v. Helifix North America Corporation* (99-1196), CAFC 7.4.2000. Betingelsen er imidlertid udtryk for den samme grundlæggende og sympatiske betoning af patentets værdi som en informationskilde, som ligger til grund for det engelske princip om lack of fair basis. Et nationalt krav om angivelse i beskrivelsen af den »bedste løsning« accepteres ved *PCT*, jf. Regel 5.1, a), v), men er ikke opstillet i *EPK*, jf. Regel 27, 1, d) og nærmere herom *Singer* (1995), § 83.17. Se dog også *Oser* (1999), p. 9, som synes tilbøjelig til at inddrage de amerikanske principper i relation til *EPK*.

2.4. Artikel 69 og Protokollen

EPK-systemet adskiller sig fra et nationalt patentsystem i både ideologisk og praktisk henseende. I begge tilfælde står konflikten mellem det *nationale* over for det *regionale*. I *ideologisk* henseende indebærer dette et krav om *harmonisering* med hensyn til de nationale domstoles fortolkning af europæiske patenter. De retlige rammer for denne harmonisering er givet med artikel 69 i *EPK*. Reglen skal gennemgås udførligt i det følgende, men der er god grund til allerede nu at notere, at henset til harmoniseringsidealets centrale betydning for *EPK* er artikel 69 og den nationale ramme for fortolkningen ikke videre vellykket. Bestemmelsen indebærer blot et forsøg på at ensrette national fortolkningspraksis, men ændrer ikke ved fortolkningens grundlæggende nationale karakter. Heri består den afgørende svaghed ved *EPK*-systemet: *EPK*-systemet er i vid udstrækning båret af regionale interesser, men den konkrete udmøntning af disse hensyn fremtræder kun klart i forbindelse med patentudstedelsen for *EPO*. Retshåndhævelsen er overladt til national foranstaltning.

2. EPK og patentkravsfortolkning

2.4.1. Gennemførslen i national ret

EPK artikel 69, stk. 1, lyder således:

»Beskyttelsesomfanget for et europæisk patent eller en europæisk patentansøgning bestemmes efter indholdet af patentkravene. Beskrivelsen og tegningerne kan dog anvendes til fortolkning af patentkravene.«

Af EPK artikel 177, stk. 2, fremgår, at i tilfælde af fortolkningstvivel med hensyn til forståelsen af EPK skal konventionsteksten på *engelsk, fransk og tysk* lægges til grund. Disse lyder således: »The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims«; »L'étendue de la protection conférée par le brevet européen ou par la demande de brevet européen est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications«; »Der Schutzbereich des europäischen Patents und der europäischen Patentanmeldung wird durch den Inhalt der Patentansprüche bestimmt. Die Beschreibung und die Zeichnungen sind jedoch zur Auslegung der Patentansprüche heranzuziehen.« De autoritative tekster er ikke helt overensstemmende, jf. hhv. »'terms of the claims«, »teneur« og »Inhalt«.⁴⁵ Dette har dog næppe praktisk betydning, jf. således *Singer* (1995), § 69.03 og *Grabinski* (1998), p. 859, men dog måske anderledes *Godenhjelm* (1994), p. 166ff. og *Cornish* (1999), § 6.02 fn. 2. I tilfælde af tvivel må man tage alle tre tekster i betragtning, jf. Traktatretskonventionens artikel 33 og *Godenhjelm* (1988), p. 339. Se generelt om den historiske baggrund for artikel 69 især *Bruckhausen* (1974), p. 262f., som noterer, at formuleringen af bestemmelsen stammer fra artikel 8, stk. 3, i Strasbourgkonventionen (Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Inventions).

Gennemførelsen i national ret af artikel 69 har efterladt et tilsyneladende broget billede. I *Danmark* stammer formuleringen af Ptl § 39 fra 1967-loven.⁴⁶ De hensyn, man søgte at varetage med 1967-lovens regel, er ganske lig hensynene bag artikel 69,⁴⁷ og gennemførelsen i dansk ret af arti-

45. For at undgå tvivl foreslås i the Basic Proposal for the Revision of the European Patent Convention af 13.10.2000 (MR/2/00) artikel 69, stk. 1, omformuleret således: »... shall be determined by [...] the claims«.

46. L 479/20.12.1967, jf. NU1963:6, p. 185f. (forslagets § 10, stk. 1, 3. og 4. led) og nærmere *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 213ff. med henvisninger til forarbejder m.v., herunder til betydningen af den europæiske påvirkning (Strasbourgkonventionen og forarbejderne til EPK).

47. Se i sær NU 1963:6, p. 186 og hertil *Godenhjelm* i NIR 1983.546 (diskussion). 1967-loven afløste L 69/13.4.1897 (jf. LBK 361/19.12.1958), som forudsatte eksistensen af et patentkrav – jf. lovens § 12, stk. 2 – men ikke indeholdt bestemmelser om kravet betydning eller fortolkning.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

kel 69 blev ikke anset for at indebære problemer.⁴⁸ Man kunne diskutere, om den sproglige udformning af § 39 på tilstrækkelig præcis måde gengiver indholdet af artikel 69, men der er ingen grund til at fordybe sig videre i disse forskelle (se dog straks nedenfor). Den *svenske* lovs § 39, der heller ikke er ændret i forhold til 1967-loven, lyder: »Patentskyddets omfattning bestämmes av patentkraven. För förståelse av patentkraven må ledning hämtas från beskrivningen.« I Sverige blev forholdet mellem artikel 69 og § 39 drøftet ganske indgående i forbindelse med tilslutningen til EPK ved lovændringen i 1978, idet konklusionen dog blev, at der var god overensstemmelsen mellem reglerne.⁴⁹ I *engelsk* ret – hvor man, som i bl.a. tysk ret, ikke tidligere havde en særlig regel om patentkravets fortolkning og betydning – er artikel 69 optaget i 1977-loven (UKPtI sec. 125) i en omformuleret form.⁵⁰ I *Frankrig* og *Tyskland* er artikel 69 gennemført ved bestemmelser, der nøje svarer til konventionsteksten, jf. hhv. CDPI Art. L. 613-2, 1⁵¹ og TYPtI § 14.⁵²

48. Se navnlig *Plougmann* (1983), p. 216, der ikke ser principielle eller praktiske vanskeligheder med at forene § 39 og artikel 69, men i øvrigt fremhæver *harmoniseringsidealet* i EPK som afgørende. EPK blev forberedt i dansk ret ved lovændringen i 1978, L 264/8.6.1978 (LBK 546/25.10.1976), jf. FT 1976-1977 A sp. 1295ff., hvortil EPK m.v. er vedlagt som bilag (sp. 1489-1890) og herom *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 24. EPK blev imidlertid først ratificeret med virkning fra 1990 (jf. L 368.7.6.1989), idet der først da kunne opnås det fornødne flertal, jf. GrI § 20.
49. Jf. herom *Godenhielm* i NIR 1983.546f. og *Sjöö*, a.st., p. 563ff. for en gennemgang af svensk retspraksis. Den *norske* § 39 lyder: »Patentvernets omfang bestemmes av patentkravene. For forståelse av patentkravene kan veiledning hentes i beskrivelsen.« Norge er ikke medlem af EPK, men det antages, at § 39 indholdsmæssigt svarer til artikel 69, jf. *Stuevold Lassen* i NIR 1983, p. 557ff. og *Stenvik* (1999), p. 297f.
50. »(1) For the purpose of this Act an invention for a patent for which an application has been made or for which a patent has been granted shall, unless the context otherwise requires, be taken to be that specified in the claim of the specification of the application or patent, as the case may be, as interpreted by the description and any drawings contained in that specification, and the extent of the protection conferred by a patent or application for a patent shall be determined accordingly.«
51. »L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications.«
52. »Der Schutzbereich des Patents und der Patentanmeldung wird durch den Inhalt der Patentansprüche bestimmt. Die Beschreibung und die Zeichnungen sind jedoch zur Auslegung der Patentansprüche heranzuziehen.«

2. EPK og patentkravsfortolkning

Af Ptl § 39 fremgår, at vejledning *kan* hentes fra beskrivelsen. Bestemmelsen er herved i overensstemmelse med den danske affatning af artikel 69, men som det fremgår, er oversættelsen fra engelsk her ikke ganske entydig (jf. ordet »shall« i den engelske version). Af den *svenske* § 39 fremgår, at vejledning »*må*« hentes fra beskrivelsen, men dette ordvalg stammer fra det fællesnordiske arbejde som i Danmark ledte til 1967-loven. Formuleringen af den svenske bestemmelse indebærer således ikke en, hverken historisk eller EPK-relateret afvigelse endsige afstandtagen fra den danske formulering. Både den franske og tyske udgave synes – med den engelske – at anvende stærkere udtryk end »kan«, men i alle tilfælde afsvækkes betydningen ved inddragelsen af betingelsen om, at beskrivelsen alene inddrages i det omfang, kravet ikke udtømmende løser spørgsmålet (jf. »nevertheless« og »toutefois« hhv. »jedoch«). Denne sidstnævnte opfattelse af kravet som det primære gælder også i dansk ret: Hvis fortolkningsspørgsmålet entydigt kan løses på baggrund af kravets ordlyd, opstår der intet behov for at gå videre. Selv hvis man således valgte at anlægge en stram ordfortolkning af den danske bestemmelse og således udgik fra den forkerte antagelse, at der i § 39 var tilstræbt et andet indhold end artikel 69, ville man dog komme frem til, at det danske »kan« set i konteksten og læst over det forhold, at *tegningerne* i dansk ret indgår i beskrivelsen (jf. BEK 374/19.6.1998, § 1, stk. 2, nr. 4), på udmærket måde gengiver indholdet af hovedfortolkningsreglen i artikel 69.

2.4.2. Artikel 69 og Protokollen: »Fairness«

Mere interessant end inkorporeringen i national ret er forholdet mellem *konventionsteksten* og *Protokollen om fortolkningen af Konventionens artikel 69* (»Protokollen«). Protokollen lyder således:

»Artikel 69 må ikke fortolkes således, at det europæiske patents beskyttelsesomfang bestemmes ved den snævre, bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd, idet beskrivelsen og tegningerne alene tjener til at fjerne eventuelle flertydigheder i kravene. Artikel 69 må heller ikke fortolkes således, at patentkravene kun tjener som retningslinje, og at beskyttelsen i virkeligheden omfatter det, som en fagmand på grundlag af en gennemgang af beskrivelsen og tegningerne mener, at patenthaveren har ønsket at få beskyttet. Artiklen skal derimod gives en fortolkning, som ligger mellem disse yderpunkter, og som forener en passende beskyttelse for patenthaveren med en rimelig sikkerhed for tredjemand.«⁵³

53. FT 1976-77 A sp. 1878. Den engelske version (gengivet f.eks. a.st., sp. 1877) lyder: »Article 69 should not be interpreted in the sense that the extend of the protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict, literal meaning of the wording used in the claims, the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should it be interpreted in the sense that the claims serve only as guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated. On the contrary, it is to be interpreted as defining a position between these extremes which combines a fair protection for the patentee with a reasonable degree of protection for third parties.« I the Basic Proposal for

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

I engelsk ret har man i lovteksten præciseret, at udformningen af den engelske gennemførelsesbestemmelse af artikel 69 pr. definition afspejler protokollen.⁵⁴ Dette gælder dog også for de lande, hvor dette ikke udtrykkeligt er angivet i loven. Protokollen udgør en integreret del af EPK og skal iagttages på samme måde som de øvrige regler, jf. således udtrykkeligt EPK, artikel 164, stk. 1. I formel henseende er der dermed ingen tvivl om, at Protokollen skal lægges til grund ved anvendelsen af artikel 69, samt at Protokollen er subsidiær i forhold til artiklen, idet den tjener til at angive en bestemt fortolkningsstil i relation til anvendelsen af artikel 69. De reelle vanskeligheder er til gengæld betydelige og består i at sikre en ensartet praksis, jf. herom straks i det følgende.

Protokollens primære formål er at præcisere anvendelsen af artikel 69 og i den forbindelse angive, at der for EPO-patenter gælder en særlig, *harmoniseret* fortolkningsstil. Det nærmere indhold heraf beskrives negativt og positivt. Den *negative* beskrivelse tager form af en afvisning af det klassiske *engelske*⁵⁵ system (1. led) og det klassiske *tyske* (2. led).⁵⁶ Hermed opnås først og fremmest markering af afstand til de *nationale* udgangspunkter, uanset disses indhold. Artikel 69 foreskriver en selvstændig og *anational* fortolkningsstil. Henvisningen til den tyske og engelske tradition indebærer dog en vis indikation både af den ønskelige fortolkningsstil – beskyttelsen skal kunne henføres til kravene – og resultat – hverken urimeligt snævert eller bredt. Det er i den forbindelse den almindelige opfattelse, at formuleringen af artikel 69 i form af en begrænsning af fortolkningsadgangen til beskrivelsen og betoningen af klarhed ved formuleringen af kravene (jf. om artikel 84 ovenfor) lægger sig tæt-

the Revision of the European Patent Convention af 13.10.2000 (MR/2/00) foreslås Protokollens nuværende ordlyd *suppleret* to artikler vedr. ækvivalens og »prior statements«, se herom nedenfor, 4.1.3.

54. UKPtI sec. 125(3) og 130(7).

55. Og ifølge *Singer* (1995), § 69.02 også den *nordiske* stil. Beskrivelsen af dansk ret som tilhørende den anglo-amerikanske gruppe (»What is not claimed is disclaimed«) deles ikke af danske forfattere, jf. *Koktvedgaard & Østerborg* (1979), p. 216ff. og *Koktvedgaard* (1999), p. 233, medmindre *Singer* med sin bemærkning sigter til retstilstanden før 1936; hvad der næppe er tilfældet. Heller ikke for *svensk* ret er bemærkningen dækkende, jf. *Koktvedgaard & Levin* (2000), p. 249.

56. Det er altid vanskeligt at beskrive komplicerede retsfigurer ved hjælp af enkelte sætninger. Det noteres da også ofte i litteraturen, at henvisningerne i Protokollen har karakter af karikaturer af den engelske hhv. tyske retsstilling, jf. *Jacob* (1999), p. 483 (vedr. engelsk ret). Det primære formål med henvisningerne er da også et andet, jf. straks i det følgende.

2. EPK og patentkravsfortolkning

tere op ad den *engelske* model («the fence pole approach») end af den tyske («sign post»)⁵⁷

Med hensyn til resultatet af den fortolkningsstil, som Protokollen foreskriver i den *positive* del – »en fortolkning ... som forener en passende beskyttelse for patenthaveren med en rimelig sikkerhed for tredjemand« – er en vurdering mere vanskelig. Protokollens sidste sætning sammenfattes gerne som udtryk for et krav om en »fair beskyttelse«.⁵⁸ Hvis man opfatter fairness-kravet som rettet mod den konkrete, individuelle fortolkning, dvs. som et *materielt* krav, fortaber dets betydning sig aldeles. Hvem kan være imod en »fair« beskyttelse, som sikrer både patenthaver og tredjemand?⁵⁹ Fairness-kravet skal derfor nok først og fremmest læses i forlængelse af første led af artikel 69 og bør i den forbindelse opfattes som et *formelt kriterium*. Kriteriets væsentligste betydning er i den forbindelse at operationalisere de almene hensyn, som er knyttet til patentfortolkningen. Det væsentligste hensyn i den forbindelse er det regionale harmoniseringskrav. En »fair« beskyttelse er herefter først og fremmest en beskyttelse, som medvirker til at realisere den *regionale målsætning*, som er knyttet til EPK, dvs. en fortolkning, som dels understøtter EPOs praksis – idet tildelte rettigheder respekteres og tillægges virkning efter deres indhold – dels er tilpasset national praksis i de øvrige EPK-lande.

Godenhielm (1994), p. 225, paralleliserer fairness-kravet i artikel 69 med udviklingen i den almindelige *kontraktsret*, hvor fairness (rimelighed/loyalitet) som nævnt i indledningen 3.4 og 3.5 udgør et centralt moment. På dette sted noteres, at opfattelsen af artikel 69 som en primært formel henvisningsreglen, der tjener til at operationalisere de aktuelle, samfundsmæssige hensyn, har almen betydning. Hermed er også givet, at den materielle retsuskikkerhed, som følger med artikel 69 og den tendens til en formalisering af retsanvendelse, som skal påpeges i det følgende (ækvivalenslæren) indebærer vanskeligheder, også for den nyere kontraktsrets anvendelse af retlige standarder m.v.

57. Bruchhausen (1974), p. 255 og Cornish (1999), §§ 4.38 – 4.4.0.

58. Brinkhof (1990), p. 492 og Godenhielm (1994), p. 226.

59. Chisum (1988), p. 52, som sammenfatter hensigten ved den *amerikanske* patentkravslære således: »Donner une définition claire de l'invention pour aider à déterminer la brevetabilité et les contrefaçons, et assurer à l'inventeur un champ de protection équitable«. Afgørende er, *hvorledes* balancen i praksis gennemføres.

3. International praksis

Med henblik på at give et indtryk af indholdet af national praksis og EPKs betydning herfor beskrives i det følgende udviklingen i *tysk* og *engelsk* patentret. Når disse to lande er udvalgt, skyldes det dels deres almindelige betydning for EU-udviklingen, dels at de i patentretlig henseende er udtryk for EPKs to modpoler, således at de praktiske og principielle vanskeligheder i de øvrige EPK-lande i et vist omfang befinder sig inden for de rammer, som disse to lande angiver. Medtagelsen af *USA* – som ikke er medlem af EPK – skyldes ønsket om at angive diskussionens globale dimension. I den forbindelse er en drøftelse af amerikansk ret uomgængelig.

3.1. Tyskland

Et gennemgående træk i moderne tysk patentfortolkningslære er en afvisning af det traditionelle udgangspunkt på dette område: »Die Dreiteilungslehre« (eller »kerne-læren«) og princippet om »der *allgemeiner Erfindungsgedanke*«. ⁶⁰ Når der på trods af dette er grund til at notere sig de traditionelle tyske positioner, skyldes det dels, at det traditionelle udgangspunkt i et eller andet omfang fortsat har konkret betydning, dels at Protokollen til EPK artikel 69 udtrykkeligt henviser til den tyske (og engelske) tradition, hvorved et vist kendskab til denne er nødvendig for at forstå Protokollen.

En regel om patentfortolkning findes nu i TYPtI § 14. ⁶¹ Reglen stammer fra 1978, hvor EPK blev implementeret i tysk ret. Med EPK ændredes retsgrundlaget for tysk patentret på dette område. Den generelle betydning af artikel 69 og det overordnede forhold mellem ældre tysk teori og § 14 blev fastlagt af den tyske højesteret i *Formstein*-dommen af 29.4.1986. ⁶² Højesteret fastlog indledningsvis, at § 14 indebar en grundlæggende forandring af tysk ret og af patentkravenes betydning for for-

60. Et rids over den historiske udvikling gives lige nedenfor. Gode oversigter over traditionel tysk ret findes hos *Bruchhausen* (1973), p. 321-325 og (1974), p. 263-265, *Ullmann* hos *Benkard* (1993) PatG, §14 Rdn 161-179, *Godenhelm* (1994), p. 173-179 (hvor den moderne udvikling er med) og *Singer* (1995), § 69.06 og 07.

61. Bestemmelsen er gengivet ovenfor, 2.4.1.

62. *Formstein*, GRUR 1986.803 (IIC 1987.795 komm. *Geissler*). Se fra senere praksis fra BGH navnlig dom af 14.6.1988, *lonenanalyse*, GRUR 1988.896. p. 899 og generelt *Ullmann* hos *Benkard* PatG (1993), §14. Se fra nyere praksis bl.a. LG Düsseldorf dom af 22.9.1998, GRUR 1999.458 (*Sonnenblende II*).

tolkningen.⁶³ Om den konkrete udmåling af beskyttelsesomfanget hed det dernæst:

»Der Schutzbereich eines nach dem 1. Januar 1978 angemeldeten Patents bemisst sich hinsichtlich der Benutzung der Erfindung durch Äquivalente nach dem durch Auslegung zur ermittelnden Inhalt der Patentansprüche. Es ist dabei auf die vom Fachmann erkennbare Tragweite der Erfindung abzustellen. Zu Frage ist, ob der Fachmann aufgrund der in den Ansprüchen unter Schutz gestellten Erfindung dazu gelangt, das durch die Erfindung gelöste Problem mit gleichwirkenden Mitteln zu lösen, d.h. den angestrebten Erfolg auch mit anderen Mitteln, die zu diesem Erfolg führen, zu erreichen. Lösungsmittel, die der Durchschnittsfachmann aufgrund von Überlegungen, die sich an der in den Patentansprüchen umgeschriebenen Erfindung orientieren, mit Hilfe seiner Facherkenntnisse als gleichwirkend auffinden kann, sind regelmäßig in der Schutzbereich des Patents einbezogen. Das gebietet das Ziel der angemessenen Belohnung des Erfinders unter Beachtung des Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.«⁶⁴

I formålsangivelsen henvistes nu ud over belønningen til *retssikkerheden*, hvorved klarheden betonedes på bekostning af rimeligheden. Rimeligheden fik dog også sit: Beskyttelsesomfanget skal således almindeligvis (»regelmæssig«) udledes af kravet, således som det må forstås af en fagmand, men udbygget med sådanne forhold, som forekommer denne fagmand *ligeværdige* (»gleichwirkend«): *Ækvivalenslæren*. Ækvivalensbedømmelsen er subsidiær i den forstand, at spørgsmålet om udbygning først kommer på tale, hvis der ikke foreligger identitet mellem patentet og det påståede indgreb (»wortsinngemäße Benutzung«),⁶⁵ og anvendelsen heraf forudsætter derfor – i hvert fald principielt – en vis begrundelse for, at patentets beskyttelsesomfang udstrækkes ud over kravets ordlyd.⁶⁶ Ækvivalensprincippet indtager dog en i både praktisk og principiel henseende central rolle.⁶⁷

63. GRUR 1986, p. 805: »Im Gegensatz zu der Rechtslage bis 1978 sind nunmehr die Patentansprüche nicht nur der Ausgangspunkt, sondern maßgebliche Grundlage für die Bestimmung des Schutzbereichs.«

64. GRUR 1986, p. 805. Se om dommen og om forholdet til EPK artikel 69 generelt hos *Pagenberg* (1993), *Godenhjelm* (1994), p. 175-179 og *von Falck* (1998).

65. Jf. nærmere BGH dom af 17.2.1999, GRUR 1999.914 (*Kontaktfederblock*) og herom *Meier-Beck* (2000), p. 359.

66. Jf. *Ullmann* hos *Benkard* (1993) PatG § 14 Rdn 125.

67. Den nærmere fortolkning på baggrund af ækvivalensprincippet giver anledning til særlige problemer i relation til *kemiske patenter*. *Ullmann* hos *Benkard* (1993) PatG § 14 Rdn 53, anfører således, at ækvivalenslæren er uanvendelig i relation til *stofpatenter*, hvorimod læren står til rådighed i tilfælde af syntese- eller anven-

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

Tysk ret indeholdt ikke før EPK en bestemmelse i loven, som direkte angik fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget. Principperne i så henseende var udviklet i retspraksis med udgangspunkt i § 6 i TyPtl af 1968 (»Gegenstand der Erfindung«).⁶⁸ På den baggrund udvikledes *tredeelingen* af beskyttelse i »unmittelbare Gegenstand des Patents«, »Gegenstand des Patents« og »allgemeiner Erfindungsgedanke«. Fastlæggelsen af beskyttelsen var den tekniske lære, som den blev forstået af en »Durchschnittsfachmann«. Under beskyttelsen faldt uden videre de såkaldte »glatten Äquivalente«, dvs. forhold, som vel ikke var nævnt i kravet, men som af en fagmand umiddelbart måtte anses for ligeværdige hermed. Beskyttelsen udstraktes imidlertid undertiden også til at omfatte »nicht-glatten Äquivalente«, som af *Godenhielm* beskrives som »... sådana medel som fackmannen först efter vissa överbåganden uppfattade som ekvivalenta med vad som angavs i patentskriften«.⁶⁹ Resultatet var et undertiden meget bredt og uforudsigeligt beskyttelsesomfang, idet praksis dog varierede noget over tid.⁷⁰ *Patentkravet* blev således ikke i traditionel tysk ret anset for at udgøre en hverken praktisk eller principiel barriere for patentbeskyttelsens omfang (»the sign post approach«). Praksis blev dog strammet efter en dom fra den tyske højesteret i 1954,⁷¹ hvorefter den almindelige opfinderiske idé skulle kunne udledes af *patentkravet*.⁷² Rammen for fastlæggelsen af beskyttelsesindholdet var – og er – dog fortsat den opfinderiske idé/patentets kerne.⁷³

3.2. England

Det traditionelle engelske udgangspunkt var, at en krænkelse af et patent forudsatte, at krænkeren havde udnyttet *alle* dele af opfindelsen, som den var beskrevet i kravet: *Textual infringement*.⁷⁴ Lord Russel for

delsespatenter (Rdn. 55 og 60 (jf. dog Rdn 57 og 58 om beskyttelsen af senere indikationer)). Denne begrænsning kritiseres voldsomt af *Lederer* (1998). Diskussionen afspejler en risiko ved, som i tysk ret, at knytte den bredere og skønsmæssige udmåling af beskyttelsesomfanget til ækvivalensprincippet i stedet for at anlægge en konkret helhedsvurdering

68. »Das Patent hat die Wirkung, daß allein der Patentinhaber befugt ist, gewerbmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen ...«, jf. nærmere *Klauer-Möhring* (1971) PatG § 6. Den ældre retspraksis vedblev at have betydning for patenter meddelt før 1.1.1978.

69. *Godenhielm* (1994), p. 174.

70. Indtil midten af 1930-erne var praksis særligt liberal, jf. nærmere *Bruchhausen* (1973), p. 322.

71. GRUR 1955.29.

72. *Bruchhausen* (1973), p. 322.

73. *Klauer/Möhring* (1971), PatG § 6 Rdn 4: »Wenn also der Patentanspruch die Erfindung, d.h. den Erfindungsgedanken, nicht immer in ihrer ganzen Tragweite eindeutig umgrenzt, so muß man den Patentschutz in manchen Fällen auch über den Wortlaut des Patentanspruchs hinaus erstrecken, will man dem Grundgedanken des Patentgesetzes gerecht werden und der schöpferischen Leistung einen wirksamen Schutz gewähren.« Nærmere også *Godenhielm* (1994), p. 174 m. henv.

74. *Godenhielm* (1994), p. 183f. og *Terrell*, 13. udgv. 1982, § 6.02: »The infringement [i henhold til 1949-loven] was the doing, after the date of publication of the complete specification [jf. 1949-lovens sec. 13], of that which the patent had prohibited

mulerede i 1939 den traditionelle begrundelse for udgangspunktet således:

»The function of the claim is to define clearly and with precision the monopoly claimed, so that others may know the exact boundaries of the area within which they will be trespassers. Their primary object is to limit and not to extend the monopoly. What is not claimed is disclaimed... the forbidden field must be found in the language of the claims and not elsewhere«⁷⁵

Læren baseret på textual infringement blev imidlertid traditionelt modificeret, bl.a. i relation til *pioneropfindelser*, som nød – og bør nyde – bredere beskyttelse end mere banale opfindelser.

Den væsentligste modifikation af princippet om textual infringement udsprang imidlertid – og som i amerikansk ret – af hensynet til at hindre *omgåelser*. Udgangspunktet om textual infringement indebar således, at en opfindelse f.eks. i form af en fremgangsmåde kendetegnet ved forholdene »A, B og C«, kun blev anset for krænkelse, hvis alle tre forhold fandtes i den påståede krænkende metode. En metode, hvorved der blev opnået samme resultat, men på en anden måde – ved f.eks. »A og B« eller »A,B og D« (hvor »D« var en oplagt substitut for »C«) – indebar således ingen krænkelse, og kunne derfor ikke hindres af patenthaver. Konsekvensen af en sådan opfattelse var, at patentet »A,B,C« i en række tilfælde kunne omgås ved foretagelsen af mindre ændringer. En sådan retsstilling stred mod både den sunde fornuft og formålet med patentretten, idet patenthavers belønning reelt ville forsvinde, hvis man accep-

being done«. Opfattelsen heraf svarer nøje til den principielle opfattelse af kravets rolle – »fence post-claiming« – jf. herved *British United Shoe Machinery Co. Ltd. v. Fussells & Sons Ltd.* (1908) 25 RPC 631, der fastslog patentkravets rolle og betydning: »... the delimitation of the invention and full practical directions how to use it ... are in their nature almost antagonistic. As it is the duty of the inventor to give the fullest practical information to the public, he is bound to put in, if, for instance, the invention is a process, quantities and times which are the best he knows. But it would be very cruel to hold him to the invention when carried out only with those best quantities and times, because a person could then take his invention in substance if he did not take it in quite the best way, and the value of the grant would be practically nothing. Hence inventors, in their own protection, took to introducing into their specifications language intended to distinguish between that which was there for the practical information of the public, and that which was there for delimitation of the invention. Out of that has arisen the practice, which originally was perfectly optional, of having a separate part of the specification primarily designed for delimitation. That is what we call the claim.«

75. *Electric and Musical Industries Ltd. v. Lissen Ltd.*, (1939) 56 RPC 23, p. 39 (kursiveret her), jf. også, a.st., p. 41ff.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

terede omgåelse. Det har derfor været det traditionelle udgangspunkt, at patentet »A,B,C« efter omstændighederne kunne anses for krænkelse ved f.eks. »A,B« eller »A,B,D«. Også en brug, som ikke indebar en direkte kopiering af alle led i kravet, udgjorde således efter omstændighederne en krænkelse, hvis de forhold, som var udeladt, alene var »'non-essential' integers« eller kunne sidestilles hermed.⁷⁶ I nogle tilfælde statueredes således en krænkelse, selv om der ikke var identitet, hvis den senere brug omfattede patentets substans; »the pith and marrow of the claim«.^{77 78}

Pith and marrow-doktrinen indebar set ud fra en vis betragtning en udvidende fortolkning: Patentet beskrevet i kravene som kendetegnet ved »A,B,C« blev anset for krænkelse også ved (f.eks.) fremgangsmåden kendetegnet ved »A,B,D«.⁷⁹ Dette er dog ikke det karakteristiske for læren. Cornish fremhæver således i sin beskrivelse, at standarden ikke på nogen måde medførte »some broader catch-net«.⁸⁰ Hermed adskiller the pith and marrow-doctrine sig i følge den engelske opfattelse radikalt fra ækvivalenslæren, som den blev udviklet i amerikansk ret som reaktion mod en tilsvarende frygt for omgåelser (nærmere i det følgende). For patentkravsfortolkningen er klassisk engelsk ret kendetegnet ved en stram ordfortolkning, uden at denne dog er uden praktiske eller principielt vigtige undtagelser. Klassisk engelsk ret er endvidere karakteriseret ved en generel tendens til at afvise en formalisering af fortolknin-

76. Cornish (1999), § 6.03.

77. Formuleringen af »the pith and marrow-doctrine« tilskrives Lord Cairns i *Clark v. Adie*, (1877) 2 App. Cas. 315. I samme sag beskrev James LJ baggrunden for princippet således: »[there] may be an essence or substance of the invention underlying the mere accident or form; and that invention, like any other invention, may be pirated by a theft in a disguised or mutilated form, and it will be in every case a question of fact whether the alleged piracy is the same in substance and effect, or is a substantially new or different combination« (citeret efter Lord Reid i *Van der Lely N.V. v. Bamfords Ltd.* (1963) RPC 61). En generel oversigt over udviklingen i engelsk ret giver Godenhielm (1994), p. 183-188. En beskrivelse af den traditionelle pith and marrow-doktrin findes hos Terrell i 13. udg. (1982), §§ 6.51ff., jf. Terrell (1994), §§ 6.36 og 6.42.

78. Lord Reid sammenfattede i 1963 retsstillingen således i *Van der Lely N.V. v. Bamfords Ltd.* (1963) RPC 61: »Copying an invention by taking its 'pith and marrow' without textual infringement of the patent is an old and familiar abuse which the law has never been powerless to prevent. It may be that in doing so there is some illogicality, but our law has always preferred good sense to strict logic.«

79. Terrell, 14. udg., 1994, § 6.43: »... mere colourable evasions of the strict language of the claims will not avoid infringement«.

80. Cornish (1999), § 6.03.

gen i form af almene principper (ækvivalens) eller opstillingen af tommelfingerregler (canons).

Ifølge *Cornish* indebar praksis i løbet af 1960-erne en tendens til en øget betoning af kravets ordlyd og dermed en begrænsning af beskyttelsens omfang. *Cornish* synes at anse stramningen som en konsekvens af, at de pågældende opfindelser ikke havde større værdi.⁸¹ I 1978 bevægede udviklingen sig imidlertid i en anden retning med House of Lords' dom i *Beecham Group v. Bristol Laboratories*.⁸² Sagen angik et patent på et lægemiddel (et syntetisk penicillin). Patentet fandtes at være krænkert ved import og salg af et stof, som ikke havde den samme kemiske sammensætning som det patenterede, men som i den menneskelige organisme blev *omdannet* til dette stof. *Cornish* fremhæver, at dommen angik »an invention of basic importance«,⁸³ og forstået således, kan man udmærket begrunde den udvidelse af beskyttelsen, som sagen indebar, i relation til den traditionelle model (pioneropfindelsen). *Godenhelm* derimod hæfter sig navnlig ved, at opfindelsen angik en *kemisk forbindelse* (stofpatent), hvorved den traditionelle lære (textual infringement og the pith and marrow-doctrine), som er udviklet til brug for mekaniske patenter, så at sige blev fanget på det forkerte ben, idet praksis tilsagde, at der ikke forelå en krænkelse – idet formelen som patenteret ikke gik igen i det påståede indgreb – mens de konkrete omstændigheder (»good sense«) pegede i modsat retning.⁸⁴

For patentkravslæren blev den (viste det sig) tendens til en bredere beskyttelse, som lå i *Beecham*-sagen, bekræftet ved den centrale *Catnic*-dom fra House of Lords fra 1982.⁸⁵ Dommen, der blev den sidste højeste

81. *Cornish* (1999), §§ 6.03f.

82. 1978 RPC 153 og nærmere *Cornish* (1999), § 6.04.

83. *Cornish* (1999), § 6-04.

84. *Godenhelm* (1994), p. 184 og 314f.

85. *Catnic v. Hill & Smith*, 1982 RPC 183. *Catnic*-sagen angik en ståloverligger (»a lintel«) til brug for indmuring over døre og vinduer til forstærkning af disse. Overliggeren – der var en stor kommerciel succes – bestod af en hul konstruktion med to »ben«, som ifølge kravet udgik *lodret* fra (»'extended vertically' from«) overdelens bagside. Det krænkende produkt adskilte sig herfra ved, at benene var anbragt i en vinkel, som afveg 6 til 8 pct. fra lodret (90°), uden at dette var begrundet i tekniske hensyn el.lign. Ved fastlæggelsen af, at der forelå en krænkelse, henholdt den engelske højesteret sig til, at den relevante betragter var en bygningsarbejder, for hvem afvigelsen ikke havde praktisk betydning. Domstolen forklarede, at »extending vertically« set i sammenhængen »is perfectly capable of meaning positioned near enough to the exact geometrical vertical [dvs. 90°] to enable it in actual use to perform satisfactorily all the functions that it could

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

retsdom afsagt på baggrund af 1949-loven, indebar et systemtskifte i engelsk patentret: *Fra* en »'purely literal' construction« og *til* en »'purposive' construction«. Lord *Diplock* slog indledningvis fast, at sondringen mellem »textual infringement« og »the pith and marrow« ikke var principiel: »There is but one single course of action.«⁸⁶ Indholdet »a purposive construction« beskrev Lord *Diplock* således, idet udgangspunktet for den nuværende praksis dermed blev givet:⁸⁷

»My Lords, a patent specification is a unilateral statement by the patentee, in words of his own choosing, addressed to those likely to have a practical interest in the subject matter of his invention (i.e. 'skilled in the art'), by which, he informs them what he claims to be the essential features of the new product or process for which the letters patent grant him a monopoly. It is those novel features only that he claims to be essential that constitute the so-called 'pith and marrow' of the claim. A patent specification should be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge. The question in each case is: whether persons with practical knowledge and experience of the kind of work in which the invention was intended to be used, would understand that strict compliance with a particular descriptive word or phrase appearing in a claim was intended by the patentee to be an essential requirement of the invention so that any variant would fall outside the monopoly claimed, even though it could have no material effect upon the way the invention worked.«⁸⁸

3.2.1. 1977-patentloven og EPK

Den formålsbestemte fortolkning, som den beskrives i *Catnic-dommen*, muliggjorde, og lagde vel med afvisningen af en »purely literal« fortolkning også op til, en *udvidelse* af beskyttelsesområdet.⁸⁹ Liberaliseringen

perform if it were precisely vertical« (p. 244). På den baggrund anså House of Lords det senere produkt for omfattet af patentretten og dermed som en krænkelse. Sagen omtales udførligt af bl.a. *Jacob* (1999), p. 480ff., hvor kravet er gengivet (med tegninger).

86. 1982 RPC, p. 242. *Jacob* (1999), p. 481, betegner Lord *Diplock* som (i denne henseende) »a bit Stalinist« (»re-writing of history«).

87. *Terrell* (2000), §§ 6.09ff. og nærmere i det følgende.

88. Dommens p. 242-243.

89. *Domeij* (1998), p. 485f. synes at undervurdere dommens principielle betydning, som netop indebar en afvisning af en rent sproglig fortolkningstil som rettesnor. Se således også *Haertel & Stauder* (1982), p. 86, der oversætter udtrykket »purposive construction« med »zweckgerichteter oder zweckorientierter Auslegung«. Dermed er ikke sagt, at man ikke konkret kan vælge en sprogligt snæver udlægning, hvis formålsbetragtninger tilsiger det. Dette var således tilfældet i *Buhler AG v. Satake UK Ltd.*, Patents High Court, EIPR 1998.N-12 (afgjort efter 1949-loven), jf. *Forsyths* kommentar, a.st. Se også *Electrolux*-sagen lige nedenfor.

må imidlertid læses over de historiske forudsætninger. Afgørende er således fortsat, om den påstående krænkelse befinder sig inden for kravets ordramme («within the ambit of the language»⁹⁰).⁹¹ I forbindelse med implementeringen af EPK pr. 1.6.1978 ved den stadig gældende engelske patentlov (Patents Act 1977 – UKPtI) til afløsning for 1949-loven ændredes grundlaget for diskussionen. *Catnic*-dommen udgør imidlertid fortsat – og efter nogen diskussion blandt domstolene – det principielle udgangspunkt for engelsk ret, men siden dommen er der sket en forskydning i bedømmelsen, således, at engelsk ret har nærmet sig kontinental europæisk ret (tysk) i relation til fortolkningens indhold og beskyttelsens genstand.⁹²

3.2.2. *Epilady*-dommen og EPK

Epilady-dommen blev afsagt i maj 1989 på baggrund af 1977-loven.⁹³ Afgørelsen angiver med sin omskrivning af *Catnic*-dommens princip om »purposive construction« til de tre »*Improver*-questions« det almindelige, operationelle udgangspunkt for patentfortolkningen i engelsk ret.

Epilady-sagen angik gyldigheden og beskyttelsesomfanget af et europæisk patent på »an electrically powered cosmetic devise for removing hair«. *Epilady*-apparatet var kendetegnet ved, at det fjernede hår ved hjælp af en spiralformet fjeder (»a helical spring«), som fangede de enkelte hår og trak dem ud. Det omtvistede produkt – Smooth and Silky(!) – anvendte derimod en »gummikam« (»a rubber cord«), der tjente samme formål som fjederen i *Epilady*-apparatet.⁹⁴ Spørgsmålet var med andre ord (dommer *Hoffmanns*) »whether the rubber cord in [»Smooth and Silky«] is a 'helical spring' as that expression is used in the claims of the patent in suit«. *Hoffmann*

90. Jf. den senere *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, IIC 1990.860, p. 863 og *Terrell* (2000), § 6.17, der sammenfatter det engelske udgangspunkt således: »The correct approach is to construe the language of the claims, albeit purposively, rather than merely to seek to extract a general principle from them.«.

91. *Jacob* (1999), p. 481, noterer da også, at indholdet af Lord Diplocks dictum navnlig er en afvisning af ækvivalenslæren. Se også *Terrell* (2000), § 6.19: »Purposive construction is a principle of construction of the claim language, and does not entitle the Court to rewrite or amend the claim in the guise of construing it.«

92. Se nærmere hos *Kern* (1998), p. 257f., om betydningen af begrebet »*inventive concept*« (der giver mindelse om det fra tysk ret velkendte begreb »*Erfindungsgedanke*«), der bl.a. ved *Kastner* og *Beloit*-dommene (nedenfor) er optaget i engelsk ret, og som ifølge *Kern* er udtryk for en »europæisering« af engelsk patentret.

93. IIC 1990.860.

94. Kravet er optrykt i sagen. En nøje beskrivelse af Smooth and Silky er givet i den tyske dom, jf. IIC 1993.839 (hvor den var markedsført under navnet »Lady Remington Liberty«).

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

anså patentet for gyldigt, men fandt ikke, at der forelå en krænkelse. Ved dette sidste punkt adskilte den engelske dom sig fra navnlig den tilsvarende tyske dom.⁹⁵

Hoffmann J tog udgangspunkt i *Catnic*-dommen og formulerede følgende test:

- »1. Patent claims are to be given a purposive construction.
2. When applying the doctrine of equivalents, the court should ask three further questions:
 - 1) Does the variant have a material effect upon the way the invention works?
If yes, the variant is outside the claim. If no –
 - 2) Would this (*i.e.* that the variant had no material effect) have been obvious at the date of publication of the patent to a reader skilled in the art. If no, the variant is outside the claim. If yes –
 - 3) Would the reader skilled in the art nevertheless have understood from the language of the claim that the patentee intended that strict compliance with the primary meaning was an essential requirement of the invention. If yes, the variant is outside the claim.

On the other hand, a negative answer to the last question would lead to the conclusion that the patentee was intending the word or phrase to have not a literal but a figurative meaning (the figure being a form of synecdoche or metonymy) denoting a class of things which included the variant and the literal meaning, the latter being perhaps the most perfect, best-known example of the class.«

Dommer *Hoffmann* besvarede det første spørgsmål benægtende og det andet bekræftende. Afgørende blev derfor forståelsen af det tredje spørgsmål, som ifølge dommeren også er det afgørende spørgsmål, og det eneste, som angår fortolkning.⁹⁶ Eftersom spørgsmål tre måtte besvares bekræftende, forelå der *ikke* en krænkelse.

Forholdet mellem *Catnic*-dommen, som den blev udlagt af *Hoffmann J* i *Epilady* – især det mærkværdige tredje spørgsmål – og EPK artikel 69 med tilhørende Protokol har givet anledning til en ganske omfattende og igangværende debat i engelsk retspraksis og teori. Udgangspunktet var en opfattelse af, at klassisk engelsk patentfortolkningslære for så vidt stemte overens med kravene i EPK (herunder Protokollen), således at 1977-patentloven ikke indebar nogen videre ændring. Heller ikke

95. Dommene findes i: *England*: IIC 1990.561 og 860 (komm. *Sherman*); *Holland*: IIC 1990.586 og 589 og IIC 1993.832; *Tyskland*: IIC 1990.572. Se for henvisninger til yderligere sager IIC 1993.832.

96. Formålet med de to første spørgsmål er således blot at tilvejebringe »the factual background against which the specification must be construed«.

Catnic-dommen og princippet om purposive construction antoges at give anledning til problemer i så henseende, hvilket blev fastslået af Court of Appeal i en dom fra 1988.⁹⁷ I Court of Appeal-dommen *PLG Research Ltd. v. Ardon Int. Ltd.* fra 1994⁹⁸ slog *Neill LJ* imidlertid andre strenge an, idet han anbefalede, at man overlod den videre diskussion af indholdet af Lord *Diplocks* udtalelser i *Catnic* til retshistorikerne, som passende også kunne drøfte *Improver*-sagens tredje spørgsmål.⁹⁹ *PLG*-sagens afvisning af *Catnic* må dog nu siges selv at være blevet retshistorie, både for så vidt angår afvisningen af princippet om purposive construction og afvisningen af det tredje *Improver*-spørgsmål.¹⁰⁰ Court of Appeal har således i en række efterfølgende domme, navnlig *Kastner v. Rizla Ltd.* fra 1995,¹⁰¹ udtrykkeligt fastslået, at den formålsbestemte fortolkning (purposive construction), som den kom til udtryk i *Improver*-spørgsmålene, sikrer Protokollens afbalancering mellem »fairness« og »a reasonable degree of certainty«.

Resultatet bliver almindeligvis en relativt *snæver* fortolkning karakteriseret ved en betoning af kravets ordlyd. Hertil kommer en almindelig – og sund – afvisning af fortolkningsprincipper og -maksimer; herunder principper, der entydigt peger i retning af ordlyden. I *Kastner*-dommen fremhævede *Aldous LJ* således, at man må undgå »... an over-rigid application of the third *Improver* question as that would lean away from the middle course to which the Protocol directs, thereby resulting in unfairness to the patentee«. Heri ligger navnlig, at fortolkningen indebærer et vist råderum for fortolkeren til at vælge en bred forståelse af kravets ordlyd (»*Humpty Dumpty construction*¹⁰²«), jf. nærmere straks nedenfor. I *Electrolux Northern Ltd. v. Black & Decker*-dommen fra april 1996 sammenfattede *Laddie J* udgangspunktet således:

97. *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, IIC 1990.561.

98. (1995) RPC 287.

99. I stedet for »the requirements of common law before 1977« satte dommer *Neill* »[those] of the Protocol and the developing jurisprudence«. Dommen er i henseende til sit ideal fornem, idet *Neill* på baggrund af en ganske nøje gennemgang af en længere række tyske afgørelser på baggrund af EPK artikel 69, konkluderede, at tysk praksis (læren om »ækvivalens) korresponderer med Protokollen, og at dette ikke er tilfældet for det tredje *Improver*-spørgsmål (som derfor burde erstattes med ækvivalenslæren).

100. Diskussionen de lege ferenda er dog ikke historisk, jf. således især *Turner* (1999): »Purposive Construction: Seven Reasons Why *Catnic* is Wrong«.

101. IIC 1997.114. Se om sagen bl.a. *Oliver* (1996).

102. *Pumfrey J* i *Merck v. Monsato*, High Court, Patents, 4.2.2000 (CH 1998 M 1421).

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

»The patent must 1) be given a purposive construction [Catnic og Kastner-dommen], 2) it should be interpreted so as to combine fair protection for the patentee with a reasonable degree of certainty for third parties [EPK, artikel 69] and 3) an over-rigid application of any canon of construction is not appropriate [Kastner].«¹⁰³

Med henvisningen til »Humpty Dumpty-interpretation« tænkes givet på følgende passus fra Lewis Carrolls »Alice Through the Looking Glass«: »'When I use a word,' Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean – neither more nor less.' 'The question is', said Alice, 'whether you can make words mean so many different things.' 'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master – that's all.'« (The Annotated Alice, Penguin Books, 1965, p. 269).

3.3. USA

Regler for patentkrav (claims) findes nu i USPTl § 112,¹⁰⁴ men den amerikanske patentlov indeholder ingen bestemmelse svarende til EPK, artikel 69. Også i amerikansk ret udgør patentkravene imidlertid udgangspunktet og rammen for fastlæggelsen af beskyttelsesområdet: »It is axiomatic that the claims measure the invention, and courts may neither add to nor detract from a claim.«¹⁰⁵ Patentkravets centrale rolle beror dels på den traditionelle monopol frygt, som naturligt leder til en skeptisk tilgangsvinkel, dels på den principielle opfattelse i amerikansk ret

103. (1996) FSR 595. Se fra senere praksis også *Beloit Technologies Ltd. v. Valmet paper Machinery Inc.*, IIC 1999.100, p. 102: »To arrive at the middle ground between liberal and literal construction required by [Protokollen] purposive construction is necessary and the best approach is to use the [Improver-questions] (Aldous LJ). Tilsvarende i *Plastus Kreativ AB v. Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, dom af 1.5.1997 (No CHPCF 95/1782/B), (1997) RPC 737 (Aldous LJ). Se også afgørelserne fra Court of Appeal: *Cleanse Corp. v. BP Chemicals*, EIPR 1998.N-172, *Union Carbide Corp. v. BP Chemicals Ltd.* (Fließbettpolymerisationsverfahren), GRUR Int. 2000.936-940 (kom. Thomas Adams) og *Bortec Ltd. v. Drillsafe Ltd.* (1999/0327/3 af 5.7.2000) og fra High Court: *Cartonneries de Thulin SA v. CTP White Knight Ltd.*, EIPR 1999.N-88 og *Alfred Alexander Taylor v. Ishida*, EIPR 2000.N-19. Se for yderligere eksempler Harris (1999), p. 255. I *Merck v. Monsanto*, High Court, Patents, 4.2.2000 (CH 1998 M 1421), fastslog Pumfrey J, at de almindelige principper (Catnic og Epilady) også finder anvendelse i forhold til kemiske patenter, selv om anvendelsen af principperne i sådanne tilfælde giver anledning til særlige problemer (dommens punkt 196, jf. 192).

104. »... the specification shall conclude with one or more claims particularly pointing out and distinctly claiming the subject matter which the applicant regards as his invention ...«. Sec. 112 indeholder i nr. 6 en særlig regel vedrørende patentkrav formuleret i »means-plus-function«-sprog.

105. *Sealed Air Corp. v. U.S. Int'l Trade Comm'n* (209 U.S.P.Q. 469, 477 (CCPA 1981)).

af patentet som en (særegen) *aftale*¹⁰⁶ mellem opfinder og samfund.¹⁰⁷ Udgangspunktet for fortolkningen er således en stram ordlydsfortolkning ud fra deisen »what is not claimed is disclaimed«. Kravene angiver »‘the metes and bounds’ of the patented invention«, idet domstolene »... look to the *exact language* of the claims«.¹⁰⁸

Det er på den anden side også klart fra praksis, at domstolene ikke er afskåret fra søge fortolkningsbidrag uden for kravene i f.eks. beskrivelsen eller korrespondencen mellem patentansøger og patentmyndighed eller oplysninger, som er fremkommet under en krænkelsessag (»file« eller »prosecution history«).¹⁰⁹ Disse fortolkningsbidrag kaldes under-

106. Se navnlig *Doble Engineering Co. v. Leeds & Northrup Co.*, 56 U.S.P.Q. 426 (1st. Cir. 1943): »The courts have said ... that letters patents are contracts. This seems to us too broad a statement. If patents are contracts at all, surely they are contracts of a peculiar sort. But the fact remains that patents, like contracts, are bilateral instruments, and this common feature makes the rules of the construction of contracts applicable to them. Thus as we see it [our] problem is to determine first what a patentee intended to claim as his invention or discovery and second upon what invention or discovery the patent office intended to grant a temporary monopoly. To make this determination we turn to the words of the patent, viewing them as objectively as we would view the words of any ordinary contract.«
107. Opfattelsen af patentet som en aftale ligger også til grund for opfattelsen af patentkravsfortolkningen som et *retsspørgsmål*. Heroverfor står fastlæggelsen af beskyttelsens omfang i den konkrete sag, som udgør et faktisk spørgsmål (»a question of fact«), hvis afgørelse derfor i første omgang tilkommer en jury: »Determination of infringement is a two-step analytic procedure, whereby first the claims are construed as a matter of law, and then are applied to the accused device, a question of fact«, jf. *Wang Laboratories v. America Online*, Fed. Cir. 17.12.1999 (98-1363). Se også *Desper Products Inc. v. QSound Labs Inc.*, Fed. Cir. 18.9.1998 (97-1163, 48 USPQ 1088) og *Pitney Bowes v. Hewlett-Packard*, Fed. Cir. 23.6.1999 (98-1298,-1347). I *Pitney Bowes*-sagen fastslog Federal Circuit-domstolen, at domstolene ikke er afskåret fra at indhente »expert testimony« til brug for deres bedømmelse af patentets udstrækning. Dette har stor betydning, jf. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-243 – 2-246 (*Chisum* (1988), p. 48f.).
108. *Anawalt & Enayati* (1998), p. 51, hvor det videre hedder, at »the specification (including drawings) is used as a dictionary, or glossary of terms, for interpreting the claims and defining the protected invention«. Se dog også, a.st., p. 53.
109. F.eks. *Pitney Bowes v. Hewlett-Packard*, Fed. Cir. 23.6.1999 (98-1298,-1347): »To ascertain the meaning of the claims, we consider three sources: the claims, the written description, and the prosecution history.« Navnlig indholdet af »prosecution history« giver et vist råderum for domstolene. Af *Sextant Avonique SA v. Analog Devises, Inc.*, Fed. Cir. 26.2.1999 (98-1063,-1077), synes det at fremgå, at princippet især har betydning som en *begrænsning* i patentretten. Se også *Lourie* (1998), p. 219.

tiden for »intrinsic evidence« for at understrege, at de findes inden for om ikke kravets ordlyd, så dog den ramme, som ordlyden angiver. Også »extrinsic evidence« – f.eks. syn og skøn – er tilladt, men bedømmelsen på den baggrund må ikke lede til en fortolkning, som er i modstrid med det, som fremgår af de indre bevisligheder.¹¹⁰ Beskyttelsesomfanget falder således normalt sammen med det indtryk af opfindelsen, som en fagmand (»a person skilled in the art«) må få ved en naturlig forståelse af kravenes ordlyd. Så langt så godt.

Givet valget mellem klarhed og rimelighed, går den amerikanske tilbøjelighed således i retning af *klarhed*. Betoningen af *klarhed* som den principale patentretlige dyd deler amerikansk ret med klassisk *engelsk*. I praktisk henseende er der imidlertid væsentlige forskelle mellem de to retssystemer, idet amerikansk praksis især har været meget tilbøjelig til at udvikle regler og principper for fortolkningen, hvormed udgangspunktet (*klarhed*) er sløret. Hermed tænkes især på *ækvivalenslæren* (the doctrine of equivalence), som har til formål at muliggøre en udstrækning af patentbeskyttelse i tilfælde, hvor billighedshensyn tilsiger det, dvs. navnlig i i tilfælde af forsøg på *omgåelse* af patenter ved ubetydelige variationer. Judge *Learned Hand* beskev i en dom fra 1948 *ækvivalenslæren* som en anomali og som en nødbremse – udviklet »in equity« – som domstolene først bør gribe til, hvis ordgrænsen ikke strækker til at forhindre urimelige tilfælde af *omgåelse* af patentretten.¹¹¹ Denne opfattelse har holdt ved på trods af, at den amerikanske højesteret sanktionerede *ækvivalenslæren* i *Graver*-sagen fra 1950.¹¹² På baggrund af denne

110. Nærmere *Pitney Bowes v. Hewlett-Packard*, Fed. Cir. 23.6.1999 (98-1298,-1347) m.henvs.

111. *Royal Typewriter Co. v. Remington Rand Inc.*, 77 USPQ (BNA) 517: »Coming to the question of infringement, we are first to interpret the claims in the light of disclosure; and both the claims and the disclosure in the setting of the prior art. In these respects a patent is like any other legal instrument; but it is peculiar in this, that after all aids to interpretation have been exhausted, and the scope of the claims has been enlarged as far as the words can be stretched, on proper occasions courts make them cover more than their meaning will bear. If they applied the law with inexorable rigidity, they would never do this ... However ... at times they resort to the 'doctrine of equivalents' to temper unsparing logic and prevent an infringer from stealing the benefit of the invention.«

112. *Graver MFG. Co. v. Linde Co.*, 339 U.S. 605: »What constitutes equivalency must be determined against the context of the patent, the prior art, and the particular circumstances of the case. Equivalence, in the patent law, is not the prisoner of a formula and is not an absolute to be considered in a vacuum. It does not require complete identity for every purpose and in every respect. In determining equivalents, things equal to the same thing may not be equal to each other and,

sag udvikledes en række retningslinjer for fortolknings- og ækvivalensbedømmelsen. Blandt de vigtigste tommelfingerregler var (er?), at der forelå en krænkelse (baseret på ækvivalens), hvis et forhold vel faldt uden for kravets »literal scope«, men dog »performs substantially the same function in substantially the same way to obtain [substantially] the same result« (»the triple identity«/»insubstantial differences«- test).¹¹³ I andre tilfælde fokuseredes på *patentets kerne* – »heart of the invention«.¹¹⁴

Afgørende for den nuværende udvikling er, at den amerikanske højesteret i en principiel kendelse af 3.3.1997, *Warner Jenkinson, bekræftede* ækvivalenslæren som sådan, idet højesteret dog samtidig noterede de principielle betænkeligheder, som er knyttet til læren.¹¹⁵ Højesteret henviste herved navnlig til udviklingen i retspraksis af canons (faste tommelfingerregler) der bortledte fortolkningen, og derved beskyttelsen, fra patentkravene. Ækvivalenslæren blev ikke desto mindre anset for velbegrundet inden for sit traditionelle – i princippet – snævre område.¹¹⁶ Bedømmelsen må imidlertid ikke miste sin karakter af en konkret afvejning på baggrund af kravene – »the 'all-elements' rule« – idet ækvivalensfortolkningen ikke må rette sig mod opfindelsen som sådan.¹¹⁷

Dommen er således udtryk for en accept af ækvivalenslæren, men kun hvis læren holdes inden for snævre rammer. Dette er vel også konsekvensen af dommen i den senere retspraksis, selv om ækvivalensfor-

by the same token, things for most purposes different may sometimes be equivalents. Consideration must be given to the purpose for which an ingredient is used in a patent, the qualities it has when combined with the other ingredients, and the function which it is intended to perform. An important factor is whether persons reasonably skilled in the art would have known of the interchangeability of an ingredient not contained in the patent with one that was.«

113. Se nærmere *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-255ff. Se også *Royal Typewriter Co. v. Remington Rand Inc.*, 77 USPQ (BNA) 517 m. henv. til ældre praksis.

114. *Chisum & Jacobs* (1992), p. 2-263f.

115. *Warner Jenkinson Co. Inc. v. Hilton Davies Chemical Co.*, No. 95-728 (GRUR Int. 1999.191) og om dommen fra Fed. Cir., *Lourie* (1998), p. 219f. (jf. dennes fn. 3 og 4) og *Bednarek & Thompson* (1996).

116. »We do ... share the concern... that the doctrine of equivalents, as it has come to be applied since *Graver Tank*, has taken on a life of its own, unbounded by the patent claims. There can be no denying that the doctrine of equivalents, when applied broadly, conflicts with the definitional and public notice functions of the statutory claiming requirement.«

117. »An objective inquiry on an element by element basis... the doctrine [is to be] applied to each of the individual elements of a claim, rather than to the accused product or process as a whole.«

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

tolkningen indtager en meget betydningsfuld rolle i praksis.¹¹⁸ Der synes dog at være enighed om, at ækvivalensfortolkning kun bør komme på tale, hvis der er reelt behov for en udvidelse af beskyttelsen, dvs. navnlig i tilfælde, hvor en udvidelse er nødvendig for at imødegå omgåelse.¹¹⁹ Ækvivalenslæren bør navnlig ikke anvendes som en sovepude i tilfælde af dårligt formulerede krav.

Ækvivalenslæren er forudsat i USPtl, sec. 121, nr. 6, vedr. patentkrav udformet i »means-plus-function-sprog«: »An element in a claim for a combination may be expressed as a means or step for performing a specified function without the recital of structure, material, or acts in support thereof, and such claim shall be construed to cover the corresponding structure, material, or acts described in the specification and equivalents thereof.« Kursivering her. I *Warner-Jenkinson*-sagen, beskrev Supreme Court virkningen af nr. 6 som »an application of the doctrine of equivalents ... in a restrictive role«. Hermed menes – formentlig – at beskyttelsesområdet for funktionelle krav normalt ikke bør udstrækkes til at omfatte selve funktionen (resultatet), men begrænses til anvendelsen af de midler – og disses ækvivalenter – som findes i beskrivelsen. Fra senere praksis ses navnlig *Odetics v. Storage Technology*, Fed. Cir. 6.7.1999 (98-1533,-1585). Baggrunden for reglen i nr. 6 var en afvisning i retspraksis af krav formuleret i »means-plus-function«-sprog under henvisning til manglende klarhed, jf. nærmere om bestemmelsen og dens baggrund *Janicke* (1994). De administrative bestemmelser fra US Patent Office omtales i WIPR 1999.306f. Lovreglen finder almindeligvis kun anvendelse for krav, der udtrykkeligt indeholder udtrykkene i lovreglen (»means for«/»step for«), jf. nærmere *Kemco Sales v. Control Papers*, CAFC 7.4.2000 (99-1349) og *Enviro Corp. v. Celestra Cleanroom Inc.*, CAFC 18.4.2000, refereret i EIPR 2000.N-103f.

I processuel henseende er omfanget af ækvivalenslæren traditionelt yderligere blevet begrænset ved princippet om *prosecution history estoppel* (»file wrapped estoppel«), som indebærer, at en opgivelse af dele af patentets beskyttelsesomfang i løbet af en krænkelsessag, samt disse deles ækvivalenter, ikke senere kan kræves tilbage. Bedømmelsen heraf har givet anledning til en meget omfattende diskussion især efter den amerikanske højesterets afgørelse i *Warner-Jenkinson*, jf. herved især *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Corp.*, Fed. Cir. 19.4.1999 (95-1066) (refereret i WIPR 1999.331). Også i nordisk ret antages, at ansøgers udtrykkelige begrænsning af patentet i forbindelse med dets udstedelse lægges til grund ved en senere krænkelsessag, jf. NU 1963:6, p. 186. En tilsvarende regel prior statements (»prosecution history estoppel«) foreslås nu tilføjet EPK, jf. nedenfor 4.1.2.

118. Se navnlig *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Corp.*, Fed. Cir. 19.4.1999 (95-1066) (refereret i WIPR 1999.331). Se også *Sextant Avionique SA v. Analog Devises, Inc.*, Fed. Cir. 26.2.1999 (98-1063,-1077), EIPR 1999.N-98 med kommentarer, *Odetics v. Storage Technology*, Fed. Cir. 6.7.1999 (98-1533,-1585) og *Optical Disk v. Del Mar Avionics*, CAFC 7.4.2000 (99-1225).

119. F.eks. *Suntiger v. Blublocker* Fed. Cir. 19.8.1999 (98-1333): »It is fundamental that one cannot avoid infringement merely by adding elements if each element recited in the claims is found in the accused device.«

3.4. Sammenfatning: National patentfortolkning

Cornish sammenfatter den almindelige engelske fortolkning som kendetegnet og særegen ved »scrupulous attention to claim language«:

»For the present British courts refuse to accept the uncertain quantity of a doctrine of equivalents, choosing thereby to remain distinct from both the jury-centric United States, and the juristic Continent.«¹²⁰

Cornish illustrerer med sin konklusion, at praksis fortsat varierer fra det ene nationale system til det andet og det både inden for EPK (»the juristic Continent«) og i forholdet til USA (»the jury-centric United States«). Som det skal vises i det følgende, taler meget for, at den nuværende engelske fortolkningsstil og opfattelse af patentfortolkningens rolle, som den beskrives af *Cornish*, er at foretrække frem for de øvrige modeller. Det skal dog også vises, at den almindelige udvikling i patentretten – regionaliseringen og den teknologiske udvikling – har bevirket, at *Cornish*'s konklusion (»splendid isolation«) fremstår som meget problematisk. Den nationale forståelsesramme for patentretten er forældet. Vanskeligheden består nu i at etablere et i praktisk og principiel henseende sammenhængende og hensigtsmæssigt regionalt/globalt patentsystem.

4. Patentfortolkningens regionalisering:

»Harmonisering« og »konsistens«

De primære almene faktorer af betydning for patentrettens udvikling er regionaliseringen og den teknologiske udvikling. Den *regionale* udvikling indebærer et krav om en ensartet, harmoniseret patentkravsfortolkning. Den *teknologiske* udvikling – og patentrettens ekspansion – giver problemer med hensyn til de traditionelle patentretlige vurderinger, som er knyttet til forholdene på tidspunktet for ansøgningens indlevering. En effektiv europæisk patentret forudsætter klarhed og ensartethed med hensyn til den patentretlige bedømmelse af den teknologiske udvikling inden for bl.a. bioteknologien.

Den *regionale* fordring indeholder navnlig de to følgende momenter af betydning for patentskravsfortolkningen:

120. *Cornish* (1999), § 6.08.

- 1) *Harmoniseringshensynet*: De nationale domstole bør anvende ensartede principper ved fortolkningen af europæiske patenters krav, således at resultatet bliver et ensartet beskyttelsesniveau.
- 2) *Konsistenshensynet*: Den nationale praksis vedrørende krænkelse og gyldighed af europæiske patenter skal afspejle de regionale målsætninger, som EPO forfølger i forbindelse med patentudstedelsen.

For fortolkningen indebærer *harmoniseringshensynet* et krav om en ensartethed, som kun vanskeligt kan opnås via EPKs artikel 69. Denne bestemmelse tjener, som det er vist, primært til at identificere og operationalisere den regionale målsætning i form af en anational (»fair«) fortolkning. Artikel 69 tilvejebringer det retlige grundlag for harmoniseringen, men giver ikke videre vejledning med hensyn til opnåelsen af den konkrete ensartethed i fortolkningen. Med henblik på at opnå sådan vejledning diskuteres for tiden i både litteratur og praksis det såkaldte ækvivalensprincip. Princippet har endvidere relevans for patentrettens globale udvikling, idet princippet ofte fremhæves som udtryk for en global harmonisering af patentkravsfortolkningen. Ækvivalensprincippet drøftes straks i det følgende med henblik på både at fastslå princippet konkrete betydning for fortolkningen af patentkrav og ækvivalensdiskussionens mere almene signalværdi.

Konsistenskravet giver i praksis anledning til særlige vanskeligheder inden for visse dele af den nye patentret, i det følgende eksemplificeret med bioteknologiske opfindelser. Vanskeligheden består i, at de tekniske og kommercielle forhold ændrer sig så hurtigt, at en traditionel statisk og formel vurdering af patenternes omfang og gyldighed baseret på tidspunktet for patentansøgningens indlevering ikke er hensigtsmæssig. Tendensen i praksis og teori går i den forbindelse i retning af opstillingen af en mere dynamisk vurdering, hvorved patentets beskyttelsesomfang løbende justeres i takt med den almene teknologiske og kommercielle udvikling i samfundet. Herved vil vanskelighederne med at sikre sammenhængen mellem den centrale retstildeling og den decentrale retsanvendelse tage til. Patentrettens forventelige ekspansion til edb-programmer (og forretningsmetoder) vil formentlig forstærke denne tendens, hvilket drøftes afslutningsvis.

4.1. Harmonisering: Ækvivalensprincippet

Det er en udbredt opfattelse, at ækvivalenslæren *de lege ferenda* bør indgå i EPK-landenes vurdering i forbindelse med fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang. Den internationale udvikling synes da også gene-

relt at gå i retning af anerkendelsen af ækvivalensprincippet. Det seneste eksempel herpå er *Japan*, hvis højesteret i 1998 udtrykkeligt anerkendte ækvivalensprincippet.¹²¹ Ækvivalensprincippet kan således siges at være udtryk for en international harmonisering af patentfortolkningen.

På trods af den betydning, som ækvivalensprincippet således tillægges, er en nærmere beskrivelse af dets indhold og betydning for fortolkningen vanskelig at give, hvis man – hvad der er almindeligt – søger at angive et fortolkningsprincip af *almen* værdi. Beskrivelsen ovenfor af amerikansk og tysk ret, hvor et (antal) ækvivalensprincip(per) anerkendes, viste således, at den fælles terminologi skjuler over store forskelligheder af både historisk, principiel og praktisk art.¹²² Ækvivalensprincippet kan dog beskrives på følgende måde: Ved bedømmelsen af om et patent er krænk, udbygges beskyttelsen i forholdet til patentkravet til at omfatte forhold, som er ligeværdige med – alternativer til – de i kravene angivne.

I forbindelse med diskussionen om anerkendelsen af ækvivalensprincippet får man undertiden det indtryk, at princippet skulle være en forudsætning for beskyttelsen af sådanne alternativer. Som det skal vises nedenfor, er dette på ingen måde tilfældet.

I relation til EPK kunne en almindelig anvendelse af et ækvivalensprincip siges at give anledning til et hjemmelsproblem. Ækvivalensprincippet omtales således ikke i hverken artikel 69 eller i Protokollen. Man kunne i den forbindelse hævde, at den afgørende vægt, som i artikel 69 lægges på patentkravet og de manglende henvisning til fortolkningsprincipper og maksimer (canons), indebar en afvisning af den faste ramme for fortolkningen, som ækvivalensprincippet repræsenterer. Spørgsmålet har dog ikke været gjort til genstand for diskussion. Det accepteres almindeligvis og uden videre bemærkninger, at en almindelig anerkendelse af ækvivalensprincippet ikke giver anledning til vanskeligheder i forhold til EPK.¹²³ Den tyske højesteret henviste i den forbindelse i *Formstein*-dommen til, at ækvivalensprincippet accepteres, idet det udtrykkeligt fremgår af EPK-bestemmelserne, at beskyttelsen ikke er begrænset til

121. Dom af 24.2.1998, *Ball Spline Bearing III*, IIC 1999.443 komm. C.H. Dommen efterkom et længe næret internationalt ønske om en »bredere« japansk fortolkning af patentkrav. Som det skal vises i det følgende, er der ikke nødvendigvis nogen sammenhæng mellem realiseringen af dette ønske og ækvivalenslæren. Se generelt om japansk ret i denne henseende *Smitt (1998)*, p. 48ff., som omtaler baggrunden for 1998-dommen.

122. Se også den komparative analyse af ækvivalensprincippet hos *Bodenheimer & Beton (1993)* (USA, Tyskland, England (sic!) og Frankrig).

123. Også EPO angiver at anvende principperne i ækvivalenslæren, jf. herved *Holtz (1999)*. Se også *Grabinski (1998)*, p. 860, som påpeger, at ækvivalenslæren blot er et blandt flere praktiske problemer, som EPK ikke tager stilling til.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

kravets nøjagtige ordlyd.¹²⁴ *Domeij* fremhæver ækvivalenslærens karakter af den afbalanceret, som er forudsat i EPK.¹²⁵

Ækvivalensprincippet kunne siges at have fundet en form for bekræftelse i *bioteknologidirektivet* (98/44/EF), jf. dets artikel 8, stk. 2, ang. beskyttelsen af »følgende generationer«: »Den beskyttelse, som er knyttet til et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af et biologisk materiale, som i kraft af opfindelsen har bestemte egenskaber, omfatter det biologiske materiale, der direkte fremstilles ved denne fremgangsmåde, samt ethvert andet biologisk materiale, der er fremstillet ud fra det direkte fremstillede biologiske materiale ved reproduktion eller formering i identisk eller *differentieret form, som har de samme egenskaber*« (min kursivering). Anvendelsen af disse principper er dog på ingen måde begrænset til den fortolkningsramme, som ækvivalensprincippet angiver. En tilpas afbalanceret løsning kan udmærket realiseres på anden vis.

Baggrunden for den aktuelle diskussion af ækvivalensprincippet udgøres af navnlig følgende to forhold: 1) En opfattelse af, at ækvivalensfortolkningen indebærer en ønskværdig bred fortolkning, hvorved hensynet til patenthaver (rimeligheden) tilgodeses og 2) ønsket om at tilvejebringe en fælles international fortolkningsstandard. De to forhold falder til dels sammen, idet de begge har som forudsætning, at ækvivalensprincippet har et entydigt indhold, samt at princippet giver konkret vejledning til brug for fortolkningen. Det er ovenfor vist, at den første forudsætning ikke holder stik. Nu skal det vises, at heller ikke den anden forudsætning har videre betydning.

Ækvivalenslæren har været diskuteret intenst i nordisk ret af især *Mogens Koktvedgaard* og *Berndt Godenhielm*.¹²⁶ Det er ikke hensigten på dette sted at fortsætte diskussionen i dens principielle aspekter, men som konkrete erfaringer fra debatten er der grund til at betone, at man ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget stedse må have sig patentets *reale markedsbetydning for øje*. De faremomenter, som i den forbindelse er knyttet til ækvivalensprincippet, og som fremhæves af især *Koktvedgaard*, er blevet stadig mere iøjnefaldende, jf. straks i det følgende.

124. GRUR 1986, p. 805.

125. *Domeij* (1998), p. 484.

126. Se *Koktvedgaard*: (1965a), p. 149ff., (1967) og (1999), p. 230ff. Og *Godenhielm*: Især den opdaterede »opfølgning« fra 1994 på disputatsen fra 1950 (*Godenhielm* (1994), jf. også *samme* (1996)). En oversigt over diskussionen findes hos *Bruun* (1993).

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

4.1.1. Ækvivalensprincippets betydning for den praktiske patentkravsfortolkning

Hos *Bernitz m.fl.* findes følgende beskrivelse af baggrunden for ækvivalensfortolkningen:

»Om någon utnyttjar de bärande momenten i uppfinningen, uppfinningstanken, men ändrar något av de övriga element som behövs för utövningen av uppfinningen, leder ekvivalensstolkningen till att ändringen inte räddar honom från att ha begått patentintrång.«¹²⁷

Så vidt så godt. Der er ingen grund til at »redde« den person, som søger at omgå patentet. Hindringen af omgåelse udgør et centralt element i patentfortolkning, og fremhæves da også i engelsk ret, selv om man ikke der anerkender en ækvivalenslære. Vanskelighederne opstår i forbindelse med opstillingen af konkrete eksempler, som motivation for anvendelsen af ækvivalensprincippet som en forudsætning for opnåelse af det ønskede fortolkningsresultat. *Bernitz m.fl.* giver følgende beskrivelse, som svarer til den klassiske tyske opfattelse af ækvivalenslæren:

»Om uppfinnaren angett i patentkraven att det nya i uppfinningen anbringas genom lödning och annan i stället gör det genom svetsning, har inte *uppfinningstanken* ändrats. Svetsning är ett känt medel som normalt har samma effekt och funktion som lödning. Svetsning och lödning är ekvivalenta.«¹²⁸

Problemet med dette eksempel består i, at det kun er korrekt, *hvis* ændringen er et uvæsentligt led, og dette er klart for enhver fagkyndig på området. Hvis svejsning indgik som et væsentligt og nyt moment, ville resultatet skulle være et andet. Lødning og svejsning er med andre ord ikke altid ækvivalente. Hvorvidt dette er tilfældet, beror på en *konkret helhedsvurdering*, som ifølge artikel 69 skal foretages ved hjælp af patentkravene. Derved fungerer ækvivalensterminologien imidlertid blot som formulering af *konklusionen* af resultatet af denne fortolkning og ikke som dens udgangspunkt. Eneretten omfatter forholdet baseret på svejs-

127. *Bernitz m.fl.* (1998), p. 129.

128. *Bernitz m.fl.* (1998), p. 129. Min kursivering. Tilsvarende *Godenhielm* (1990) (»Om ækvivalens och annat gott«, p. 93-117 og *Westlander* (1995), p. 284-287. En mere neutral definition findes hos *Domeij* (2000), p. 316: »... equivalence in Europe is, at least in large parts, [footnote udeladt] an investigation into whether the skilled man knew that the infringing product was a *functional alternative* to the solution according to the patent claims« (min kursivering). En definition svarende til *Domeij's* foreslås nu optaget i EPK, jf. nedenfor, 4.1.2.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

ning: Svejsning og lodning er ækvivalente. Cirklen er sluttet. *Koktvedgaard* siger det således:

»Ækvivalenslæren er ... blot en bekvem *terminologisk rekvisit*, som man benytter, når man vil udtrykke, at fænomenerne opfattes som teknisk ligeartede af en fagmand på området«. ¹²⁹

Heraf følger, at man ikke af ækvivalensprincippet kan uddrage – endsi-ge anviser – en bestemt (»bred«) fortolkningsstil: Ækvivalensprincippet giver i sig selv ingen vejledning for fortolkningens *konkrete udfald*. Hermed er også sagt, at en fortolkning, som inden for rammerne af en helhedsvurdering og artikel 69 inddrager hensynet til opfinderen, ikke på nogen måde er betinget af ækvivalenslæren. *Jacob* udtrykker det sådan:

»If a patentee says that two items are to be 'screwed together' why should the court, if it finds that it does not matter how the two items are fixed together, read the word 'screwed' as meaning 'fixed'. Why should a rivet or nail or glue or weld infringe? The patentee has chosen to claim a particular way of fixing and he should be held to it. It might be said that the skilled reader would obviously understand that you could fix the device otherwise than by screws. Well, suppose he would. *He would also know that the use of screws was a particular way of fixing and would understand by 'screwed' that and no more*«. ¹³⁰

Jacob illustrerer med sit eksempel, at en fleksibel fortolkning kan opnås, uden at man søger ækvivalensprincippet som ramme for fortolkningen. En umiddelbar og naturlig opfattelse af udtrykket »skruet sammen« kan udmærket udstrækkes til at omfatte fastgørelsesformer af en anden art (funktionelle alternativer), f.eks. nitter, hvis de konkret forhold tilsiger det. Resultatet af en sådan »*Humpty Dumpty*-fortolkning« kan efter behag beskrives som udtryk for en »ækvivalensfortolkning«, men hermed har man blot udtalt sig om fortolkningens resultat; ikke om dens indhold.

Ækvivalenslæren er således ikke en forudsætning for at inddrage funktionelle alternativer under beskyttelsen. En sådan udstrækning bør man vælge i de situationer, hvor forholdene taler herfor. Ækvivalenslæren bidrager ikke til identifikationen af disse forhold, men forplumrer tværtimod diskussionen ved at lede fortolkningen væk fra kravets ordlyd og de konkrete omstændigheder og i retning af en begrebsmæssig diskussion af den »opfinderiske idé«.

129. *Koktvedgaard* (1999), p. 235. Min kursivering.

130. *Jacob* (1999), p. 491-492. Min kursivering.

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

Ækvivalensprincippet har således ikke konkret betydning for fortolkningen. Herved bliver princippet *ulemper* og *risici* så meget desto mere iøjnefaldende. Ækvivalensprincippet indebærer en tendens til en *formalisering* af fortolkningen. Dette har for det første den konsekvens, at domstolene i et vist omfang overtager formuleringen af opfindelsens indhold og genstand (ideen). Den nærmere præcisering af enerettens genstand og rammerne for fastlæggelsen heraf er imidlertid en opgave for opfinderen i forbindelse med ansøgningen, og hertil knytter der sig som sagt meget væsentlige, almene hensyn. Hertil – og for det andet – kommer en risiko for, at domstolene fortaber sig i tekniske overvejelser og mister kontakten med de reelle forhold. Dette udgjorde en del af baggrunden for den amerikanske højesterets advarsler i *Warner Jenkinson-dommen*. En yderligere ulempe ved ækvivalenslæren består i, at læren er baseret på en principiel opfattelse af, at kravets ordlyd ikke i sig selv er afgørende. Beskyttelsens egentlige genstand er »den opfinderiske idé«. Rent bortset fra de principielle betænkeligheder, som er knyttet hertil,¹³¹ kan læren dermed lede til en farlig udvikling: Hvis domstolene redder patenthaver i tilfælde, hvor ansøgningen er uklart eller sjuksket formuleret – idet fortolkningen ikke relateres til kravet, men til opfindelsens idé – er der ingen grund til at formulere ansøgningen omhyggeligt. Hermed opstår en patentkravskultur, hvor det reelle beskyttelsesomfang fortaber sig stadig mere i tågede forestillinger om opfindelsens idé.¹³² Ækvivalensprincippet fører således uundgåelig til, at klarheden i retsanvendelsen reduceres, fordi kravet og dets ordlyd trænges i baggrunden.

De nævnte praktiske vanskeligheder har altid eksisteret og ækvivalenslæren er da også i navnlig klassisk tysk ret formuleret med skyldig hensyntagen til *både* rimelighed og klarheden. Balancen skal imidlertid holdes. Meget tyder i den forbindelse på, at grundlaget for afbalanceringen af klarheden og rimeligheden har ændret sig i løbet af de senere år. *Den generelle tendens i patenteretten med bl.a. et voldsomt øget antal meddelte patenter synes således at tale entydigt for, at klarheden betones yderligere i forhold til tidligere.* Som en konsekvens heraf burde man opgive ækviva-

131. *Koktvedgaard* (1965a), f.eks. p. 142ff.

132. Nærmere *Cornish* (1999), § 6.08.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

lenslæren til fordel for en betoning af kravets ordlyd. Dette betyder som vist ikke at være ensbetydende med en urimelig snæver fortolkning.¹³³

Dansk patentretlig *retspraksis* er ganske beskeden. De vigtigste nyere trykte domme er U 1993.859H (*Ranitidin*) og U 1980.271Ø.¹³⁴ I en kommentar til dommene bemærker *Smitt* (1998), p. 45-47 og 56, at karakteren af domstolens behandling, som i begge sager var kendetegnet ved bl.a. en sammenligning, der rettede sig mod helheden, samt den omstændighed, at beskyttelsen ikke er begrænset til tilfælde af åbenbar lighed, er udtryk dels for en tendens i dansk ret til betoning af *rimelighed*, dels en *pragmatisk* indstilling og endelig en accept af *ækvivalenslæren*. Der synes ikke at være noget vundet ved at henvise til ækvivalenslæren ud over at notere, at danske domstole betoner rimeligheden og anlægger en helhedsvurdering.

4.1.2. Ækvivalensprincippet og international fortolkningsharmonisering

De praktiske og principielle vanskeligheder, der er knyttet til ækvivalenslæren, bør ikke uden videre føre til, at læren forkastes. Hvis man således kunne påpege konkrete fordele ved en almindelig anerkendelse af princippet, som opvejede ulemperne, burde man anerkende princippet.

Som en fordel ved ækvivalenslæren fremhæves ofte behovet for *international harmonisering*, jf. f.eks. *Domeij*, som spørger: »How else is one to make a broadly applicable qualitative comparison between two substitutable technical solutions?»¹³⁵

Som det er påvist ovenfor, er der intet, som tyder på, at en almindelig accept af ækvivalensprincippet for nærværende ville indebære nogen videre harmonisering, hvis man herved tænker på en tilvejebringelse af ensartethed med hensyn til den konkrete fortolkning. *Domeij* påpeger imidlertid et alment problem af stor betydning for den moderne patentret: Regionaliseringen forudsætter ensartethed både inden for regionerne og mellem verdens forskellige regioner. En egentlig løsning af dette problem er afgørende for EPK-systemets overlevelse og er central for den fremtidige udvikling af den globale patentret. Løsningen herpå forudsætter imidlertid langt mere probate midler: En EPK-domstol.

133. Jf. også *Bruun* (1993), der bl.a. konkluderer, at en egentlig ækvivalensdoktrin ikke er vejen frem, men at ækvivalens-ræsonnementer bør indgå i den afgørende helhedsbedømmelse, allerede fordi læren indtager en central rolle i international patentretlig teori og praksis.

134. Se yderligere eksempler hos *Koktvedgaard* (1999), p. 233f. Se også ØLK af 9.4.1997 (B-0462-97), der stadfæstede kendelsen fra fogedretten i Rønne (»en almindelig sproglig forståelse«) og VLK af 3.6.1998 (B-1235-96) (»helhedsvurdering«).

135. *Domeij* (2000), p. 316.

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

I det nu foreliggende Basic Proposal for the Revision of the European Patent Convention (CA/100/00) foreslås protokollen til artikel 69 suppleret med følgende regel (som art. 2):¹³⁶

»*Equivalents*

- (1) For the purpose of determining the extent of protection conferred by a European patent, due account shall be taken of means which at the time of the alleged infringement are equivalent to the means specified in the claims.
- (2) A means shall generally be considered as being equivalent if it would be obvious to a person skilled in the art that using such means would achieve substantially the same result as that achieved through the means specified in the claim.«

Baggrunden for denne kodifikation af ækvivalenslæren angives at være et ønske om større ensartethed i den nationale retsanvendelse; harmonisering. Der er næppe tvivl om, at reglen på det formelle plan vil medvirke hertil i form af en almindelig tilslutning til ækvivalenslæren. Som det er fremgået ovenfor, forekommer det derimod meget tvivlsomt, om bestemmelsen også *konkret* vil bidrage til større retsenhed. Der er da også grund til at notere, at den franske delegation på konferencen om ændring af EPK foreslog, at henvisningen til ækvivalenslæren udgik (se MR/8/00 Basic proposal: Articles 14, 52 – Protocol on the Interpretation of Article 69 (French delegation)).

4.1.3. *Sammenfatning: Ækvivalensprincippet*

Diskussionen af ækvivalensprincippet illustrerer, hvorledes harmoniseringsbestræbelserne indebærer en formalisering af diskussionen. Baggrunden for disse vanskeligheder er i henseende til EPK velkendt: EPK-systemet er for tiden ineffektivt, idet der mangler en EPK-domstol, som kan påkende spørgsmål om krænkelse og gyldighed. Ækvivalensdiskussionen viste, at vanskelighederne i så henseende bliver stadig mere påtrængende i takt med, at patentrettens øgede regionalisering har medført en skærpelse af kravene om klarhed og ensartethed i retsanvendelsen. Løsningen på disse vanskeligheder knytter sig ikke til fortolkningen og kan ikke løses ved en almindelig anerkendelse af ækvivalensprincippet. Noget sådant ville blot have karakter af et tomt slag i luften; en rituel harmonisering. Den egentlige løsning kræver en *centralisering*

136. Hertil kommer en regel om *Prior statements* (»*Prosecution history estoppel*«): »(3) For the purpose of determining the extent of protection, due account shall be taken of any statement unambiguously limiting the extent of protection, made by the applicant or the proprietor of the patent in the European patent application or patent, or during proceedings concerning the grant or the validity of the European patent, in particular where the limitation was made in response to a citation of prior art.«

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

af fortolkningen ved en EPK-domstol, hvorved den centrale retstildeling modsvares af en central retsanvendelse.

Den fornødne harmonisering af fortolkningen kan således ikke realiseres inden for de nuværende institutionelle rammer. Den fornødne klarhed og præcision fordrer etableringen af fælles strukturer. Indtil oprettelsen af en sådan domstol, hvilket som nævnt ikke ligger lige for, tilbyder ækvivalenslæren ikke vejen frem.

4.2. Konsistens

Det er et klassisk og centralt patentretligt princip, som kommer til udtryk i EPK artikel 83 og 84, at enerettens omfang – repræsenteret ved patentkravet – skal afspejle det bidrag til teknikken, som opfindelsen repræsenterer. I det omfang kravet favner bredt, skal dette afspejles i de oplysninger m.v., som fremkommer i forbindelse med patentansøgningens behandling. Brede krav udgør således ikke i sig selv et problem, hvis opfindelsen (forklaringen) kan bære denne bredde. Det noteres da også ofte, at tendensen i patentretten går i retning af stadig bredere krav, samt at dette navnlig er tilfældet på området for bioteknologiske patenter¹³⁷ og andre patenter, som er forsynet med såkaldt funktionelle krav.

4.2.1. Særligt om fortolkningen af »funktionelle krav«

Med *funktionelle krav* (krav affattet i »funktionel terminologi«) tænkes almindeligvis på krav hvor »... one defines an invention by what its parts do rather than by the structural names of the parts«.¹³⁸ I stedet for at angive i kravet, at anordningen »skrues«, »nittes« eller »boltes« fast, hedder det f.eks., at anordningen »fastgøres«.¹³⁹ Funktionelle krav er således karakteristiske ved at rette sig mod et vist *resultat*. Det særlige fortolkningsproblem består herefter i at vurdere, om eneretten omfatter dette resultat, uanset den anvendte fremgangsmåde.¹⁴⁰

Diskussionen i praksis og litteraturen af dette spørgsmål kunne lede til den opfattelse, at man ved de funktionelle krav stod over for en række udfordringer af en *ny* og ganske *særlig art*. Set ud fra en principiel synsvinkel er dette nok en fortegnelse af billedet. Dels har man traditionelt kendt til brede (funktionelle) krav med det klassiske stofpatent inden for den kemiske verden som det vel klareste eksempel, dels har

137. Domeij (1998), p. 244 og Barton (1995), p. 605 (USA).

138. Janicke (1994), p. 156.

139. Domeij (1997), p. 59.

140. Nærmere Domeij (1998), p. 244 og *samme* (2000), p. 104ff.

fortolkningen – som altid – til formål at opnå et passende beskyttelsesomfang, dvs. en beskyttelse, som tager rimeligt hensyn til både opfinder, tredjemand og almenheden. Herved adskiller de funktionelle krav sig ikke fra alle andre krav. Heller ikke de funktionelle kravs abstrakte/generelle karakter giver anledning til særlige, principielle problemer. Ethvert krav har, som påpeget af *Koktvedgaard*, karakter af en *abstraktion*.¹⁴¹ Der er i den forbindelse ingen principiel forskel på at fortolke et krav, der – som i eksemplet – udtrykkeligt angiver fastgørelse ved hjælp af »skrue«, og et krav, som henviser til en »fastgørelsesanordning«.

Dersom kravet ikke var funktionelt, idet det angav, at anordningen skulle fastgøres ved hjælp af skrue – »the structural name of the part« – ville dette også give anledning til »funktionelle« problemer, idet også udtrykket »skrue« indebærer en henvisning til et middel og en funktion. Der er i den forbindelse intet til hinder for, at udtrykket »skrue« gives et bredt omfang, idet f.eks. en fastgørelse ved hjælp af nitter ansås for at udgøre en krænkelse, jf. således *Jacobs* eksempel ovenfor. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvis anvendelsen af nitter havde karakter af et forsøg på at omgå patentet. Det kunne også tænkes, at det funktionelle udtryk »fastgørelsesanordning« fortolkedes snævert, således at en fastgørelse ved hjælp af nitter ansås for ikke at krænke. Dette kunne være tilfældet, hvis anvendelsen af skrue var ny. Bedømmelsen beror under alle omstændigheder på en konkret fortolkning.

4.2.2. Fortolkning af krav med »turbulente baggrundsvilkår«

De særlige fortolkningsproblemer, som er knyttet til bioteknologiske patenter eller til andre krav affattet ved hjælp af funktionel terminologi, er således ikke knyttet til disses funktionelle beskaffenhed. For især de bioteknologiske patenter beror fortolkningsvanskelighederne på andre og mere almene vanskeligheder vedrørende den bioteknologiske teknik og samfundsudviklingen som sådan. Vanskelighederne i så henseende kan tilskrives bl.a., at de bioteknologiske teknikker er relativt nye, at området er genstand for intens forskning og hastig udvikling, og at denne udvikling i vid udstrækning baserer sig på patenteringsmuligheden som et konkurrenceparameter. Hertil kommer, at området egner sig til papir-opfindelser, hvilket i lyset af de foregående forhold volder særlige problemer.¹⁴² Endelig gælder, at de særlige patentretlige spørgsmål i relation til bioteknologi har betydelige *regionspolitiske overtoner*,¹⁴³ ideologiske på grund af regionaliseringen, *kommercielle* på grund af det bioteknologiske kapløb og *samfundsmæssige* på grund af de betydelige muligheder og

141. *Koktvedgaard* (1999), p. 232 (»abstraktionernes abstraktion«).

142. Se generelt *Kern* (1998), bl.a. p. 249f., 255 og 264ff.

143. Nærmere *McInerney* (1998).

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

risici af etisk og anden karakter, som bioteknologien rummer. Fortolkningsvanskelighederne knytter sig således til de forhold, som med *Grönfors'* udtryk fra den almindelige kontraktsret kan beskrives som *turbulente baggrundsvilkår*.¹⁴⁴ Den tekniske udvikling er hurtig og opfindelsens betydning vanskelig at vurdere på ansøgningstidspunktet.

Tendensen i teori og praksis går – som det skal vises – derfor i retning af en *dynamisk* tilpasning af patentbeskyttelsen. Herved accentueres konsistensproblematikken: De store interesser i en ekspansiv patentpolitik på det bioteknologiske område har udmøntet sig i relation til den *formelle patentret* (EPO) ved en liberal indstilling til at optage sådanne opfindelser i patentretten (patenterbarhedsbetingelserne) og ved en accept af brede krav. Set ud fra en regional betragtning består vanskeligheden således i at overføre denne praksis til den *materielle* patentret. Det regionspolitiske korrekte, liberal og bredt formulerede patentkrav skal omsættes i reel beskyttelse i national ret. De regionale hensyn tilsiger som sagt størst mulig respekt og ensartethed i bedømmelsen. De klassiske patentretlige hensyn tilsiger ofte den størst mulige tilbageholdenhed.

Genstanden for beskyttelsen i relation til bioteknologiske opfindelser er harmoniseret ved bioteknologidirektivet (98/44/EF), som også er gennemført i relation til EPK.¹⁴⁵ Hermed er taget et vigtigt skridt i retning mod en dybere, materiel harmonisering af patentretten. I relation til patenterbarhedsbetingelserne vil der opstå et interessant blandingområde mellem EPO og EF-domstolen med hensyn til fortolkningen af patenterbarhedsbetingelserne.¹⁴⁶ Vanskelighederne i henseende til patentfortolkningen i krænkelsetilfælde er dog stort set ikke berørt af direktivet.¹⁴⁷ Direktivet er gennemført i dansk ret ved L 242/31.5.2000, jf. herom *Sommer* (2000).

4.2.3. Fortolkning og gyldighed:

Biogen v. Medeva-dommen fra House of Lords

Vanskelighederne i forbindelse med en traditionel patentretlig bedømmelse af gyldighed og krænkelse i relation til bioteknologiske patenter

144. *Grönfors* (1995b), f.eks. p. 21f.

145. Se beslutningen fra EPOs Administrative Council af 16.6.1999, hvorved der pr. 1.9.1999 indsattes reglerne 23b-e i EPKs gennemførelsesbestemmelser. Hovedprincippet er angivet i regel 23b, stk. 1: »For European patent applications and patents concerning biotechnological inventions, the relevant provisions of the Convention shall be applied and interpreted in accordance with the provisions of this chapter. [Bioteknologidirektivet] shall be used as a supplementary means of interpretation.«

146. Se *Nyberg* (1999), p. 653.

147. Se dog om artikel 8 ovenfor, 2.4.1.

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

og den regionale dagsorden kan illustreres med en dom fra den engelske House of Lords fra 1996: *Biogen v. Medeva*.¹⁴⁸

Det omtvistede patent i sagen angik 1) et genetisk manipuleret DNA-molekyle (fremstillet ved hjælp af rekombinant DNA-teknologi¹⁴⁹), som 2) bar en genetisk kode, der indebar, at molekylet indføjet i en passende celle bevirkede, at denne celle producerede antistof imod hepatitis B-virus (HBV).¹⁵⁰ Patentet var af EPO meddelt virksomheden Biogen på baggrund af en ansøgning (Biogen 2) indleveret under påberåbelse af prioritet i en tidligere indleveret ansøgning (Biogen 1). I forhold til Biogen 1-ansøgningen indebar den anden ansøgning en generalisering både med hensyn til resultatet – »any combinant DNA molecule which expressed the genes of any HBV antigen in any cell« – og metoden – »... any method of making a DNA molecule which would achieve the necessary result«. ¹⁵¹ Europæisk patent var meddelt den 11.7.1990. Tvisten angik Biogen 2-patentet.

Dommen indebar en principiel stillingtagen fra House of Lords til bioteknologiske opfindelser og har derfor en betydning, som rækker langt videre end til de områder, som skal diskuteres i det følgende (navnlig punkt 11 og 12 i Lord Hoffmanns afgørelse). Det kan dog noteres, at dommen indebar en almindelig accept af bioteknologiske opfindelser i engelsk ret. Se nærmere om dommen generelt hos navnlig Kern (1998). Se også Harris (1999), der fremhæver bevægelsen i engelsk patentret som udtryk for et mere »commercial approach«. Som eksempler herpå nævnes – ud over accepten af bioteknologiske opfindelser – bl.a. introduktionen af ugyldighedsgrunden »lack of fair basis« i *Biogen*-sagen (a.st., p. 259f. og ovenfor) og udviklingen i praksis vedr. *erstatning* for patentkrænkelser (a.st., p. 258). Også med hensyn til *edb-programmer* er engelsk ret liberaliseret se således Wards omtale i WIPR 1999.237 af de nye retningslinjer fra UK Patent Office vedr. computerprogrammernes patenterbarhed.

148. *Biogen Inc. v. Medeva PLC*, 1997 RPC 1 (IIC 1997.740).

149. I *Biogen*-sagen findes en omfattende og meget oplysende redegørelse for teknikens udvikling i almindelighed og for de særlige forhold på området for sagen i særdeleshed. Se om førstnævnte også Bryde Andersen & Koktvedgaard (1990), p. 69-83.

150. Kravet (nr. 1) lød: »A recombinant DNA molecule characterised by a DNA sequence coding for a polypeptide or a fragment thereof displaying HBV antigen specificity said, DNA sequence being operatively linked to an expression control sequence in the recombinant DNA molecule and being expressed to produce a polypeptide displaying HBV antigen specificity when a suitable host cell transformed with said recombinant molecule is cultured, the transformed host cell not producing any human serum proteins and any primate serum proteins other than the polypeptide displaying the HBV antigen specificity.«

151. Se nærmere hos Lord Hoffmann, punkt 7.

Biogens behov for at påberåbe sig prioritet opstod, fordi et andet forskerteam i perioden mellem den første ansøgning og den anden havde kortlagt HBV-virusets genom (dvs. kortlagt (sekvenseret) samtlige gener, som indeholdes i HBV-virus). Virksomheden Medeva – som blev tiltalt for krænkelse – havde således baseret sig på denne *nye* viden – som var opstået inden for ét år! – og havde på *den* baggrund (og øvrig ny viden) opnået et resultat, som svarede til Biogens, men altså uden at basere sig på den teknik, som lå til grund for patentansøgningen og udgjorde baggrunden for forklaringen i Biogen 1-ansøgningen.

Det konkrete spørgsmål var således, om kravene i Biogen 1-patentet omfattede resultatet, således som det blev krævet med den senere ansøgning, dvs. uanset måden, hvorpå dette var blevet opnået (et »funktionelt krav«).¹⁵² På opfindelsestidspunktet havde resultatet karakter af et væsentligt videnskabeligt og kommercielt gennembrud – »a brilliant Napoleonic victory« (Lord *Hoffmann*) – selv om teknikken i sig selv var velkendt.¹⁵³ I lyset af den senere udvikling ville en eneret rettet mod resultatet imidlertid føre til, at udnyttelsen af *enhver* fremgangsmåde, der resulterede i det pågældende resultat, ville være afhængig af patentet. Der er intet retligt til hinder for at knytte patentretten til resultatet som sådant. En sådan løsning – en bred eneret – kan også udmærket være båret af almene hensyn.¹⁵⁴ Vanskeligheden bestod i den forbindelse i, at den almindelige videnskabelige udvikling (navnlig sekvenseringen) *efter* ansøgningstidspunktet (Biogen 1) havde medført, at den praktiske udvikling under ingen omstændigheder ville bevæge sig ad de baner, som havde ført til patentet.

152. Lord *Hoffmann* under punkt 12: »It is not whether the claimed invention could deliver the goods [dvs. indebærer produktion af HBV antistoffer], but whether the claims cover other ways in which they might be delivered: ways which owe nothing to the teaching of the patent or any principle which it disclosed.«

153. Resultatet skyldtes et lucky punch, hvilket dog ifølge House of Lords – i modsætning til Court of Appeal – ikke i sig selv betog resultatet dets karakter af en opfindelse.

154. »If the invention discloses a principle capable of general application, the claims may be in corresponding general terms. The patentee need not show that he has proved its application in every individual instance. On the other hand, if the claims include a number of discrete methods or products, the patentee must enable the invention to be performed in respect of each of them.« (Lord *Hoffmann*, under punkt 1)

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

EPO havde lagt grund, at Biogen 1-patentet gav fornødent grundlag for Biogen 2-patentet. House of Lords afviste, at dette var tilfældet,¹⁵⁵ og anså patentet for ugyldigt under henvisning til, at kravet var for bredt, idet forklaringen – i Biogen 1 – ikke rakte til en beskyttelse, som omfattede resultatet som sådant – som krævet ved Biogen 2 – dvs. uanset den anvendte fremgangsmåde:

»Professor Murray [opfinderen og medindehaver af Biotec] invented a way of working with the genome in the dark. But he did not switch on the light and once the light was switched on [dvs. ved kortlægningen af HBV genomet] his method was no longer needed.«

House of Lords forklarede, at sammenhængen mellem forklaring og krav er fundamental for patentretten: »The specification must enable the invention to be performed to the full extend of the monopoly claimed.«¹⁵⁶ Derfor bør en manglende sammenhæng også kunne lede til patentets ugyldighed, idet der bør være symmetri mellem de anbringender, som kan fremføres under sagsbehandlingen (dvs. for EPO) og for en domstol i en (national) sag om ugyldighed.¹⁵⁷

Dommen indebærer, som noteret ovenfor, 2.3, en ekspansiv udnyttelse af ugyldighedslæren, hvilket for engelsk ret i realitetet indebar en reaktivering af ugyldighedsgrunden lack of fair basis fra 1949-loven. I principiel henseende er dommen imidlertid interessant, idet House of Lords ved betoningen af, at kravet om sammenhæng mellem krav og beskrivelse er et materielt spørgsmål og ikke blot et formelt, som må afklares i forbindelse med patentets udstedelse, påviser et behov for en øget dynamik i patentvurderingen, som har almen betydning for patentretten. *Det bærende princip i Biogen-dommen er således en opfattelse af, at sammenhængen ikke blot skal være til stede på tidspunktet for patentets meddelse, men at kravet om sammenhæng følger med, således at bedømmelsen af patentets samfundsøkonomiske afbalancering antager en vedvarende karakter.*

4.3. Diskussion: Fremtidens patentfortolkning

Set ud fra en regional betragtning – konsistenshensynet – var afvisningen af Biogen 2-patentet utilfredsstillende. De almene hensyn, som

155. Lord Hoffmann understregede udtrykkeligt, at der ikke heri lå en generel nedvurdering af EPO, hvis praksis således fortsat tillægges afgørende betydning i engelsk ret.

156. Lord Hoffmann under punkt 11.

157. Dommens punkt 11 og Kern (1998), p. 281.

fremhæves af House of Lords, er imidlertid af central betydning for patentretten. Det er i den forbindelse nærliggende at overveje, om det er muligt at inddrage de dynamiske aspekter og hensynet til den korrekte samfundsmæssige afbalancering i fortolkningsprocessen og gyldighedsvurderingen i videre udstrækning end tilfældet er i dag.

Patentfortolkningen er i sit udgangspunkt grundlæggende *formel* og fortolkningsprocessen grundlæggende *statisk*. Fortolkningen er formel, fordi den alene er knyttet til patentkravet (artikel 69), og statisk fordi fortolkningsgrundlaget er patentet som meddelt og vurderet i forhold til vilkårene på ansøgningstidspunktet. Hermed er dog ikke sagt, at dynamiske hensyn ikke traditionelt har været inddraget i fortolkningen. Det er således almindeligt accepteret, at beskyttelsen af såkaldte *pioneropfindelser* bør udmåles bredere end beskyttelsen af almindelige patenter.¹⁵⁸

Bedømmelsen af, om en opfindelse er en pioneropfindelse, indebærer almindeligvis en vurdering af opfindelsens konkrete betydning i lyset af den generelle teknologiske og øvrige samfundsmæssige udvikling efter patentansøgningen. Læren om pioneropfindelser adskiller sig herved fra det almindelige udgangspunkt ved sin *dynamiske* karakter. Samtidig nedtones også fortolkningens formelle karakter: Fortolkningen har ikke længere karakter af blot en udmøntning af beskyttelsen – realiseringen af patenthavers belønning – men antager karakter af en løbende tilpasning baseret på patentets *aktuelle* samfundsmæssige værdi. Fortolkningen antager herved karakter af en materiel efterprøvning og justering af beskyttelsen, hvorved grænserne mellem fortolkningen og gyldighedsvurderingen flyder sammen.

Det må forventes, at fortolkningens dynamiske og materielle aspekter for fremtiden vil indtage en langt mere fremtrædende rolle end i den traditionelle patentret. Tendensen i så henseende vil formentlig have særlig betydning inden for patentrettens nye områder: *Bioteknologi*, *edb-programmer* og *forretningsmetoder*. Disse områder har alle til fælles, at baggrundvilkårene er turbulente, navnlig hvis man anskuer forholdene inden for de traditionelle patentretlige rammer (20-årig eneret, global

158. Dette anbefales også af *Mergers & Nelson (1990)*, navnlig p. 916 på baggrund af en retsøkonomisk analyse.

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

beskyttelse osv., jf. herom straks i det følgende).¹⁵⁹ Områderne er endvidere af central betydning set ud fra en regional betragtning, idet de rummer hele den »nye økonomi«. I det følgende skal først drøftes den praktiske håndtering af en dynamisk patentretlig fortolkning. Derpå drøftes de mere almene vanskeligheder, som en sådan stil måtte give anledning til.

Særligt om patentering af edb-programmer og forretningsmetoder

For edb-programmer og forretningsmetoder er de nærmere muligheder for patentering for tiden noget tvivlsomme.

Europæisk patentret har traditionelt været forholdsvis tilbageholdende inden for disse områder. Af EPK, artikel 52, stk. 2 og 3, fremgår således bl.a., at hvad der »alene udgør« planer, regler og metoder for samt fremgangsmåder til udøvelse af intellektuel virksomhed, spil eller *erhvervsvirksomhed* eller *datamatprogrammer*, ikke anses som »opfindelser« i relation til stk. 1.

I amerikansk patentret har man ikke haft tilsvarende lovhjemlede begrænsninger, men også dér har beskyttelsen traditionelt været begrænset. Senest er udviklingen i amerikansk ret imidlertid gået i betydeligt mere liberal retning, jf. navnlig *State Street Bank-dommen & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, CAFC 23.6.1998 (No. 96-1327) (GRUR Int. 1999.633 kom. *Nack*) vedr. methods of doing business og edb-programmer.¹⁶⁰ Afgørelsen indebar for forretningsmetoder en total liberalisering: »We take this opportunity to lay this ill-conceived exception [the Business Method Exception] to rest.« Udviklingen er dog ikke bekræftet af den amerikanske højesteret, og den amerikanske retsstilling må derfor betegnes som noget usikker for tiden. Den seneste udvikling tyder dog nok på, at praksis er gået for vidt, jf. således the American Inventors Protection Act 1999, hvorved der blev introduceret en forbenyttelsesret

159. *Domeij* (1998), p. 246: »Frågeställningen blir, om de tekniska lösningarna på problemet, åtminstone under en 20 årsperiod, i så hög grad kommer baseras på den i ansökan angivna lösningen, att det är motiverat att senare lösningar inte får utnyttjas utan tillstånd från patentsökanden.«

160. *Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, CAFC 23.6.1998 (No. 96-1327) (GRUR Int. 1999.633 kom. *Nack*). Se hertil også CAFC dom af 14.4.1999, *AT&T Corp. v. Excel*, No 98-138, refereret i GRUR Int. 2000.174ff. komm. *Nack*, som sammenfatter den amerikanske retsstilling vedr. patentering af edb-programmer således: »... das Erfordernis eines 'nützlichen, Konkreten und greifbaren Ergebnisses' [jf. *State Street-dommen*]... erfüllt ist, wenn durch die Machine oder das Verfahren ein praktisches Problem gelöst wird« (kursivering udeladt) og (a.st., p. 180) »alle Computer-Algorithmen scheinen, Neuheit und Erfindungshöhe vorausgesetzt, patentfähig zu sein«. *Nack* (2000) drøfter patentering af forretningsmetoder på baggrund af de tyske erfaringer hermed og anbefaler, a.st., p. 858, at man følger trop med den amerikanske udvikling. Rent bortset fra, at den amerikanske udvikling for tiden er uklar, bør man ikke følge dette forslag uden videre selvstændige overvejelser.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

ved USPTl, sec. 273(b)(1), med henblik på at opløde virkningen af en mere udbredt patentering af forretningsmetoder.¹⁶¹

Den nærmere forståelse af EPK i forbindelse med patentering af forretningsmetoder giver anledning til nogen tvivl, idet en praksis, som angivet ved *State Street*-afgørelsen, ikke er mulig inden for de nuværende traktatmæssige rammer.¹⁶² Der arbejdes for tiden i hårdt for en ændring af EPK foranlediget af TRIPs artikel 27 – »alle opfindelser skal kunne patenteres ...«¹⁶³ – og af et pres fra praksis som følge bl.a. af den amerikanske udvikling. Målet herfor så længe ud til at være en afskaffelse af stk. 2.¹⁶⁴ Til brug for konferencen den 20.-29.11.2000 foresloges i Basic Proposal for the Revision of the European Patent Convention (MR/2/00) begrænsningen i art. 52, stk. 2, c, ophævet fsva. *edb-programmer*, men *bevaret* fsva. forretningsmetoder. Der blev dog ikke opnået flertal for denne ændring, og undtagelserne også for edb-programmer vil således blive bevaret. Fremtidsudsigterne er dog for nærværende (ultimo november 2000) noget usikre, idet det navnlig på ingen måde synes at kunne udelukkes, at der vil blive vedtaget et EU-direktiv om patentbeskyttelse af edb-programmer og at dette vil føre til et nyt forsøg på at ændre EPK således som foreslået ved det nævnte Basic Proposal. Hertil kommer, at EPOs praksis mht. edb-programmer har vist, at undtagelsessystemet i art. 52 ikke har andet og mere indhold, end der er vilje til at lægge i det. Dersom afvisningen af at ændre EPK virkelig var udtryk for et ønske om at holde edb-programmer uden for det patentretlige system, måtte man således forvente, at der blev taget særlige skridt med henblik på at ændre praksis. Det er der ingen tegn på for øjeblikket.

4.3.1. En dynamisk fortolkningslære?

Udviklingen af en patentretlig fortolkningslære, som tager hensyn til den hastige teknologiske udvikling, og som muliggør en dynamisk vurdering og tilpasning af patentbeskyttelsens omfang, er diskuteret af især *Bengt Domeij* ud fra bl.a. en retsøkonomisk synsvinkel. I praktisk henseende foreslår *Domeij*, at det centrale moment i fortolkningen forskydes

161. Se i samme forbindelse *O'Rourke (2000)*, som på baggrund af bl.a. *State Street Bank*-dommen (a.st., p. 1178f.) anbefaler en regel om fair use i USPTl for derved at sikre den korrekte afbalancering af interesser.

162. Udgangspunktet er klart, jf. herved T-0931/95, *PBS Partnership*, hvor »a method for controlling a pension benefits program by administering at least one subscriber employer account« blev afvist under henvisning til art. 52(2)(c) og 52(3). Den nærmere afgrænsning er dog vanskelig.

163. Se hertil afgørelsen fra EPO Board of Appeal af 4.2.1999, T-0935/97, *IBM*, hvor TRIPs aftalen (art. 27) på trods af en manglende formel forpligtelse for EPO til at følge TRIPs anses for betydningsfuld som »a clear indication of current trends« (min kursivering), jf. ligeledes T 1173/95, *IBM*, GRUR Int. 1999.1053. I T-1194/97, *Philips*, angives, at »the harmonizing effect« af TRIPs også omfatter praksis i medlemslandene, herunder (naturligvis) amerikansk praksis.

164. Jf. herved EPO notat af 9.3.1999, CA/PL 6/99 og Kommissionens meddelelse af 12.2.1999 Patentering som innovationsfremme – Opfølgning af grønbogen om EF-patentet og det europæiske patentsystem, pkt. 3.2.

fra en teknisk vurdering og i retning af en økonomisk.¹⁶⁵ Det centrale indhold i denne model bliver herved en vurdering af »the added value of the infringing product«. Hvis denne værdi set ud fra en samfundsmæssig betragtning er høj, bør det potentielt krænkende produkt ikke anses for omfattet af det allerede meddelte patents eneret. Det foreliggende patent bør derfor gives et snævert beskyttelsesomfang.¹⁶⁶ Hvis derimod den tilføjede værdi er lav, bør eneretten i tvivlstilfælde udstrækkes til at omfatte det pågældende produkt.

Virkningen af denne model er en konstant tilpasning af eneretten, som begrænses til at omfatte forhold, hvis selvstændige værdi er ringe. I systematisk og principiel henseende er der herved tale om introduktionen af en generel dynamisk fortolkningsmodel. Modellen er i så henseende meget tiltalende. Vanskeligheden består da i at operationalisere bedømmelsen. Herved giver henvisningen til værdien af det foreliggende produkt formentlig kun ringe vejledning. Det er dog nok vigtigt ikke at overvurdere de praktiske vanskeligheder. Fortolkningsmodellen kommer kun på tale i tilfælde af tvivl. Som det skal vises, taler meget i den forbindelse for, at tvivlsområdet indskrænkes i form af en øget fokusering på patentkravenes ordlyd.

Det gælder dog under alle omstændigheder, at de væsentlige praktiske problemer, som en øget dynamik i patentfortolkningen giver anledning til, må overvindes. Der er ingen vej uden om; især ikke hvis man – hvad meget tyder på for øjeblikket – ikke er villig til at justere grundlæggende ved de patentretlige rammer.

Ud over de praktiske vanskeligheder – som må overvindes – knytter der sig imidlertid væsentlige principielle vanskeligheder til en dynamisk fortolkning. De primære problemer er af regional art og angår konsi-

165. Domeij (1999), især p. 522ff. Se i samme retning *Mergers & Nelson* (1990), især p. 876f. Se også Barton (1995), p. 615: »For patent breath, per se, the most sensible compromise is likely to be a new mechanism to reexamine the breath of an issued claim.«

166. Domeij (1999), p. 519: »In situations where there is some added value in the attacked product [dvs. det produkt, som potentielt krænker patentet og som angribes ved hjælp af patentet], courts interpret the patent claims narrowly so that the attacked product does not infringe.« Domeij relaterer spørgsmålet til anvendelsen af ækvivalensprincippet. Resultatet kan således også beskrives som udtryk for en anvendelse af »the reverse doctrine of equivalents« (sic!), hvormed menes en fortolkning, hvorved patentet ikke antages at omfatte forhold, selv om disse falder inden for kravets literal scope, se nærmere hos Domeij (2000), p. 126ff. De angivne principper for fortolkning er dog på ingen måde begrænset til en ækvivalensfortolkning.

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

stenshensynet. Den dynamiske fortolkning vil således inden for de nuværende rammer indebære en forskydning af den egentlige patenterbarhedsvurdering fra EPO og til de nationale domstole. Dette er problematisk i lyset af det almindelige ønske om en øget europæisering af patentretten. Gennemførelsen af en dynamisk patentfortolkningslære har derfor etableringen af en EPK-domstol som forudsætning.

4.3.2. Perspektivering: Patentfortolkning og patentrettens ekspansion

Det regionale pres i patentretten i henseende til fortolkningen bør føre til etableringen af fælles strukturer, dvs. en EPK-domstol. En sådan domstol er nødvendig for at sikre den regionale målsætning om sammenhæng mellem patentudstedelse og -anvendelse. En væsentlig opgave i forbindelse med i den fremtidige patentkravsfortolkning vil blive en stadig tilpasning af patentbeskyttelsens omfang i lyset af den teknologiske og øvrige udvikling.

Det traditionelle krav om *klarhed* vil herved fået et andet indhold end i dag. Klarhedskriteriet har traditionelt fungeret som en markering af grænserne for tredjemands råden. Man må nok forvente, at klarheden for fremtiden snarere vil tage sigte på grænserne for patenthavers råden i form af enerettens område. Man vil herved nærme sig den traditionelle anglo-amerikanske opfattelse af patentkravets betydning som en »absolut« grænse: »*The fence post approach*«. Dette bør også smitte af på den praktiske patentkravsfortolkning. Et udgangspunkt i form af en relativt *snæver* beskyttelse baseret på en ganske hårdhændet ordlydsfortolkning er en nødvendig følge af det øgede antal patenter inden for områder med hastig teknologisk vækst. I tilfælde af tvivl vil den dynamiske vurdering sætte ind. For *rimelighedshensynet* vil der dermed ligeledes ske en forskydning. *Fra* primært at angå patenthavers individuelle forhold (belønningen) og *til* primært at angå samfundets forhold (patentets værdi). Den grundlæggende balance mellem opfinders og samfundets interesser skal (opret)holdes. Rimelighedshensynet kan ikke entydigt identificeres med en bred beskyttelse.

De primære årsager til udviklingen i den patentretlige fortolkningslære er den *regionale* og den *teknologiske* udvikling. Disse to faktorer har almen betydning og bør også lede til almene overvejelser vedrørende patentsystemets indretning i takt med en øget patentering af især *edb-programmer* og *forretningsmetoder*. Det nuværende system baseret på kravene om objektiv og global nyhed m.v. og på forundersøgelse lader sig formentlig kun meget vanskeligt praktisere i forbindelse med en mere udbredt patentering af *edb-programmer* og *forretningsmetoder*. Også

4. Patentfortolkningens regionalisering ...

på området for retstildelingen burde dynamikken gives rum f.eks. i form af kortere beskyttelsestider, en afskaffelse af de globale forudsætninger og af forprøvningsinstituttet. Desværre pågår der for tiden ikke videre overvejelser i denne retning i henseende til patentretten (se om brugsmodelretten straks i det følgende), hvor de nye områder blot optages inden for de nuværende strukturer, som blev formuleret i 1886 til brug for en nu svunden verden. Som udtryk for de praktiske vanskeligheder med at indpasse edb-programmer og forretningsmetoder i den traditionelle patentret og som eksempel på patentfortolkningens fremtidige centrale betydning kan dog henvises til Kommissionens Consultation Paper af 19.10.2000 vedrørende »the Patentability of Computer-Implemented Inventions«, som ad v. indeholder følgende passus:

»... while the scope of the protection of a patent is determined by all the features of the claim ..., the holder of a patent for an invention consisting of technical and non-technical features should also not be in a position to successfully allege patent infringement against a third party who uses only the non-technical features«.

Bemærkningen skal læses i lyset af, at patent efter forslaget kun skal kunne meddeles, hvis kravene om nyhed- og opfindelseshøjde er opfyldt fsva. den tekniske del af frembringelse, således, at de ikke-tekniske elementer slet ikke patentbeskyttes. Ved at henvise en nærmere udskillelse til domstolsprøvelsen i forbindelse med en krænkelsessag understreges, at en nærmere præcision af opfindelsens genstand inden for disse angivelser i praksis ikke er mulig i forbindelse med patentets udstedelse. Fremtiden vil – er altså antagelsen – medføre (langt?) flere patenter, som ikke er det papir værd, som de er trykt på. Det er *domstolens* opgave at bortskaffe disse patenter, herunder via en korrigerende fortolkning. Også i denne henseende vil patentsystemet således nærme sig den klassiske amerikanske model baseret på skepsis til den administrative patentudstedelse og afgørende vægt på domstolens evne til at sikre, at afbalanceringen holdes.

Med optagelsen i patentsystemet af de nye teknologier vil fortolkningen og hele domstolssystemet få central betydning. Den 20-årige eneret giver i mange henseender ingen mening på områder, hvor den tekniske udviklingshastighed er høj. Undtagelsen hertil er som antydnet især bioteknologien, hvor der i disse år meddeles patenter på gener af ofte ukendt rækkevidde. Etableringen af den korrekte afbalancering må derfor søges *efter patentudstedelsen*. De almene vanskeligheder vil melde sig i løbet af de kommende år, hvor bl.a. genpatenternes styrke skal prøves

Kap. 8. Fortolkning af patentkrav

i forhold til senere konstaterede anvendelser af generne. Udgangspunktet som angivet med bioteknologidirektivet – patentering af gener og gensekvenser – vil herved formentlig blive sat under (et berettiget) pres via bl.a. patentfortolkning. *Biogen-dommen* – og *Domeijs* principper – bliver da vigtige at have *in mente*.

Udviklingen inden for *brugsmodelretten* er meget interessant, idet brugsmodelretten med hensyn netop til bl.a. beskyttelsestid, prøvning og omkostningerne tilbyder en alternativ model, som er nok så interessant for ebd-programmer og forretningsmetoder o.lign. »produkt- og konceptbeskyttelse« (jf. *Koktvedgaard* på NIR-mødet i Åbo 28.8.2000 (kommende nummer af NIR)) og dermed en mulighed for en reform af patentsystemet indefra. Det nu foreliggende brugsmodel direktivforslag (KOM(99)309/25.6.1999) indeholder i art. 3(1)(c), jf. stk. 2, en begrænsning fsva. Edb-programmer »as such«. Denne begrænsning er imidlertid en refleks af de patentretlige regler, dvs. EPK, art. 52(2), jf. forlagets punkt 13. I det omfang forbudet i EPK mod patenteringen af edb-programmer ophæves – hvad alt tyder på vil ske – ændres dermed også grundlaget for den brugsmodelretlige vurdering. Det kan i den forbindelse noteres, at forslaget i modsætning til Bml § 2, stk. 1, nr. 4, ikke udelukker »fremgangsmåder« fra beskyttelse (jf. dog forslagets art. 4(c)), hvorved en beskyttelse af edb-programmer ikke ville støde på retlige vanskeligheder, dersom art. 3 blev ændret.

5. Delkonklusion: Patentfortolkning og statusorienteringen

Patentfortolkningenes opgave er traditionelt beskrevet som en afbalancering af »klarhed« og »rimelighed«. Med »klarhed« tænkte man da primært på tredjemands mulighed for gennem en umiddelbar læsning af patentkravet at undgå patentkrænkelser samt samfundets almindelige mulighed for information af teknisk art. Klarheden tilsiger således almindeligvis en snæver beskyttelse. »Rimeligheden« refererede primært til opfinders interesse i at opnå en adækvat belønning i anledning af den patenterede opfindelse. Rimeligheden talte traditionelt for en bred beskyttelse.

Fortolkningens rolle i dette klassiske udgangspunkt består i udmønte den eneret, som er blevet opfinderens tildelt i forbindelse med patentets udstedelse. Bedømmelsen af grundlaget for fortolkningen – dvs. patentet – beror på reglerne om patentets ugyldighed, som bl.a. indebærer, at patentet bortfalder, hvis det godtgøres, at patentet ikke på ansøgningstidspunktet opfyldte kravene om nyhed og opfindeshøjde. Hvis patentet ikke bortfalder som følge heraf, består eneretten, med det omfang, som fastlægges ved hjælp af kravene, indtil 20 år er forløbet fra ansøgningstidspunktet (hvis patentet opretholdes).

5. Delkonklusion: Patentfortolkning og statusorienteringen

Det traditionelle formelle og statiske udgangspunkt for patentkravsfortolkningen stemmer således i systematisk og praktisk henseende nøje overens med det kontraktuelle udgangspunkt for den *traditionelle aftalefortolkning*, som ligeledes er formel – aftalen – og statisk – forholdene på tidspunktet for aftalens indgåelse. Den traditionelle aftaleretlige fortolkningslære er i dag under pres. Som træk ved den moderne fortolkningslære fremhæves gerne fortolkningslærens dynamiske karakter, inddragelsen af parternes status, standardaftaleretten og den glidende overgang mellem fortolkningen og gyldighedsbedømmelsen (ovenfor 3.2). Tendensen i den nyere aftalefortolkning går således i retning af en nedtoning af aftaleparternes subjektive fortold til fordel for en egentlig indholdskontrol med vægt på at sikre aftaleforholdets gennemførelse, jf. således *Grönfors*, som beskriver aftalefortolkningslærens opgave således: »... avtalet skall förverkligas till sitt huvudsakliga ändamål«:¹⁶⁷ Aftaler skal ikke blot holdes; de skal gennemføres.

Udviklingen i den patentretlige fortolkningslære er helt parallel: Patentet skal ikke blot *udstedes*. Det skal også – og navnlig – *virke*. Og det skal virke på rette vis i samfundet., dvs. således, at de almene hensyn, som er knyttet til patentsystemet og til opretholdelsen af en passende balance mellem patenthavers og almenhændens krav, tilgodeses.

167. *Grönfors* (1995b), p. 21ff. (citater fra p. 22).

III. DEL

Konklusion og perspektivering

KAPITEL 9

Statuslæren, obligationsretten og fremtiden

1. Indledning og plan for det følgende

I afhandlingens indledning (kapitel 1.1) fremsattes følgende påstand:

Udviklingen har medført en øget betoning af eksterne hensyn, således at den klassiske kontraktsrets opfattelse af parternes subjektive forhold som kontraktsrettens omdrejningspunkt ikke længere kan opretholdes. Udviklingen kan beskrives som en bevægelse »fra kontrakt til status«.

Påstanden blev støttet af drøftelserne i kapitel 2 og 3 af kontraktsrettens udvikling. Analysen i afhandlingens II. del vedrørende immaterialretsaftaler (kapitel 5-8) har, som det er noteret undervejs (se kapitel 5.4, 6.6, 7.5 og 8.5), bekræftet påstanden. Det kan således konkluderes, at kontraktsrettens subjektive udgangspunkt ikke kan længere opretholdes, og at udviklingen kan beskrives som en bevægelse fra »kontrakt til status«.

I det følgende skal konsekvenserne heraf drøftes. Der fokuseres i den forbindelse på to emner: Obligationsretten og den almene samfundsmæssige udvikling. Temaet for første emne er obligationsrettens opgave og indretning, herunder særligt om man fortsat bør operere med en »obligationsrettens almindelige del«. Temaet for andet emne er den almene afbalancering mellem autonomi og regulering.

Indledningvis skal statusorienteringen præciseres nærmere i lyset af gennemgangen ovenfor og rammerne for en statuslære trækkes op.

2. Statuslæren

Drøftelserne af kontraktsrettens udvikling og analyserne af immaterial-
retsaftalerne har vist, at nutidens kontraktsret er karakteriseret ved, at
parternes status (beskaffenhed) er vigtigere end aftalens indhold. Dette er sta-
tusorienteringens centrale indhold. Bearbejdelsen af de spørgsmål, som
dette rejser, kræver udviklingen af, hvad man kunne kalde en »statuslæ-
re«.

Statuslærens udgangspunkt er, at den kontraktsretlige bedømmelse
varierer alt efter parterne status, og at dette kræver en målrettet analyse
af parterne indbyrdes relationer. Resultatet bliver en stærkt *relationsbun-*
den kontraktsret, idet resultatet af den kontraktsretlige vurdering varierer
fra relation til relation. Statuslæren tjener herved til at udpege og bear-
bejde de relevante faktorer til brug for den nærmere afklaring af de par-
ternes relationer. Udgangspunktet for denne vurdering er undertiden
lovhjemlet, jf. som eksempel definitionen i Købelovens § 4a af »forbruger-
køb«. I andre tilfælde kræves en nærmere vurdering, som er knyttet til
bl.a. parternes indbyrdes styrkeforhold, aftalens sociale implikationer,
effektivitetshensyn eller f.eks. hensynet til markedsintegrationen.

En status som f.eks. »forbruger« er ikke udtryk for en egenskab ved
en person. Den samme person kan udmærket være »forbruger« i en
sammenhæng og »erhvervsdrivende« i en anden, »lejetager« i en tredje,
»parallelimportør« i en femte, »svag« i en sjette osv. De relevante kri-
terier varierer fra situation til situation. Statuslæren peger på, at indhol-
det og karakteren af den kontraktsretlige bedømmelse er forskellig i
hver af de seks situationer. Statuslæren referer således ikke til personlige
egenskaber, men til relationsbundne egenskaber: Identifikationen af en
part som »svag« forudsætter, at den anden part er (relativt) stærk(ere).
På samme måde kræver identifikationen af en part som »ophavsmand«
en vurdering af aftalegenstanden (et »værk«). Statusidentifikationen ud-
gør derfor heller ikke statuslærens målsætning, men er blot et middel i
forbindelse med vurderingen af kontraktsforholdet. Parternes relative
svaghed peger på et muligt beskyttelsesbehov, identifikationen af op-
havsmanden medfører overvejelser vedrørende placeringen af den op-
havsretlige belønning osv. Der er med andre ord knyttet visse *typeanta-*
gelser til bestemte aftaleparter / relationer: Den »svage« aftalepart anses
for at have behov for beskyttelse, »patentlicensgiver« for at være po-
tentielt farlig for effektiviteten, »parallelimportør« for at være vigtig
af hensyn til regionens udvikling, »ophavsmanden« for at burde have
del i den ophavsretlige belønning osv. Statusterminologien fungerer

3. Statuslæren og obligationsrettens almindelige del

således blot som en sproglig rekvisit, der viser tilbage til de almene hensyn, som er knyttet til den pågældende aftaletype og/eller relation mellem parterne. Virkningen af statuslæren er en tendens til en tilslutning til normalløsningen for den pågældende aftaletype. Den retlige bedømmelse objektiveres og standardiseres. En individuel løsning, som afviger fra normalen, kræver således almindeligvis en særlig klarhed i aftalegrundlaget.

Karakteren af de relevante hensyn varierer fra situation til situation. Det samme gælder de kontraktsretlige implikationer af statusidentifikationen. I det omfang der forefindes *præceptiv regulering*, er virkningen en generel udelukkelse af en vis retsfølge. Med den præceptive regulering skæres alle over én kam. Den statusorienterede bedømmelse adskiller sig herfra ved en mere nuanceret bedømmelse: Alle med en bestemt status er udelukket fra/berettiget til en bestemt retsfølge.

3. Statuslæren og obligationsrettens almindelige del

Statuslæren indebærer for den obligationsretlige vurdering en forskydning *fra* et subjektivt udgangspunkt med aftalen som omdrejningspunkt og *mod* en objektiveret bedømmelse koncentreret om parternes status og afklaringen af relationsbindingerne. Denne forskydning har en række implikationer for den konkrete retsanvendelse og metode. Som det skal vises straks i det følgende, er den almindelige obligationsret, således som den praktiseres i dag (»hensynsafvejningen« m.v.), dog så tilpas rummelig og fleksibel, at dette næppe vil give anledning til videre vanskeligheder, jf. herved da også redegørelsen ovenfor om kontraktsrettens udvikling, hvor statusorienteringen er demonstreret inden for en række områder fra den centrale obligationsret.

Statuslæren, statusorienteringen og kontraktsrettens almene objektivering og standardisering nødvendiggør imidlertid – forekommer det – en mere principiel diskussion af obligationsrettens indretning, herunder især om »obligationsrettens almindelige del« fortsat udgør en hensigtsmæssig ramme.

Det kan indledningvis noteres, at den »almindelige del« i historisk og ideologisk henseende er nært knyttet til den subjektive kontraktsret (viljeslæren). Statuslæren, og den deraf følgende objektivering, standardisering og specialisering repræsenterer således i sig selv et anslag mod den almindelige dels grundtanke: At man kan udpege centrale skyldfor-

hold, og at studiet af de regler, som gælder herfor, har almen interesse, herunder, at de kan bidrage ved løsningen af nye konflikter.

Der er sket en ganske væsentlig udvikling inden for »obligationsretten«, som til dels vanskeliggør en meget præcis og skrap diskussion. Der er således langt fra den traditionelle konstruktive tænkning, som den blev udviklet i dansk ret af *Lassen* og *Ussing*, og til nutidens obligationsret, således som den praktiseres i lærebøger m.v.

Selv om der således er sket en ganske markant udvikling i relation til udviklingen af en obligationsretlige retskilde-, analyse- og metodelære, som er tilpasset nutidens vilkår, må man dog konstatere, at den traditionelle, konstruktive metode, som *Julius Lassen* overtog fra *Windscheid*, i et eller andet omfang fortsat hænger ved. Statuslæren bør være anledning til, at man løsriver sig herfra på en mere bastant måde, end det har været tilfældet hidtil.

I takt med, at kontraktsretten specialiseres og objektiviseres, og denationalt formulerede regler i stigende grad vinder indpas mister hovedreglerne deres betydning. For den konkrete retsanvendelse vil det således ofte være uden interesse at konstatere indholdet af hovedreglen inden for det pågældende område. Også for regeludviklingen er det i dag vanskeligt at se værdien af den almindelige del. Både aftale- og køberetten udvikler sig ad ganske andre baner end dem, som er indeholdt i de »almindelige« regler og love. Det gælder endog nok, at den danske obligationsretlige tradition i et vist omfang kan siges at have udgjort en hindring for en hensigtsmæssig videreudvikling af dansk ret i forbindelse med den internationale udvikling. »Fremmede« regler, herunder regler, som er formuleret i et internationalt forum, må ikke afvises, allerede fordi de er »fremmede«, dvs. fordi de set ud fra en systematisk betragtning er vanskelige at indplacere i det nationale system. Som et muligt eksempel på en systembetinget afvisning af internationale påvirkninger kan nævnes den danske (nordiske) afvisning af CISG, del II (»kontraktsprincippet«). Det har næppe videre betydning for danske virksomheder, om man baserer aftaleretten på kontrakts- eller løfteprincippet. Virksomhedernes primære interesse består i at undgå retsusikkerhed. Dette mål nås bedst ved løbende at tilpasse dansk lovgivning til de internationale strømninger. Aftaleloven udgør i den forbindelse ikke noget naturligt udgangspunkt for diskussionen. Det er også påfaldende, at den danske Købelov som den eneste af de nordiske ikke er blevet tilpasset CISG. Dansk ret er dog ikke ene om disse problemer. Den aktuelle internationale diskussion vedrørende en kodifikation af formueretten (»fra oven«) hviler – forekommer det –

til dels på en forældet systemtænkning. Kodifikationen udgør den logiske konsekvens af den traditionelle konstruktive tænkning, men giver ingen mening henset til nutidens kontraktsretlige vilkår, som er præget af specialisering og standardisering. Hermed er ikke sagt, at formuleringen af fælles regler baseret på international kontraktspraksis og almene erfaringer er uden interesse. Som ovenfor anført gælder således, at PECL og UPICC må anses for særdeles værdifulde retskilder i forbindelse med en international regelsøgning.

Det forekommer på denne baggrund at være meget tvivlsomt, om den traditionelle obligationsret fortsat er hensigtsmæssig for så vidt angår regelanvendelsen. Studiet heraf bør varetages i specialfremstillinger, som er målrettet de enkelte aftaletyper.

Statuslæren er ikke udtryk for, at der ikke (længere) eksisterer problemer, som er fælles for – i princippet – alle skyldforhold, eller at det ikke er hensigtsmæssigt at drøfte disse spørgsmål samlet. Statuslæren er jo i sig selv udtryk for, at der er behov for en samlet diskussion. Statuslæren bør imidlertid være anledning til, at man fokuserer den »almindelige« diskussion om almene temaer så som metode- og retskildespørgsmål. Drøftelsen af disse emner vil sammen med dybtgående specialstudier af enkeltområder tilvejebringe et åbent og fleksibelt grundlag for løsningen af fremtidens obligationsretlige spørgsmål.

4. Statuslæren og samfundsinteressen

4.1. Aftalefriheden i nutidens samfund

»Aftalefriheden« er ikke, hvad den har været. Frihed *gennem* regulering sammenfatter nutidens forhold bedre end det klassiske krav om frihed *fra* regulering. Man kan efter temperament og politisk observans bifalde eller beklage denne udvikling. Markedsøkonomien – som et flertal af den danske befolkning formentlig ønsker – er baseret på en vis aftalefrihed og adgang til at vælge sin medkontrahent og tilpasse sine vilkår til forholdene. Velfærdsstaten (»blandingsøkonomien«) – som nok lige så mange kan tilslutte sig – er baseret på bl.a. en omsorg for de svage. Her til kræves regler. Aftalefriheden vil således også i fremtiden skulle udspille sig inden for et spændingsfelt mellem »frihed« og »regulering«. Meget tyder dog på, at reguleringstendensen vil tiltage. Der vil komme flere regler, regionaliseringen, globaliseringen og specialiseringen vil tiltage og almene hensyn vil blive fremført med større styrke. Man vil derfor formentlig opleve, at der vil blive stillet stadig øgede og mere

præcise eksterne krav til kontraktsretten. Det er dermed også relevant at drøfte, om man på baggrund af analyserne i denne afhandling kan angive nogle retningslinjer til brug for denne udvikling.

Statusorienteringen har som yderste konsekvens, at den individuelle koncipering af aftaler overflødiggøres. Parternes retsstilling følger af deres status, uden mulighed for forandring. Det kan i den forbindelse konstateres, at yderpositionen på visse områder, hvor reguleringen er intens og præget af præceptiv regulering, er tæt på at være nået. Dette gælder f.eks. salg af ophavsretligt beskyttede produkter, hvor parternes indflydelse stort set er reduceret til beslutningen om at iværksætte købet, idet de nærmere retsfølger (»konsumtion«) med hensyn til købers spredningsret følger af loven uden videre mulighed for variationer. I det omfang dette – hvad der under tiden er tilfældet – kombineres med en leveringspligt for sælger, er parternes mulighed for at påvirke deres retsstilling stort set faldet væk. Yderpositionen fremstår således som en praktisk realitet.

Spørgsmålet for det følgende er, om en sådan udvikling mod yderpositionen er generelt ønskværdig, eller om der knytter sig fordele til den individuelle kontrahering, som bevirker, at statuslæren har en yderste smertegrænse. Emnet er ganske vanskeligt at drøfte, hvis man ønsker at komme ud over det åbenbare krav om, at overflødig regulering bør undgås. I det følgende skal spørgsmålet først belyses ud fra en retsøkonomisk betragtning med henblik på en identifikation af nogle generelle pejlemærker. Derpå inddrages erfaringerne fra analysen af immaterialretsaftaler med henblik på inddragelsen af erfaringen og en mere præcis markering.

Set ud fra en *retsøkonomisk* betragtning er aftalen det mest effektive middel til fordeling af samfundets ressourcer. Aftalen er effektiv, fordi den fører til, at goder placeres hos de aktører, for hvem de har størst værdi, dvs. dem, der er villige til at betale den højeste pris for goderne. I tilfælde af »markedssvigt« – f.eks. styrkeulighed eller informationsvigt – accepteres i den forbindelse indgreb – f.eks. om ugyldighed eller oplysningspligt – med henblik på at sikre grundlaget for en effektiv aftaleindgåelse. En standardiseret og objektiveret retsstilling baseret på parternes status, og uden mulighed for individuelle tilpasninger, er set i dette lys undertiden problematisk. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis reguleringen medfører, at en række transaktioner ikke bliver gennemført, og hvis tabet i den forbindelse overstiger værdien af reguleringen. En retsøkonomisk vurdering forudsætter en nærmere analyse af enkeltregler og -aftaler. Det forekommer dog rimeligt at konkludere,

at man set ud fra en retsøkonomisk betragtning ikke bør søge yderpositionen som generel position. Dette ville i givet fald have som forudsætning, at man helt generelt kunne opnå en mere effektiv fordeling ved hjælp af regler end via aftaler.

4.2. Immaterialretsaftaler og status

4.2.1. Patentlicensaftaler

For patentlicensaftaler er resultatet af den retlige regulering, at der stilles en (lang) række krav til aftalens parter som »licensgiver« hhv. »tager«. De samfundsmæssige krav og opfattelsen af, hvorledes disse bedst gennemføres, har ændret sig over tid. I nogle perioder har praksis været streng og aftalefriheden haft trange kår. I andre perioder har praksis været mere lempelig, og parterne haft større råderum. Intensiteten i reguleringen varierer således over tid og i takt med de økonomiske konjunkturer og de fremherskende politiske vinde.

Udviklingen i den konkurrenceretlige regulering bevæger sig for tiden i retning af en liberalisering, som understøttes af udviklingen i patentretten. For EU-retten er Frd. 240/96 vel fortsat (unødigt) restriktiv, men bedømt i forhold til sin forgænger (2349/84) er den nuværende regulering relativt liberal. Det forekommer endvidere rimeligt at antage, at Frd. 240/96 vil blive ændret inden for de nærmeste år, samt at ændringen vil gå i retning af den model, som nu er indført for de vertikale aftaler ved Frd. 2790/99. Herved vil området for aftalefrihed blive udvidet yderligere. Begrundelsen herfor er en opfattelse af, at den EU-retlige kontrol med patentlicensaftalerne har nået en sådan dybde – »den fælles konkurrenceretlige kultur« – og intensitet – de »EU-konforme« nationale konkurrencelove – at der er blevet plads til autonomi og partsfrihed.

4.2.2. Konsumptionsprincippet

I henseende til den internationale omsætning opereres i EU med et almindeligt princip om regional konsumption. Princippet er »præceptivt« i den forstand, at medlemslandene ikke kan vælge et generelt princip om national eller global konsumption. For den nationale omsætning går tendensen i retning af et præceptivt princip med den konsekvens, at parterne i henhold til en aftale om salg af immaterialretligt beskyttede produkter almindeligvis ikke kan begrænse købers spredningsret i forhold til lovens regler herom.

Det regionale konsumptionsprincip har medført en øget betoning af partskontrollen med den internationale varestrøm. For de rettighedsty-

per, hvor man hidtil i dansk ret har opereret med global konsumption – navnlig varemærke- og ophavsretten – indebærer overgangen til regional konsumption, at rettighedshaveren via sit samtykke opnår mulighed for at styre varerstrømmen mellem forskellige (ikke-EU)lande i videre udstrækning end tidligere. En sådan partsrelateret kontrolmulig er isoleret set udtryk for en kontraktuel betoning. Også i denne sammenhæng gælder imidlertid, at partsautonomien er resultat af, at de ydre rammer for aftaletypen er fastlagt ganske nøje, idet gennemførslen af de almene hensyn ikke sættes over styr, selv om parterne får adgang til at disponere individuelt.

For den indenlandske omsætning har konsumptionsprincippet udviklet sig til et almindeligvis præceptivt princip. Købers beføjelser i henseende til viderespredning beror på den immaterialretlige lovgivning og ikke på aftalen. Her er bevægelsen således gået i retning af en øget statusorientering: Kender man aftalepartens status, kender man også hans beføjelser. Meget tyder på, at statusorienteringen vil uddybes i de kommende år. Fremtidens on-line-handel og -informationsudveksling kombineret med den øgede inddragelse i det ophavsretlige system af tekniske beskyttelsesforanstaltninger (»technological measures og rights-management information«) vil føre til et øget behov for præceptive regler med henblik på at forhindre en sådan »shrink wrapping« af ophavsretten, som er resultatet i amerikansk ret (UCITA-loven).

4.2.3. Fortolkning af immaterialretsaftaler og patentkrav

Tendensen i fortolkningen af nutidens immaterialretsaftaler – især ophavsretsaftaler – peger i retning af en accept af brede rettighedsoverdragelser. Dette er udtryk for en »kontraktuel« opfattelse: Aftalen skal respekteres efter sit indhold. Baggrunden herfor er en opfattelse af, at den brede overdragelse er nødvendig, hvis aftalen skal virke, dvs. sikre den maksimale udnyttelse af værket. Aftalen virker imidlertid ikke, blot fordi retten overdrages til erhverver. Aftalen virker først, hvis de overdragne rettigheder udnyttes. Med henblik på at sikre den maksimale udnyttelse går tendensen i lovgivningen og aftalepraksis i retning af regler, som muliggør en tilpasning af aftaleforholdet med henblik på nye og uventede udnyttelsesformer. Denne opfattelse af aftaleforholdet har statuskarakter: Aftalen opfattes som en ramme, inden for hvilken parternes rettigheder og forpligtelser udledes, efterhånden som aftaleforholdet udvikles og spørgsmål om udnyttelse i nye retninger opstår med henblik på at sikre, at aftalen fører til en maksimal udnyttelse af værker og til en fordeling af vederlaget, som tjener til at sikre, at det samfundsmæssige

formål med ophavsretssystemet realiseres. Meget tyder på, at statusorienteringen vil tiltage inden for ophavsretsaftaler i den kommende tid også med hensyn til fortolkningsspørgsmålet. Den teknologiske udvikling vil således medføre en øget individualisering af aftaleindgåelsen bl.a. inden for områder, som i dag håndteres via kollektive foranstaltninger (aftalelicens). Denne udvikling vil kombineret med en generel styrkelse af erhververnes markedsposition (»mediekoncerner«) indebære, at presset på den enkelte ophavsmand øges. For at sikre, at ophavsmanden ikke misbruges, samt at den ophavsretlige belønning placeres det rigtige sted, må det forventes, at der opstår et behov for yderligere regulering på dette område med henblik på at præcisere ophavsmandens kontraktsretlige stilling.

Patentfortolkningen kan ikke længere opfattes som en formel retsfastlæggelsen på baggrund af patentets indhold. Fortolkningen vil antage en dynamisk karakter og indtage en central placering som led i den samlede tilpasning af patentbeskyttelsen i lyset af den teknologiske, regionale og kommercielle udvikling. Fremtiden vil (forhåbentlig) føre til langt flere patenttvister end man kender i dag, og domstolene – gerne ført an af en central EPK-domstol – vil formentlig gå hårdhændet til værks for at sikre, at patenterne virker som tilsigtet. Statusorienteringen vil her tiltage i den kommende tid med henblik på en yderligere præcisering af de beføjelser, som tilkommer indehaveren af et europæisk patent.

4.3. Perspektivering: Fremtiden mellem kontrakt og status

De primære drivkræfter bag udviklingen inden for immaterialretsområdet er regionaliseringen, den teknologiske udvikling, internationaliseringen og immaterialrettens øgede økonomiske betydning. Den nærmere udmøntning af disse hensyn ligger til grund for afvejningen af de almene hensyn såsom effektivitet, belønning, beskyttelsen af den svage aftalepart, teknologispredning, frihandel og informations- og ytringsfrihed, som inddrages ved den retlige vurdering af immaterialretsaftalen. Det er disse hensyn, som skal bearbejdes i forbindelse med statuslæren: For ophavsmanden vejer belønningshensynet ofte tungt, hvilket taler for f.eks. en ugyldighedsvurdering, som fører til en belønning af denne part. Ved fortolkningen af en patentlicensaftaler bør man tilgodesee teknologispredningen, hvilket kan begrunde, at man almindeligvis kræver, at eksklusivitet skal være særligt vedtaget.

Stiller man skarpt på de enkelte aftaletyper og områder, kan det konstateres, at status- og kontraktsbetoningen bølger frem og tilbage, idet udviklingen på visse områder og til visse tider går i retning af en øget

betoning af kontraktselementer og på andre områder og til andre tider peger i retning af en uddybning af statusorienteringen med det resultat, at parternes aftalefrihed reduceres. Pendulet svinger frem og tilbage og peger snart på »kontrakt« og snart på »status«.

Identifikationen af disse lokale bevægelser »fra status til kontrakt« påvirker ikke gyldigheden af den overordnede beskrivelse af udviklingen som en bevægelse »fra kontrakt til status«. Tværtimod. De lokale strømninger viser således, at »aftalefrihed« undertiden kan være resultatet af en statuspræget bedømmelse. I visse tilfælde tilsiger parternes status, at aftalen respekteres efter sit indhold: Frihed gennem regulering/status. Aftalefriheden anvendes således som et *middel* på linje med f.eks. præceptive regler til at opnå et bestemt samfundsmæssigt resultat. Når der i relation til f.eks. patentlicensaftaler og konsumptionsprincippet er givet plads til »aftalefriheden«, skyldes det, at de retlige rammer på disse områder er så tætte og præcise, at det kan overlades til parterne selv at udfylde rammerne ved deres aftaler. Hermed opnås de effektivitetsfordele, som er knyttet til aftalen.

En almen uddybning af statusorienteringen kan således godt kombineres med en øget betoning af »aftalefriheden« m.v. for enkelte aftaletyper. Dette betyder, at man godt kan opfatte den generelle udvikling som en uddybning af stausmomenterne – øget objektivisering og standardisering – og *samtidig* hermed drøfte den nærmere afbalancering mellem autonomi og regulering i relation til enkelte aftaletyper.

Drøftelserne af immaterialretsaftalerne viser i den forbindelse, at *statusorienteringen i perioder med forandringer fører til en øget objektivisering, og i perioder med konsolidering til øget aftalefrihed*. Forandring kræver en almen orientering efter de nye mål. Dette kræver, at samfundet så at sige udstikker kursen, idet det ikke kan overlades til aftaleparterne at gå frem, som de plejer. Der bliver først plads til aftalen og til parterne, når kursen ligger fast, dvs. i konsolideringsperioder. Gennemgangen viser endvidere, at tendensen i praksis erfaringsmæssigt har været en konstant vekslen mellem perioder præget af status og perioder præget af kontrakt, således at kontraktssynspunktet har vundet indpas, når de almene sigtelinjer ligger klar.

Denne erfaring stemmer udmærket overens med konklusionen ovenfor, hvorefter man ikke bør begrænse aftalefriheden i videre udstrækning, end dette er begrundet af almene hensyn. Drøftelserne af immaterialretsaftalerne viser, at dette ikke er nogen let øvelse. For patentlicensaftaler forekommer den konkurrenceretlige vurdering at være urimelig hård, ufleksibel og belastet af en række ideologiske fordomme (vedrø-

rende regionaliseringen). Det mest vellykkede område er konsumptionsprincippet, hvor formuleringen af det regionale princip synes at være et columbusæg, som forener en ønskværdig styrkelse af rettighedshaverne med øget aftalefrihed.

5. Afslutning

Der eksisterer i obligationsretten en grundlæggende spænding mellem klarhed og rimelighed. I en model, som alene betonedede klarheden forstået som forudsigelighed, ville der ikke være plads til rimeligheden. I en model, som alene fremhævede rimeligheden, ville ingen vide sig sikker på, om forpligtelsen, som blev stiftet i dag, bestod i morgen. Der findes intet retssystem, som udelukkende har været baseret på den ene eller den anden model. Klarheden og rimeligheden indgår i ethvert retssystem og er tilstede samtidig. Statusorienteringen har set ud fra en traditionel betragtning gennemsnitligt medført en forskydning *fra klarhed til rimelighed*. Kontraktsretten får et mere skønsmæssigt præg, hvilket stiller krav til retsvidenskaben. Allerede *Stang* noterede (i 1935), at retsvidenskaben for at opfylde de krav, der stilles til den, »må tænke og føle som en lovgiver«.¹ Dette udsagn er mere aktuelt end nogensinde. Obligationsretten skal i den forbindelse tilvejebringe en referenceramme, som både tilgodeser de krav af samfundsmæssig art, som stilles til aftaleforhold, og som samtidig bidrager til at skabe klarhed i retsanvendelsen. Det er håbet, at denne afhandling vil kunne bidrage til at gøre opgaven lidt lettere, end den ellers ville have været.

1. *Stang* (1935), p. 168.

Summary in English

'Intellectual property agreements – from contract to status in the law of obligations'

The general themes of this thesis are the consequences to the general law of contract ('law of obligations') of the modern developments in technology and the internationalisation of the economies. In order to analyse this topic further, the thesis focuses on intellectual property agreements, i.e. agreements for the transfer of intellectual property rights (e.g. publishers' contracts or patent licensing agreements) or for the transfer of goods protected by intellectual property rights (e.g. the buying and selling of trade marked goods). The thesis focuses on contractual issues such as the formation of agreements, and the interpretation and performance of such contracts.

The first part of the thesis, **Chapters 1 to 4**, contains a general discussion of the development of the law of contract with a view of establishing a framework for the later discussions. The proposition arising out of this discussion is the following:

As a consequence of developments, external considerations are becoming of greater importance to the law of contracts. Therefore, the importance traditionally attached to subjective relations of the parties (the 'will' of the parties) cannot be maintained. This development can be described as a movement 'from contract to status'.

This proposition is supported by the study in **Chapter 3** of topics of modern contract law: standard form contracts, interpretation of contracts, formal requirements and the use of legal 'types', the principles of good faith and fair dealing, the rapid expansion of the number of rules and the specialisation of the legal rules, the developments affecting the foundations of contract law and the de-nationalisation of contract law. It is maintained that in all these areas the law has moved from having a subjective approach based on the will of the parties towards a more objective approach. This objective approach stresses general values such

as the protection of the weaker party, the effectiveness of the transaction and the establishment of the internal market. The result of this is a legal approach to contracts that is objective and standardised. The development can best be described as a movement 'from contract to status'.

In order further to analyse and illustrate this movement towards 'status-orientation', the *second part* of the thesis discusses intellectual property agreements. After an introduction to the topic in **Chapter 4**, and a discussion of the legal sources and other methodological and general problems raised by the subject, three topics are dealt with in greater detail: agreements for the transfer of rights (patent licensing agreements) in Chapter 5, agreements for the sale of protected goods (the principle of exhaustion of rights) in Chapter 6 and the interpretation of agreements (Chapter 7) and patent claims in (Chapter 8).

The main theme for the discussions in **Chapter 5** concerning patent licensing agreements is the increasing importance of competition law in this legal area. The consequences of EU regulation and the new Danish Competition Law has been an intensified legal control and regulation of patent licensing agreements. The freedom of the parties to form licensing agreements has been limited over the years with the aim of furthering the general interests of the patent system and licensing agreements. The central topic in this regard has been the regionalisation arising out of the EU treaty. The EU competition law rules are characterised by their twofold objectives: market integration *and* market efficiency. EU competition law requires a high degree of precision in its legal position but the double objectives are also important to the values associated with the patent system and licensing agreements. The classic considerations of rewarding the inventor and promoting innovation must now be read in the context of the central aim of creating an internal market.

The increased public and Regional interest in patent licensing agreements has both general and practical implications. From a practical point of view it can be seen that the degree of freedom of contract has varied over the years. Non-attack clauses were at one time considered undesirable, but are accepted today. Price-restraints and agreements giving absolute territorial protection are not acceptable under the present EU law, but such terms may become acceptable in future. However, the present rather liberal regime is not an expression of a general deregulation of the area. The recent liberalisation of competition has been caused by developments in US antitrust law, which has been liberalised over the past few years. Another important factor is that there is a general perception within the EU Commission that EU harmonisation of

competition law is now so well established (the establishment of a 'common competition law culture') that there is room for a certain degree of freedom for the parties.

The increased public interest in licensing agreements means that a subjective understanding of the relations between the parties is no longer valid as the traditional natural starting point for legal analysis. Today the legal regulation and assessment of licensing agreements is based on an objective approach that underlines the importance of the interests of society in the agreements. Developments in the field of patent licensing agreements therefore confirm the movement from contract to status.

Chapter 6 deals with the relationship between the owner of an intellectual property right, e.g. an author, and the owner of a copy of a protected work, e.g. the owner of a book by the author. In Danish law this relationship has traditionally been expressly regulated in intellectual property laws by the principle of the exhaustion of rights. After a brief historical introduction to the development of the principle in German law and a review of Danish law and EU case law, the approach of the principle of exhaustion of rights is contrasted with the contractual approach that has traditionally been applied in e.g. English, US and Japanese law based on an implied licence ('first sale'). It is pointed out that the main aim of the contractual system is to implement the (subjective) intention of the parties. This evaluation is concrete, considers the relationship between the parties and aims to strike the right balance between the rights and the duties of the parties. The approach based on the principle of exhaustion of rights as applied in e.g. Danish law and EU law is very different. According to this approach, the rights and duties of the parties following the sale of a protected item follow automatically from the exhaustion principle in intellectual property law. The balance between the interests of the parties and those of society is struck by the intellectual property laws which the parties cannot change.

In order to analyse further the differences between the contractual and the exhaustion approach and to examine more closely the interests that form the basis of the exhaustion of rights principle the case of parallel imports is discussed. Parallel imports have attracted major attention in the recent years. The main discussion in EU law has been whether to apply the principle of regional exhaustion or of global exhaustion. A regional approach makes it possible for owners of European rights to block the import of e.g. trade marked goods to the EU (or EEA) that have been marketed by or with the consent of the owner of the rights

outside the EEA. This regionalisation of intellectual property law could be said to be at odds with the global approach represented by the TRIPS agreement. However, it is pointed out that neither by letter nor in spirit does TRIPS address the issue but leaves it to individual countries to decide which principle to apply. It is then pointed out that the regional principle is now accepted in EU trade mark and patent law and that, upon a proper construction of the copyright Directives, they should also be understood as applying the regional principle. It is argued that developments towards a uniform EU exhaustion regime based on the regional system should be welcomed as the natural consequence of general regionalisation. Japanese and US law is touched upon and it is noted that the right of parallel importation to these countries is normally quite restricted. However, the main point is that to a very large degree both Japanese and US law leave it to the parties to decide (the contractual approach).

The thesis then demonstrates that any discussion of parallel imports at a global level requires a precise framework. Such a framework is provided by the principle of the exhaustion of rights. The contractual approach, on the other hand, cannot provide any clear legal framework. Those legal systems that have not traditionally applied the principle of exhaustion, e.g. US and Japan, will probably require a shift in the legal thinking from a contractual view towards a view based on the exhaustion of rights; 'from contract to status'.

Next, the principle of exhaustion of rights is analysed in relation to the sale of goods protected by intellectual property rights on the Danish domestic market. It is shown how the exhaustion rules in the legislation, notably the rules in the Copyright Act (presently §§ 19 and 20), should generally be regarded as mandatory. The effect of this is that the parties are prevented from entering into agreements whereby the right of the owner of goods to dispose of them is restricted. The legal effects of the sale of goods protected by intellectual property rights are entirely regulated by the law: if one knows the status of the parties one also knows their legal position. The terms of the contract are normally without any real interest.

Chapter 7 deals with the interpretation of intellectual property agreements. The issue has mainly been debated in copyright law and the Danish Copyright Act contains (in § 53) a special rule on this. According to this 'principle of speciality' (specialitetsprincippet/-grundsætningen) an agreement for the transfer of copyright should generally be construed narrowly so as to protect the original owner of the rights (the author).

After an introduction to this rule and to the normal principles of interpretation found in general contract law, it is demonstrated that, in practice, the speciality principle does not have any relevance to interpretation.

It is then demonstrated that the speciality principle is based on an antiquated view of copyright law. According to the traditional Danish view copyright is regarded as being based on two elements: (i) the protection of the economic value of the work and (ii) the *droit moral* protection of the creative relationship between the author and his work of art. It follows from this view that when interpreting contracts there should not be a broad transfer of rights because it is important for the copyright holder to maintain control over the use of the work. This is the basic proposition of the principle of speciality. However, the *droit moral* considerations are without any real interest to the central areas of modern copyright law which concern computer programmes, databases and works made for hire. As far as such works are concerned it is difficult to argue that there is any special need to protect the author. It is then shown how the traditional copyright view of the relationship between the author and his work closely matches the traditional starting point for contract law, freedom of contract. In contract law any control over the transfer of rights should be introduced at the time of making the contract. After the contract is made, the agreement should be kept (*pacta sunt servanda*). This line of reasoning is then substantiated by a discussion of the German law of the 'Zweckübertragungsgrundsatz' which is related to the Danish principle of speciality.

Technological development has traditionally given rise to special complications for copyright agreements. However, the problems caused by modern technology have further increased the difficulties. Technological development is presently so rapid that it is difficult to predict the potential uses of copyright material more than a few years ahead. At the same time, businesses in the knowledge industry are merging and can now often provide a broad range of possible uses of a work within the same company. This development is of great interest to the question of interpretation of contracts. However, it also makes the traditional starting point of a narrow transaction problematic. It is therefore interesting to note that a new type of regulation of copyright contracts is emerging (notably the Copyright Act § 55). Instead of aiming at a narrow transaction based on the approach that agreements are made to be kept, the new approach is characterised by a broad transaction combined with subsequent adaptation of the scope of the transaction. The aim is not just

Summary in English

to ensure that agreements are kept but rather to ensure that promises are carried out and that works are exploited. The legal evaluation is thus shifting from a static view of the relationship between the parties towards a dynamic assessment, and from an evaluation based on the subjective relations between the parties towards an objective assessment based on the business purpose of the agreements: from contract to status.

Chapter 8 deals with the interpretation of patent claims. In this regard, there is a rule in Article 69 of the Patent Convention, which is implemented in Danish law by § 39 of the Patents Act. On the basis of this rule the question of interpretation is analysed with special emphasis on developments in Germany, the USA and the United Kingdom. The role of patent interpretation has traditionally been described as that of striking the right balance between clarity on the one hand and fairness on the other. Clarity pointed to a narrow interpretation that enabled the competitors to avoid infringing the patent and ensured the effective publication of the technical lessons of the patented invention. Fairness on the other hand pointed at a broader interpretation, attempting to secure for the inventor a fair reward for the value of the invention. US and English law have traditionally stressed the importance of clarity, whereas German law has traditionally stressed the importance of fairness. Article 69 of the EPC aims at striking the right balance between the traditional English and German approaches, but judicial interpretation by the national courts of the EPC system still varies from one country to another.

The regionalisation of patent law today requires a very precise status of the law in the EPC countries. This is especially important for the new areas of patent law, e.g. biotechnology and computer programmes. In these areas the European Patent Office (EPO) has maintained a liberal view on the question of what is patentable. In order to ensure that national courts do not prevent regional unity in these important areas of patent law by applying different standards of interpretation and patentability there is today a great pressure for control over national courts in patent matters. This need is increased by the global interest in the patent system. The principle of equivalence is often referred to as a means for obtaining greater precision in patent interpretation. It is argued here that this principle is not well-suited for such a purpose. On the contrary, it is argued that in a future patent system with many more patents than today the principle of equivalence is best forgotten as it would only lead to unreasonable uncertainty. It would probably be better to apply the

traditional English approach to the interpretation of patent claims, the so called 'ring fence' approach, i.e. a narrow style of interpretation. In order to secure the necessary harmonisation of patent interpretation, a common European patent court should be established sooner rather than later.

Today patents are issued in fields of technology where development is very rapid and difficult to foresee. One such example is biotechnology. It is argued here that patent interpretation is especially difficult in such areas of rapid development which are dominated by what are often referred to as 'functional claims'. The difficulties are in some degree due to the character of the traditional patent system. From a traditional point of view the role of patent interpretation is to determine the scope of the monopoly conferred by the patent as issued by the patent authorities. The patent is to be allowed the same extent for its full term, i.e. for a maximum of 20-years from the date of application, unless the patent is declared invalid. The traditional starting point for patent interpretation is formal and static, in other words, it deals with the patent as issued at the time of its grant. It thus corresponds closely to the characteristics of contract law. However, there are signs both in legal theory and in practice (notably in the decision of House of Lords in *Biogen v. Medeva* (1997 RPC 1)) that a new understanding of the role of interpretation is evolving. This differs from the traditional approach by its substantive and dynamic character. It is to be expected that in future the courts will play a much more active role in the field of patent law and that they will use questions interpretation and validity as tools for ensuring that the wider considerations of the patent system are maintained throughout the life of the patent.

Developments in general contract law and in the interpretation of patents are thus parallel: agreements should not just be kept, but also performed and patents should not just be granted, they should also, and primarily, work to the benefit of society, so that the wider considerations associated with the patent system are maintained: from contract to status.

The discussions in the second part of the thesis thus confirm the proposition put forward in the first part about the movement from contract to status.

In the **third part** of the thesis the general implications of the development from contract to status are explored. By way of introduction the central content of the doctrine of status is defined: *The status of the parties is more important to the legal considerations than the content of the agreement.*

Summary in English

It is argued that due to the development of the status doctrine the general law of contract needs to be changed. The subjective starting point for legal analysis must be adapted to the objective style of the status doctrine. Furthermore, it no longer seems feasible to provide a set of general principles to be applied, in principle, to all situations concerning the interpretation of agreements and performance. Instead the focus should be on matters relating to e.g. the sources of contract law.

Finally the pros and cons of the status doctrine are discussed at a general level. It is argued that the free market economy must necessarily have a certain degree of freedom of contract. If, therefore, one wishes to maintain a society based on free market economy one cannot allow regulation totally to abolish freedom of contract. However it must be acknowledged that a complex modern society requires a certain degree of control. This need for control is particularly acute in times of change, as for example with the regionalisation of EU law, and when it concerns universal values such as the protection of the weaker party. It is necessary for society to chart the course, but once the course is charted it is important to let a certain amount of contractual freedom into the system again.

Anvendt litteratur med forkortelser

(i kursiv)

1. Monografier, artikler, lovkommentarer m.v.¹

A

Adams, John & Brownsword, Roger:

- (1995) »Key Issues in Contract Law«.

Adlercreutz, Axel:

- (1996) »Avtalsrätt II«, 4. udgave.

Agell, Anders:

- (1997) »Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap«, p. 35-62 i festskrift til Stig Strömholm.

Alces, Peter A. & See, Harold F.:

- (1994/1996) »The Commercial Law of Intellectual Property« (med supplement).

Alexander, Willy:

- (1998) »Exhaustion of Intellectual Property Rights: Worldwide or Community-(EEA-)wide?« p. 3-16 i *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*.

Altenburg, Dorothee:

- (1993) »Die neuere Entwicklung des Urheberpersönlichkeitsrechts in Deutschland und Frankreich«.

Althammer, Werner, Ströbel, Paul & Klaka, Rainer:

- (1997) »Markengesetz«, 5. udgave.

Amarasinha, Stefan Daya & Vestergaard Knudsen, Ulrik:

- (1998) »WTO – nye rammer og udfordringer for det internationale handelssamarbejde«; JUR 1998.293-311.

Anawalt, Howard C. & Enayati, Elizabeth F.:

- (1998) »IP Strategy – Complete Intellectual Property Planning, Access and Protection«.

Anderman, Steven D.:

- (1998) »EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation«.

Lyng Andersen, Lennart, Madsen, Palle Bo & Nørgaard, Jørgen:

- (1997) »Aftaler og Mellemmænd«, 3. udgave.

Bryde Andersen, Mads:

- (1987) »Edb-leverandørens ansvar for ophavsretligt begrundede retsmangler«, U 1987B.121-129.
- (1989) »EDB og ansvar«.

1. Henvisninger til domskommentarer, anmeldelser o.lign. findes i teksten. Det samme gælder for Betænkninger, lovbemærkninger m.v.

Anvendt litteratur med forkortelser

- & *Koktvedgaard, Mogens*: (1990) »Bioteknologi og patentret«.
- (1995a) »Praktisk aftaleret«.
- (1995b) »Lov om arbejdstageres opfindelser med kommentarer«.
- (1997) »Grundlæggende aftaleret«.
- & *Lookofsky, Joseph*: (2000) »Lærebog i Obligationsret I«.

Anderson, Mark:

- (1995) »Applying Traditional Property Laws to Intellectual Property Transactions«, *EIPR* 1995.236-241.

Andreasen, Hardy:

- (1948) »Varemærkeretten i Konkurrenceretlig Belysning«.

Antoniades, Andreas & Køningsfeldt, Thomas:

- (1996) »TRIP's betydning for den globale beskyttelse af immaterielle rettigheder«, *Justitia* 1996/6.

Arnholm, Carl Jacob:

- (1973) »Den almindelige obligationsrett – en fortidslevning?«, *TfR* 1973.141-146.

Atiyah, P.S.:

- (1978) »From Principles to Pragmatism«.
- (1979) »The Rise and Fall of Freedom of Contract«.
- (1989) »Freedom of Contract and the New Right«, *JT* 1989-1990.601-625.
- (1995) »An Introduction to the Law of Contract«, 5. udgave.

B

Bappert, Walter/Maunz, Theodor/Schricker, Gerhard:

- (1984) »Verlagsrecht«, 2. udgave.

Barnett, Randy E.:

- (1992) »Some Problems With Contract As Promise«, *Cornell Law Review* 1992.1022-1033.

Bartenbach, Kurt/Volz, Franz-Eugen:

- *ArbEG* (1997): »Arbeitnehmererfindergesetz – Kommentar zum Gesetz über Arbeitnehmererfindungen«, 3. udgave.

Barton, John H.:

- (1995) »Patent Scope in Biotechnology«, *IIC* 1995.605-618.

Battersby, Celia:

- (1989) »Status to contract: 100 years on«, *Solicitors Journal* 1989.102-103.

Baudenbacher, Carl:

- (2000) »Erschöpfung der Immaterialgüterrechte in der EFTA und die Rechtslage in der EU«, *GRUR Int.* 2000.584-596.

Beatson, Jack:

- (1998) »The Incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law«, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998.957-968.
- & *Friedmann, Daniel*: (1995) »Introduction: From 'Classical' to Modern Contract Law« p. 3-21 i Jack Beatson og Daniel Friedmann (red.) *Good Faith in Contract Law*.

Beckmann, Roland Michael:

- (1998) »Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach neuem Markenrecht«, *GRUR Int.* 1998.836-841.

Bednarek, Michael D. & Thompson, Jeffrey L.:

- (1996) »Strategies for Maximising Protection under an Evolving Doctrine of Equivalents«, EIPR 1996.237-241.

Beier, Friedrich-Karl:

- (1970): »Territoriality of Trademark Law and International Trade«, IIC 1970.48-72.
- (1975): »Basic Features of Anglo-American, French and German Trademark Law«, IIC 1975.285-303.
- (1979): »Die Bedeutung des Patentsystems für den technischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt«, GRUR Int. 1979.227-235.
- (1982): »Gewerblicher Rechtsschutz, Sociale Marktwirtschaft und Europäischer Binnenmarkt«, GRUR Int. 1982.228-238.
- (1989) »Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten«, GRUR Int. 1989.603-615.
- (1990): Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market«, IIC 1990.131-160.
- (1992) »Patent Protection and the Free Market Economy«, IIC 1992.159-168.
- (1996) »Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse«, GRUR Int. 1996.1-9.
- (1997) »Von der EWG-Marke zur Gemeinschaftsmarke – Teil I«, p. 59-80 i Gerhard Schricker og Friedrich-Karl Beier (red.) Die Neuordnung des Markenrechts in Europa (10. Ringberg-Symposium).
- (1998) »Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht«, GRUR 1998.185-195.

Bellamy & Child:

- (1993/1996) »Common Market Law of Competition«, 4. udgave v. Vivien Rose (red.) med 1. supplement v. P.M. Roth (red.).

Bender, Hanne:

- (1998) »EDB rettigheder«, 1998.
- (1999) »Kvalifikation af edb-programrettigheder«, NIR 1999.17-36.

Bengtsson, Bertil:

- (1991) »Om civilrättens splittring«, p. 29-46 i festskrift til Kurt Grönfors, 1991.

Bentzon, Viggo:

- (1883) Anmeldelse af Julius Lassen, »Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del«, U 1883.99-131.

Benkard, Georg:

- (1993) PatG: »Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz«, 9. udgave.

Bergman, Matthew P.:

- (1991) »Status, Contract, and History: A Dialectical View«, Cardozo Law Review 1991.171-221.

Bernhard/Kraßer:

- (1986) »Lehrbuch des Patentrechts«, 4. udgave v. Rudolf Kraßer.

Bernitz, Ulf:

- (1965) »Industriellt Rättsskydd och Konkurrensbegränsning«, NIR 1965.42-68.
- (1969) »Marknadsrätt«.
- (1973) »Licensavtal och konkurrensbegränsning – Det svenska däckdubbmålet och dess konsekvenser«, NIR 1973.1-24.
- (1993) Konkurrenslagen: »Den nya Konkurrenslagen«.

Anvendt litteratur med forkortelser

- (1996a) »Swedish Standard Contracts law and the EC Directive on Contract Terms«, p. 99-116 i Børge Dahl og Ruth Nielsen (red.) »New Directions in Business Law Research«.
- (1996b) »Standardavtalsrätt«, 6. udgave.
- *m.fl.*: (1998) »Immaterialrätt« med Gunnar Karnell, Lars Pehrson og Claes Sandgren, »Immaterialrätt«, 6. udgave.
- (1999) »Konkurrensbegrænsende avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv«, p. 43-66 i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén.

Beton, John:

- (1994) »Are International Standards for Patent Claim Interpretation Possible?«, EIPR 1994.276-285.

Bilal, Sanoussi & Olarreaga, Marcelo:

- (1998) »Regionalism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position«, Journal of World Trade 1998.153-166.

Björk, Anita Plesner:

- (2000) »Harmonisering af urimelige kontraktvilkår i europæiske forbrugeraftaler. 5 års erfaring med direktiv 93/13/EØF«, U 2000B.86-94.

Blakeney, Michael:

- (1989) »Legal Aspects of the Transfer of Technology to developing Countries«.
- (1996) »Trade related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement«.

Blok, Peter:

- (1973) »De i patentet indeholdte begrænsninger i patentlicensaftaler«, NIR 1973.351-383.
- (1974) »Patentrettens konsumtionsprincip«.
- (1977) »Om gyldigheden af know-how-licensaftaler«, NIR 1977.226-260.

Blomgren-Hansen, Niels & Møllgaard, H. Peter:

- (1999) »The Ineffective Harmonisation of Danish Competition Law«, ECLR 1999.287-291.

Blomqvist: Jørgen:

- (1987) »Overdragelse af ophavsrettigheder – Rettighedsoverdragelsen og dens tolkning«.

Blume, Peter

- *m.fl.* (1998) »IT-retlige emner« med Helen Holdt, Ruth Nielsen og Thomas Riis.
- (1999) »Biblioteksafgift – dansk kulturstøtte«, p. 57-67 i Festskrift til Gunnar Karnell.

Bodenheimer Jr., Stephen M. & Beton, John:

- (1993) »Infringement by Equivalents in the United States and Europe: A Comparative Analysis«, EIPR 1993.83-90.

Bodewig, Theo:

- (1997) »Neue Guidelines für Lizenzverträge in den USA«, GRUR Int. 1997.958-971.
- (2000) »Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts in den USA«, GRUR Int. 2000. 597-610.

Bonell, Michael Joachim:

- (1996) »The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the European Contract Law: Friends or Competitors?«, JT 1996-97.269-276.

Bonet, Georges:

- *m.fl.:* (1997) »Code de la Propriété Intellectuelle« med Sirinelli, Pierre, Pollaud-Dulian, Frédéric og Durrande, Sylviane.

Brandi-Dohrn, Matthias:

- (1994) »The Unduly Broad Claim«, IIC 1994.648-657.

Brandner, Hans Erich & Ulmer, Peter:

- (1991) »The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission«, CML Rev 1991/647-662.

Brinkhof, Jan J.:

- (1990) »The Extend of Protection Conferred by European Patents – Problems and Suggestions«, IIC 1990.488-497.
- (1998) »Merck II: A Missed Opportunity«, p. 243-252 i *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*.

Bruchhausen, Karl:

- (1973) »The Scope of Patent Protection in Different European Countries – An Outline of Recent Case Law«, IIC 1973.306-325.
- (1974) »The Extend of Protection of the European Patent«, IIC 1974.253-272.

Bruun, Niklas:

- (1993a) »Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus«, NIR 1993.164-178.
- (1993b) »Upphovsrätt i anställning – nuläge och utvecklingstendenser«, p. 152-167 i *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*.

Brändle, Dieter:

- (1998) »Kann und darf Auslegung und Ermittlung des Schutzbereich eines europäischen Patents in verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Ergebnissen führen«, GRUR 1998.854-857.

Burrell, Robert:

- (1998) »A Case Study in Cultural Imperialism: The Imposition of Copyright on China by the West«, p. 195-224 i *Lionel Bently og Spyros M. Maniatis (red.) Intellectual Property and Ethics*.

Buxbaum, Richard M.:

- (1965) »Restrictions Inherent In The Patent Monopoly: A Comparative Critique«, *University of Pennsylvania Law Review* 1965.633-667.

Bühring, Manfred:

- (1997) »Gebrauchsmustergesetz«, 5. udgave.

C

Carboni, Anna:

- (1997) »Cases past the post on Trade Mark Exhaustion: An English Perspective«, *EIPR* 1997.198-204.
- (1999) »Zino Davidoff SA v. A&G Imports Limited: a way round Silhouette?«, *EIPR* 1999.524-527.

Anvendt litteratur med forkortelser

Carlsson, Kenny, Göranson, Lennart og Schuer, Lars:

- (1993) »Konkurrenslagen och EES-avtalets konkurrensregler«.

Castell, Brigitte:

- (1989) »L'épuisement' du droit intellectuel – en droit allemand, français et communautaire«.

Cheshire, Fifoot & Furmston:

- (1996) »Cheshire, Fifoot & Furmston's law of Contract«, 13. udgave.

Chisum, Donald S.:

- (1988) »L'interprétation des revendications de brevet: quelles leçons tirer de l'expérience des Etats-Unis d'Amérique en vue du nouveau débat sur l'harmonisation?«, PI 1998.40-52.
- & Jacobs, Michael A.: (1992) »Understanding Intellectual Property Law«.

Chitty:

- (1999) »Chitty on Contracts« vol. I og II, 28. udgave v. H.G. Beale m.fl.

Clark, Andrew:

- (1999) »Parallel Imports: A New Job for Customs?«, EIPR 1999.1-7.

Cohen, Julie E.:

- (1999) »WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?«, EIPR 1999.236-247.

Coleman, Martin & Grenfell, Michael:

- (1999) »The Competition Act 1998 – Law and Practice«.

Collins, Hugh:

- (1994) »Good Faith in European Contract Law«, Oxford Journal of Legal Studies 1994.230-254.
- (1999) »Regulating Contracts«.

Coote, Brian:

- (1991) »The Essence of Contract«, Journal of Contract Law 1991.183-204.

Cooter, Robert & Ulen, Thomas:

- (1998) »Law and Economics«, 2. udgave.

Copinger & Skone James:

- (1999) »Copinger and Skone James on Copyright«, 14. udgave v. K. Garnett, J.R. James og G. Davies.

Corbin, A.L.:

- »Corbin on Contracts«.

Cornish, W.R.:

- (1993) »The International Relations of Intellectual Property«, Cambridge Law Journal 1993.46-63.
- (1998a) »Trade Marks: Portcullis for the EEA?«, EIPR 1998.172-177.
- (1998b) »Die Zukunft des Designschutzes in Europa aus der Sicht des britischen Rechts«, GRUR Int. 1998.368-371.
- (1999) »Intellectual Property«, 4. udgave.

Cottier, Thomas:

- (1995) »Das Problem der Parallelimporte im Freihandelsabkommen Schweiz-EG und im Recht der WTO-GATT«, Revue suisse de la propriété industrielle (Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht) 1995.37-61.

D

Dawson, John P.:

- (1968) »The Oracles of the Law«.

Deller's Walker:

- »Deller's Walker on Patents«, 2. udgave v. William Deller.

Dessermondet, François:

- (1998) »Copyright and Human Rights«, p. 113-120 i *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*.

Dillenz, Walter:

- (1997) »Harmonisierung des Rechts der Verwertungsgesellschaften in Europa«, *GRUR Int.* 1997.315-329.

Dietz, Adolf:

- (1984) »Das primäre Urhebervertragsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft«.
- (1988) »Urheberrecht im Wandel. Paradigmenwechsel im Urheberrecht?«, p. 200-213 i Robert Dittich (red.) *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*
- (1995) »Einführung – Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung«, p. 1-50 i *Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker*.
- (1999) »Dualistic and Monistic Elements in Modern Polish Copyright Law«, p. 127-134 i *festschrift til Gunnar Karnell*.

Domeij, Bengt:

- (1997) »Fokus på patenträtten«.
- (1998) »Läkemedelspatent«.
- (1999) »The doctrine of equivalence and pharmaceutical patents«, *NIR* 1999.503-523.
- (2000) »Pharmaceutical Patents in Europe«.

Dougan, Michael:

- (2000) »Minimum Harmonization and the Internal Market«, *CMLRev.* 2000.835-885.

Dreier, Thomas:

- (1993) »Privatautonomie und geistige Schöpfung – Die Grenzen der Privatautonomie im Urheberrecht«, p. 115-137 i Stephan Breidenbach m.fl. (red.) *Jahrbuch 1992 Junger Zivilrechtswissenschaftler: Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik – Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt – Privatrecht und Europa 1992*.
- (1996) »TRIPs and the Enforcement of Intellectual Property Rights«, p. 248-277 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), *From GATT to TRIPs (IIC Studies vol 18)*.

Dreiss, Uwe:

- (1972) »Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzvertragssystemen – in amerikanischen und deutschen Recht«.

Drexler, Josef:

- (1999) »Urheberrecht und Handelspolitik: Zweckehe oder Mesalliance?«, *GRUR Int.* 1999.1-13.

Dulken, Stephen van:

- (1999) »British Patents of Invention, 1617-1977 – A Guide for Researchers«.

Dybdahl, Lise:

- (1999) »Europæisk Patent«.

Anvendt litteratur med forkortelser

Dörmer, Sigrid:

- (1998) »Streitbeilegung und neue Entwicklungen im Rahmen von TRIPs: eine Zwischenbilanz nach vier Jahren«, GRUR Int. 1998.919-934.

E

Ehlermann, Claus Dieter:

- (2000) »The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution«, CMLRev. 2000.537-590.

Eichmann, Helmut/v. Falckenstein, Roland:

- (1997) »Geschmacksmustergesetz«, 2. udgave.

Einhorn, Talia:

- (1998) »The Impact of the WTO Agreement on TRIPs and EC Law: A Challenge to Regionalism«, CMLRev. 1998.1069-1099.

Eisenberg, Melvin A.:

- (1982) »The Bargain Principle and its Limits«, Harvard Law Review Vol. 95 1982.741-801.
- (1984) »The Responsive Model of Contract Law«, Stanford Law Review 1984.1107-1167.
- (1995) »Relational Contracts« p. 291-304 i Jack Beatson og Daniel Friedmann (red.) Good Faith in Contract Law.

Elmer, Michael B. & Skovby, Lise:

- (1999) »På vej mod en fælleseuropæisk formueret?«, EU-ret & Menneskeret 1999.235-249.

Eyben, W.E. von:

- (1951) »Formuerettens grundbegreber«, TfR 1951-232-250.

Ewing, Ky P., Jr.:

- (1980) »Antitrust Enforcement and the Patent System: Similarities in the European and American Approach«, IIC 1980.279-294.

F

Falck, Kurt von:

- (1998) »Überlegungen zum 'Formstein'-Einwand«, GRUR 1998.218-222.

Fahlbeck, Reinhold:

- (1998) »Flexibilisation of Working Life: Potentials and Challenges for Labour Law: An International Analysis«.

Farnsworth, E. Allan:

- (1992) »Contract is not Dead«, Cornell Law Review 1992.1034-1039.
- (1994) »Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws«, Tulane Journal of International and Comparative Law 1994.47-63.

Feaver, George:

- (1969) »From Status to Contract – A Biography of Sir James Maine«.

Fejøl, Jens:

- (1985) »Monopolret og Marked«.
- (1997a) »Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer«.
- (1997b) »EU-konkurrenceret«.

Anvendt litteratur med forkortelser

- (1997c) »Har dansk erhvervsliv fået en ny grundlov?«, Lov og Ret 1997(6).9-11.
- (1998a) »Bekendtgørelser til Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer«.
- (1998b) »Kontrolorganer og musikrettighedsforvaltning«, p. 11-21 i Ton och Rätt – Jubileumsskrift til STIM.

Fellas, John:

- (1999) »The Patentability of Software-related Inventions in the United States«, EIPR 1999.330-333.

Fellner, Christine:

- (1995) »Industrial Design Law«.

Fikentscher, Wolfgang:

- (1997) »Schuldrecht«, 9. udgave.

Fitzgerald, Darren:

- (1998) »Magill Revisited – Tiercé Ladbroke SA v. The Commission«, EIPR 1998.154-161.

Flammer, Richard:

- (1999) »Biotechnologische Erfindungen im Patentrecht – Eine Analyse der EU-Richtlinie«.

Flynn, James & Stratford, Jemina:

- (1999) »Competition: Understanding the 1998 Act«.

Foray, Dominique:

- (1995) »Knowledge Distribution and the Institutional Infrastructure: The Role of Intellectual Property Rights«, p. 77-117 i Horst Albach og Stephanie Rosenkranz (red.) Intellectual Property Rights and Global Competition.

Ford, Peter:

- (1982) »Die zivilrechtlichen Probleme des Patentlizenzvertrages nach dem Recht Großbritanniens«, GRUR Int. 1982.320-323.
- (1985) »Funktionelle Ansprüche«, GRUR Int. 1985.249-252.

Fosdal, Peter:

- (1999) »Konkurrenceloven i praksis«.

Friedman, Steven L.:

- (1999) »State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group Inc. At the Intersection of Technology, Commerce and the Law«, IPL Newsletter 1999.8-15.

Friedmann, Lawrence M.:

- (1965) »Contract Law in America«.

Friedmann, Wolfgang G.:

- (1962) »Some Reflections on Status and Freedom«, p. 222-237 i Ralph A. Newman (red.) Essays in Jurisprudence in honour of Roscoe Pound.
- (1972) »Law in a Changing Society«, 2. udgave.

Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm:

- (1994) »Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz« v. Wilhelm Nordemann, Kai Winck og Paul W. Her-
tin, 8. udgave.

Furmston, Michael:

- (1999) »United Kingdom«, p. 379-385 i Michael Joachim Bonell (red.) A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts«.

Anvendt litteratur med forkortelser

G

Gallini, Nancy T. & Hollis, Aidan:

- (1999) »A Contractual Approach to the Grey Market«, *International Review of Law and Economics* 1999.1-19.

Gaster, Jens:

- (2000) »Die Erschöpfungsproblematik aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts«, *GRUR Int.* 2000.571-584.

Gendreau, Ysolde:

- (1995) »Copyright Harmonisation in the European Union and in North America«, *EIPR* 1995.488-496.
- (1998) »Ein neues Gesicht für das kanadische Urheberrechtsgesetz«, *GRUR Int.* 1998.643-647.

Genthe, Barbara:

- (1981) »Der Umfang der Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht«.

Gerth, Joachim:

- (1999) »Sind wir auf dem Weg zu einem einheitlichen Urheberrecht in Europa?«, p. 99-116 i *Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen*.

Gervais, Daniel:

- (1998) »The TRIPs Agreement – Drafting History and Analysis«.

Gerven, W. van:

- (1997) »ECJ case-law as a means of unification of private law?«, p. 91-104 i *Arthur Hartkamp m.fl. (red.) Towards a European Civil Code*.

Ghidini, Gustavo:

- (1997) »'Protektionistische' Tendenzen im gewerblichen Rechtsschutz«, *GRUR Int.* 1997.773-781.

Gilmore, Grant:

- (1974) »The Death of Contract«.

Ginsburg, Jane C.:

- (2000) »La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur« p. 231-256 i *Adolf Dietz (red.) The Role of National Legislation in Copyright Law (ALAI)*.

Godenhjelm, Berndt:

- (1958) »The Legal Effects of Patents as a Legislative Problem«, *Scandinavian Studies in Law* 1958, 121-148.
- (1969) »Til ansvarsforpligtelsesnas problematik«, p. 379-394 i »Nordisk Gjenklang« (festskrift til C.J. Arnholm).
- (1988) »Synspunkter på patenttolkningen med hänsyn til WIPO:s förslag till konvention om harmonisering av vissa bestämmelser i patentlagarna«, *NIR* 1988.337-358.
- (1990) »Om ekvivalens och annat gott«.
- (1994) »Patentskyddets Omfattning – i Europeisk och Nordisk Rätt«.
- (1996) »Ist die Erfindung etwas Immaterielles?«, *GRUR Int.* 1996.327-330.

Gomard, Bernhard:

- (1979) »Introduktion til Obligationsretten«.
- (1993) »Obligationsret 3. del«.
- (1994) »Obligationsret 4. del«.

- (1995) »Obligationsret 2. del«.
- (1996) »Almindelig kontraktsret«, 2. udgave.
- (1998) »Obligationsret, 1. del«, 3. udgave.

Gordley, James:

- (1998) »Contract, Property and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition«, p. 66-88 i Harry N. Schreiber (red.) *The State and Freedom of Contract*.
- (2000) »Good Faith in the Medieval *Ius Commune*«, p. 93-117 i Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker (red.) *Good Faith in European Contract Law*.

Gorton, Lars:

- (1999) »Något om 36 og 38 §§ i 1915 års avtalslag – då och nu«, p. 97-113 i *Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*.

Grabinski, Klaus:

- (1998) »Kann und darf die Bestimmung des Schutzbereich eines europäischen Patents in verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Ergebnissen führen?«, GRUR 1998.857-865.

Graveson, R.H.:

- (1941) »The Movement from Status to Contract«, *Modern Law Review* 1941.261-272.

Gringras, Clive:

- (1996) »The Validity of Shrink-Wrap Licences«, *International Journal of Law and Information Technology* 1996.77-111

Grodin, Joseph R.:

- (1992) »Contract, Tort, and Individual Responsibility: An Analytic Framework«, *Cornell Law Review* 1992.1040-1042.

Grubb, Philip W.:

- (1999) »Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology«.

Grundtvig, L.A.:

- (1906) »Nogle vejledende Bemærkninger til Lov om Køb af 6te April 1906«, U 1906B.153-160.

Grönfors, Kurt:

- (1987) »Begränsningar hos avtalet som styrmedel«, p. 217-227 i *festskrift til Sveriges Advokatsamfund*.
- (1988) »Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler«, JFT 1988.317-327.
- (1989a) »Tolkning av fragtavtal«.
- (1989b) »Tolkning av internationellt använda avtalsformulär«, p. 69-75 i *festskrift til Curt Olsson*.
- (1993) »Avtalsgrundande rättsfakta«.
- (1995a) »Avtalslagen«, 3. udgave under medvirken af Rolf Dotevall.
- (1995b) »Avtal och Omförhandling«.

Gulmann, Claus:

- (1980) »Handelshindringer i EF-retten«.

Götting, Horst-Peter:

- (1995) »Allgemeines Urhebervertragsrecht«, p. 53-75 i *Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker*.

Anvendt litteratur med forkortelser

H

Haedicke, Maximilian Wilhelm:

- (1997) »Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten vom Amerika«.
- (1998) »Urheberrecht als Investitionsschutz?«, GRUR Int. 1998.631-636.

Haensel, Carl:

- (1965) »Die sozial-staatlichen Ansprüche der Autoren auf Verwertungshilfe«, p. 131-150 i *Der Urheber und seine Rechte – Ehrengabe für Eugen Ulmer*.

Haertel, Kurt:

- (1981) »Die Harmonisierungswirkung des Europäischen Patentrechts«, GRUR Int. 1981.479-490.
- & *Stauder, Dieter:* (1982) »Zur Auslegung von internationalem Einheitsrecht«, GRUR Int. 1982.85-91.

Hagerup, Francis:

- (1888) »Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter«, TfR 1888.1-58.

Hagstrøm, Viggo:

- (1994) »Urimelige avtalevilkår«, Lov og Rett 1994.131-168.
- (1999) »Toré Almen og Norge«, p. 143-156 i *Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*.

Hansen, Jørgen:

- (1981) »Licensaftalen«.

Hansen, Kim Lundgaard, Kjølbye, Lars & Saugmandsgaard Øe, Henrik

- (1998) »EU konkurrenceretten«.

Harris, Gordon:

- (1999) »Trends in U.K. patent Litigation: The Age of Reason?«, EIPR 1999.254-263.

Hartvig Jacobsen, J.:

- (1951) »Forlagsretten«.

Hasselbalch, Ole:

- (1997) »Arbejdsret«, 6. udgave.

Heath, Christopher:

- (1997) »Parallel Imports and International Trade«, IIC 1997.623-632.

Heide-Jørgensen, Caroline:

- (2000) »Liberale Erhverv«.

Heinemann, Andreas:

- (1996) »Antitrust Law of Intellectual Property in the TRIPs Agreement of the World Trade Organization«, p. 239-247 i F.-K. Beier og G. Schricker (red.) *From GATT to TRIPs* (IIC Studies vol. 18).

Helfer, Laurence R.:

- (1999) »A European Human Rights Analogy for Adjudicating Copyright Claims under TRIPs«, EIPR 1999.8-16.

Hellner, Jan:

- (1979) »Standardavtal vid avtalsslutande«, JfT 1979.281-300 (festskrift til Curt Olsson).
- (1984) »Avtals- och köprätt under 1900-talet«, SvJT 1984.755-771.
- (1986) »Pacta sunt servanda«, p. 335-349 i festskrift til Torstein Eckhoff.

- (1989a) »Allmän avtalsrätt«, JT 1989-90.423-434.
- (1989b) »Kontrollansvaret«, p. 114-136 i festskrift til Curt Olsson.
- (1994) »Tolkning av standardavtal«, Jussens Venner 1994-4.266-278.
- (1996a) »Speciel avtalsrätt II – Kontraktsrätten – 2 häftet. Allmänna ämnen«, 3. udgave.
- (1996b) »Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt – 1. häftet. Särskilda avtal«, 3. udgave.
- (1996c) »CISG i den rättsvetenskapliga litteraturen«, JT 1996-97.5-20.
- (1997a) »Sjörätten och den allmänna kontraktsrätten«, p. 169-183 i festskrift til Jan Sandstrøm.
- (1997b) »Positivism och metod inom rättsvetenskapen«, p. 351-373 i festskrift til Stig Strömholm.
- & Ramberg, Jan: (1991) »Speciell avtalsrätt I – Köprätt«.

Hesselink, Martijn:

- (1998) »Good Faith«, p. 285-310 i Arthur Hartkamp m.fl. (red.) Towards a European Civil Code«.

Hillerström, Håkan:

- (1998) »Upphovsrättsliga avtal i förändring«, NIR 1998.167-173.

Hillman, Robert A.:

- (1997) »The Richness of Contract Law«.

Hofmeyer, Timothy G.:

- (1999) »Patentability of Cloned Organisms«, Journal of Computer & Information Law 1999.971-995.

Holmes:

- (1897) »The Path of the Law«, Harvard Law Review 1897.457-478.

Holz, Catarina:

- (1999) »EPO Case law on equivalence in novelty, inventive step and amendments«, NIR 1999.493-502.

Hondius, Ewoud:

- (1998) »Towards a European Civil Code«, p. 3-19 i Arthur Hartkamp m.fl. (red.) Towards a European Civil Code.

Honnold, John:

- (1999) »Uniform Law for International Sales«, 3. udgave

Hov, Jo:

- (1998) »Avtaleslutning og Ugyldighet«.

Hovenkamp, Herbert:

- (1994) »Federal Antitrust Policy – the Laws of Competition and Its Practice«.

Hubmann, Heinrich:

- (1984) »Die Zulässigkeit des Ausleihe von Videokassetten in öffentlichen Bibliotheken«, Film und Recht (nu: »ZUM« (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)) 1984.495-512.

Hultmark, Christina:

- (1993) »Köplagens tillämplighet på fel i patent«, JT 1993-94.687-701.
- (1995) »Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts«, JT 1995-96.655-669.
- (1997) »Unidroit Principles of International Commercial Contracts som alternativ till lagvalsklausuler«, p. 253-262 i festskrift til Jan Sandstrøm.

Anvendt litteratur med forkortelser

Hüber, Heinz:

- (1985) »Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches«.

Høilund, Peter:

- (1998) »Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab«.

I

Ibbetson, David:

- (1999) »A Historical Introduction to the Law of Obligations«.

Inlow, E. Burke:

- (1950) »The Patent Grant«, The John Hopkins University Studies in Historical and Political Science«, Series LXVII, No. 2.

Iuul, Stig:

- (1970): »Forelæsninger over Hovedlinier i Europæisk Retsudvikling fra Romerretten til Nutiden« udgivet af O.A. Borum under medvirken af Erik Reitzel-Nielsen.

J

Mr Justice Jacob:

- (1999) »Scope of patents in the UK – is there a doctrine of equivalents?«, NIR 1999.475-492.

Jacobsen, Poul:

- (1945) »Et bidrag til diskussionen om fælles nordiske retsregler inden for patentretten«, NIR 1945.4-19.

Janicke, Paul M.:

- (1994) »The Crisis in Patent Coverage: Defining Scope of an Invention by Function«, Harvard Journal of Law & Technology 1994.155-192.

Jehoram, Herman Cohen:

- (1999) »Prohibition of Parallel Imports Through Intellectual Property Rights«, IIC 1999.495-511.

Jerner, Magdalena:

- (1998) »Licensavtal för datorprogram« (IFIM).

Joerges, Christian:

- (1995) »The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines – an Analysis of the Directive on Unfair Competition Terms in Consumer Contracts«, European Review of Private Law 1995.175-191.
- (1996) »The Process of European Integration and the 'Denationalization' of Private Law«, p. 73-91 i Børge Dahl og Ruth Nielsen (red.) New Directions in Business Law Research.

Johansen, Christian:

- (1999) »Bygherrens ændringsret«.

Joliet, René:

- (1982) »Der Patentlizenzvertrag in belgischen und französischen Zivilrecht«, GRUR Int. 1982.291-320.

Joller, Gallus:

- (1998) »Zur territorialen Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes im Markenrecht«, GRUR Int. 1998.751-765.

Jones, Phillip B.:

- (1993) »Violation of a Patent License Restriction: Breach of Contract or Patent Infringement?«, IDEA 1993.225-240.

Joos, Ulrich:

- (1991) »Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht – Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz«.

Junker, Abbo:

- (1999) »Benötigen wir ein neues Urhebervertragsrecht?«, p. 73-92 i Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen.

Jägerskiöld, Stig:

- »Den historiska skolan i Sverige«, p. 53-78 i Kjell Å. Modéer (red.) Den historiska skolan och Lund.

Jørgensen, Stig:

- (1965a) »4 obligationsretlige afhandlinger«.
- (1965b) »Aftalen som Form«, Tfr 1965.400-431.
- (1966) »Træk af privatrettens udvikling og systematik«, Tfr 1966.584-619.
- (1968) »Rudolph v. Jhering og nordisk retsvidenskab«, U 1968B.245-249.

K

Kaplow, Louis:

- (1984) »The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal«, Harvard Law Review 1984.1815-1891.

Karnell, Gunnar:

- (1969) »Arbetstagares upphovsrätt«, NIR 1969.54-67.
- (1971) »'Den obetydliga importrätten' – dess innebörd och skydd«, NIR 1971.284-299.
- (1994) »Vem älskar Phil Collins?«, NIR 1994.32-45.
- (1998a) »Om konsumtion av upphovsrätt«, NIR 1998.598-605.
- (1998b) »Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär«, NIR 1998.157-166.

Katzenberger, Paul:

- (1996) »TRIPs and Copyright Law«, p. 59-92 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), From GATT to TRIPs, München (IIC Studies vol 18).
- & Kur, Annette: (1996) »TRIPs and Intellectual Property«, p. 1-17 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), From GATT to TRIPs, München (IIC Studies vol 18).

Kerly's:

- (1986)/(1994) »Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names« v. T.A. Blanco White og Robin Jacob, 12 udgave med 1. supplement v. Sir Robin Jacob, David Kitchin og James Mellor.

Kern, Michael:

- (1998) »Patentability of Biotechnological Inventions in the United Kingdom: The House of Lords Charts the Course«, IIC 1998.247-282.

Kessler, Friedrich:

- (1943) »Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract«, Columbia Law Review 1943.629-642.

Anvendt litteratur med forkortelser

Kinsella, Stephen:

- (1998) »EU Technology Licensing«.

Kitchin, David & Mellor, James:

- (1994) »The Trade Marks Act 1994 – Text and Comment«.

Klauwer, Georg og Möhring, Philipp:

- (1971) »Patentrechtskommentar«.

Knaak, Roland:

- (1997) »Markenrecht in TRIPS-Übereinkommen«, p. 19-29 i Gerhard Schricker og Friedrich-Karl Beier (red.) Die Neuordnung des Markenrechts in Europa (10. Ringberg-Symposium).

Knoph, Ragnar:

- (1927) »Nydannelser i norsk kontraktsrett, skapt ved trustlovgivningen«, Norsk Retstidende 1927.1025-1039.
- (1936) »Åndsretten«.
- (1937) »Til kontraktsrettens almindelige del«, TfR 1937.63-80.
- (1948) »Rettslige standarder«.

Kober, Ingo:

- (1998) »The Future Development of the European Patent in Co-existence with the Community Patent«, NIR 1998.129-145.

Koch, Norbert & Froschmaier, Franz:

- (1965) »Patentgesetze und Territorialität im Gemeinsamen Markt«, GRUR Int. 1965.121-127.

Koenig, Christian & Müller, Eva-Maria:

- (2000) »EG-rechtliche Vorgabe zur Patentierbarkeit gentherapeutischer Verfahren unter Verwendung künstlicher Chromosomen nach der Richtlinie 98/44/EG«, GRUR Int. 2000.295-304.

Kohler, Josef:

- (1902) »Handbuch des Deutschen Patentrechts – in rechtvergleichender Darstellung«.

Koktvedgaard, Mogens:

- (1965a) »Immaterialretspositioner«.
- (1965b) »Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder«, TfR 1965.571-586.
- (1967) »Patentkravets betydning«, NIR 1967.70-76.
- (1970) »Konsumptionsprincippet indenfor immaterialretten«, JFT 1970.227-243.
- (1991) »Immaterialretten på vej mod år 2000«, p. 168-176 i Peter Blume, Ditlev Tamm og Vibeke Vindeløv (red.) Suum Quique.
- (1994) »Udviklingslinjer i immaterialretten: Internationalisering eller regionalisering?«, p. 177-188 i festskrift til Ole Due.
- (1996) »The Universe of Intellectual Property«, GRUR Int. 1996.296-298.
- (1997) »Nyere udviklingslinjer i Ophavsretten«, p. 535-543 i festskrift til Stig Strömholm.
- (1999a) »Lærebog i Immaterialret«, 5. udgave 1999.
- (1999b) »Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område«, p. 341-348 i festskrift til Gunnar Karnell.
- (1999c) »The law of Intellectual Property: Can the Legal system cope or ...?«, p. 57-61 i Peter Blume (red.) Legal Issues at the Dawn of the New Millennium.

Anvendt litteratur med forkortelser

- (2000) »Lærebog i konkurrenceret«.
 - & Levin, Marianne: (2000) »Lärobok i Immaterialrätt«, 6. udgave
 - & Wallberg, Knud: (1998) »Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer«, 2. udgave
 - & Østerborg, Lise: (1979) »Patentloven med indledning og kommentarer«, 2. udgave
- Korah, Valentine:
- (1994) »The Preliminary Draft of a New EC Group Exemption for Technology Licensing«, EIPR 1994.263-268.
 - (1996) »Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules«.

Kupferschmid, Keith:

- (1998) »Lost in Cyberspace: The Digital Demise of the First-Sale Doctrine«, Journal of Computer & Information Law 1998.825-856.

Kraßer, Rudolf:

- (1973) »Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht«, GRUR Int. 1973.230-238.
- & Schmid, Hans Dieter: (1982): »Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts«, GRUR Int. 1982.324-341.
- (1989) »Die Wirkung der einfachen Patentlizenz«, GRUR Int. 1983.537-547.

Kroher, Jürgen:

- (1997) »Erschöpfung und sonstigen Schranken«, p. 145-156 i Gerhard Schricker og Friedrich-Karl Beier (red.) Die Neuordnung des Markenrechts in Europa (10. Ringberg-Symposium).

Kunz-Hallstein, H.P.:

- (1998) »Zur Frage der Parallelimporte im internationalen gewerblichen Rechtsschutz – Neuer Wein in alten Schläuchen?«, GRUR 1998.268-271.

Kur, Annette:

- (1996) »TRIPs and Trademark Law«, p. 93-116 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), From GATT to TRIPs, München (IIC Studies vol 18).
- (1998) »Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des wettbewerblichen Leistungsschutzes«, GRUR Int. 1998.771-781.
- (1999a) »Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts oder Präsentationsrecht als neue Schutzschranke?«, GRUR Int. 1999.24-30.
- (1999b) »Advertising for Parallel Imports in the EEA«, p. 379-395 i festschrift til Gunnar Karnell.
- (2000) »The 'Presentation Right' – Time to Create a New Limitation in Copyright Law?«, IIC 2000.308-318.

Kötz, Hein:

- (1994) »Vertragsauslegung – Eine Rechtsvergleichende Skizze«, p. 219-241 i Festschrift für Albrecht Zeuner.
- (1998) »Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith«, p. 243-259 i The Law of Obligations, festschrift til John Flemming.

L

Ladd, David:

- (1985) »Die Sorge um die Zukunft des Urheberrechts als humanistischer Auftrag«, GRUR Int. 1985.77-82.

Anvendt litteratur med forkortelser

Mr Justice Laddie:

- (1996) »Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?«, EIPR 1996.253-260.

Laddie, Hugh, Prescott, Peter & Vitoria, Mary:

- (1995) »The Modern Law of Copyright and Designs«.

Lando, Ole:

- (1994): »Performance and Remedies in the Law of Contracts«, p. 201-222 i A.S. Hartkamp m.fl. (red.) »Towards a European Civil Code«.
- (1996): »En europæisk lovbog på formuerettens område«, p. 9-21 i Juridisk Instituts Julebog 1996.
- (1998a) »Kampen mod urimelige kontraktvilkår«, JUR 1998.184-191.
- (1998b): »Billighed og redelighed som retlig standard«, U 98B.413-418.
- (1998c) »Guest Editorial: European Contract Law after the Year 2000«, CMLRev. 1998.821-831.
- (2000a) »En europæisk formueret«, JUR 2000.193-203.
- (2000b) »Skal vi have fælles regler om løsørekøb?«, p. 107-126 i Boel Flodgren og Ruth Nielsen (red.) Rätten (om)kring Øresund.

Langen/Bunte (1998):

- »Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht«, 8. udgave v. Hermann-Josef Bunte.

Lassen, Julius:

- (1917-1920) Alm. del: »Haandbog i Obligationsretten – Almindelig Del«.
- (1918) »Nogle Afskedsord«, U 1918.17-18.
- (1919) »En nordisk borgerlig lovbog«, SvJT 1919.231-234.
- & Ussing, Henry: (1923) »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«.

Lederer, Franz:

- (1998) »Zur Äquivalenz beim chemischen Stoffpatent«, GRUR 1998.272-276.

Lee, Karen D. & Lewinski, Silke von

- (1996) »The Settlement of International Disputes in the Field of Intellectual Property«, p. 278-328 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), From GATT to TRIPs, München (IIC Studies vol 18).

Leff, Arthur Allen:

- (1970) »Contract As Thing«, American University Law Review 1970.131-157.

Lehmann, Michael:

- (1989) »Property and Intellectual Property – Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition«, IIC 1989.1-15.
- (1993) »Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen«, NJW 1993.1822-1826.
- (1995) »Der Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung«, p. 543-569 i Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker.
- (1998) »The European Database Directive and Its Implementation into German Law«, IIC 1998.776-793.

Lehrberg, Bert:

- (1994) »Lagstiftaren vilse i egen labyrint?«, p. 325-342 i Festskrift til Anders Agell.

Leinemann, Felix:

- (1998) »Die Sozialbindung des 'Geistigen Eigentums'«.

Leith, Philip:

- (1998) »Harmonisation of Intellectual Property in Europe: A Case Study of Patent Procedure«, v. Adrian Chandler (red.).

Lemley, Mark A.:

- (1999) »Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing«, *California Law Review* 1999.111-172.

Levin, Marianne:

- (1990) »Noveller i varumärkesrätt«.
- (1994) »En ny nordisk känneteckensrätt inför 2000-talet«, *NIR* 1994.516-529.

Levinson, Kirsten:

- (1998) »Konkurrenceloven med kommentarer«.
- & *Simonsen, Kristian:* (1999) »Afskaffelsen af anmeldelsesinstituttet, decentral anvendelse af art. 85 og 86 og styrkelse af den efterfølgende kontrol«, *U* 1999B.286-290.

Lewinski, Silke von:

- (1998) »Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft«, *GRUR Int.* 1998.637-642.
- (1999) »Proposed EC Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society as It Progresses«, *IIC* 1999.767-782.

Lewison, Kim:

- (1989) »The Interpretation of Contracts«, London 1989.

Lidgard, Hans Henrik:

- (1997) »Licensavtal i EU«.
- (2000) »Konkurrenserätt och parallelimport – Exportförbudsklausuler«, *ERT* 2000.260-278.

Lieberman, David:

- (1998) »Contract Before 'Freedom of Contract'«, p. 89-121 i i Harry N. Schreiber (red.) *The State and Freedom of Contract*.

Liebrecht, Ehrhard E.

- (1983) »Die Zweckübertragungslehre im ausländischen Urheberrecht«.

Linder, Birgitte:

- (1999) »Switzerland: The Cradle of International Exhaustion?«, *EIPR* 1999.373-377.

Llewellyn, Gavin:

- (1999) »Does Copyright Law Recognise a Right to Repair?«, *EIPR* 1999.596-599.

Loewenheim, Ulrich:

- (1995) »Intellectual Property Before the European Court of Justice«, *IIC* 1995.829-850.
- (1996) »Nationale und internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten«, *GRUR Int.* 1996.307-316.

Lookofsky, Joseph:

- (1996a) »Køb – Dansk indenlandsk købsret«.
- (1996b) »Understanding the CISG in Scandinavia«.
- (1997) »Formuerettens harmonisering: »Towards a European Civil Code«, *U* 1997B.251-256.

Anvendt litteratur med forkortelser

- (1998a) »The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law«, *American journal of comparative law* 1998.485-508.
- (1998b) »Om forvaring, værneting & 'Surprising standard terms'«, *U* 1998B.495-501.

Loughlan, Patricia:

- (2000) »Protecting Culturally Significant Uses of Trade Marks (Without a First Amendment)«, *EIPR* 2000.328-332.

Lourie, Alan D.:

- (1998) »Entwicklungen in der amerikanischen Rechtsprechung«, *GRUR Int.* 1998.219-220.

Lucas, A. og H.-J.

- (1994) »Traité de la Propriété Littéraire & Artistique«.

Lund, Astri M.:

- »Tripp trapp terningkast«, p. 461-476 i festskrift til Gunnar Karnell.

Lund, Bernt:

- (1947) »Patentrettens forhold til kartellovgivningen«, *NIR* 1947.1-6.

Lund, Torben:

- (1933) »Loven om Forfatterret og Kunstnerret af 26. April 1933«.
- (1961) »Ophavsret – kommenteret udgave af lovene af 31. maj 1961 om Ophavsretten til litterære og kunstneriske værker og Retten til fotografiske billeder«.

Luig, Klaus:

- (1996) »Rudolf von Jhering und die historische Rechtsschule«, p. 255-268 i Okko Behrends (red.), *Jherings Rechtsdenken*.

Lutz, Martin J.:

- (2000) »Parallelimport und Urheberrecht in der Schweiz«, *GRUR Int.* 2000.496-506.

Lüdecke, Wolfgang og Fischer, Ernst:

- (1957) »Lizenzverträge«.

Löwisch, Manfred:

- (1970) »Der Deliktschutz relativer Rechte«.

M

Macneil, Ian R.:

- (1974) »The Many Futures of Contract law«, *Southern California Law Review* 1974.691-816.
- (1978) »Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law«, *Northwestern University Law Review* 1978.856-905.
- (1980) »The New Social Contract«.

Madell, Tom-Erik:

- (1998) »Det almänna som avtalspart«.

Madsen, Palle Bo:

- (1997/98) »Markedsret«, del I (3. udgave, 1998) og II (3. udgave, 1997).

Mager, Knut:

- (1999) »Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentgeschützter Waren«, *GRUR* 1999.637-644.

Maine, Sir Henry Sumner:

- (1891) »Ancient Law – its connection with the early history of society and its relation to modern ideas«, 14. udgave.

Magnussen, O.K.:

- (1950) »Naboretlige Studier«.

Maltzahn, Falk Freiherr von:

- (1990) »Zur rechtlichen Beurteilung von Nichtangriffsabreden über technische Schutzrechte«, p. 597-614 i festschrift til Otto Freiherr von Gamm, Köln 1990.

Martenius, Åke:

- (1985) »Konkurrenslagstiftningen«.

Mathély, Paul:

- (1974) »Le Droit Français des Brevets d'Invention«.
- (1984) »Le Droit Français des Signes Distinctifs«.

McInerney, Anthony:

- (1998) »Biotechnology: Biogen v. Medeva in the House of Lords«, EIPR 1998.14-21.

McManis, Charles R.:

- (1999) »The Privatization (or 'Shrink-Wrapping') of American Copyright Law«, California Law Review, 1999.173-190.

Medicus, Dieter:

- (1998) »Schuldrecht I – Allgemeiner Teil«, 10. udgave.

Meessen, Karl M.:

- (1999) »Das Für und Wieder eines Weltkartellrechts«, WUW 2000.5-16.

Meidell, Andreas:

- (1999) »Standardvilkår som uniforme regler for internasjonale kontrakter: En introduksjon«, Jussens Venner 1999.399-413.

Meier-Beck, Peter:

- (2000) »Aktuelle Fragen des Patentverletzungsverfahrens«, GRUR 2000.355-361.

Meij, Jan M. de:

- (1998) »Copyright and Freedom of Expression in the Swedish Constitution: An Example for The Netherlands?«, p. 315322 i Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram.

Melle, Abraham van:

- (1999) »Parallel Importing in New Zealand: Historical Origins, Recent Developments, and Future Directions«, EIPR 1999.63-87.

Mergers, Robert P. & Nelson, Richard R.:

- (1990) »On the Complex Economics of Patent Scope«, Columbia Law Review 1990.839-916.

Merkel, Jörg D.:

- (1974) »Möglichkeiten und Grenzen einer Anwendung der Zweckübertragungstheorie im Erfinder-, Patent- und Gebrauchsmusterrecht«.

Mes, Peter:

- (1997) »Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz«.

Meyer, Andreas:

- (1997) »Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung zum Technologitransfer«, GRUR Int. 1997.498-508.

Anvendt litteratur med forkortelser

Michaels, Ralf:

- (1998) »Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsprinzipien«, *RabelsZ* 1998.580-626.

Micklitz, Hans-W.:

- (1998) »Perspektiven eines Europäischen Privatrechts«, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998.253-276.

Modéer, Kjell Å:

- (1996) »Jherings Rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz«, p. 153-173 i Okko Behrends (red.), *Jherings Rechtsdenken*.

Moor, Anne de:

- (1995) »Common and Civil Law Conceptions of Contract and a European Law of Contract: the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts«, *European Review of Private Law* 1995.257-271.

Morris, Andrew J.:

- (1997) »Practical Reasoning and Contract as Promise: Extending Contract-Based Criteria to Decide Excuse Cases«, *Cambridge Law Journal* 1997.147-174.

Mortensen, Peter:

- (1999) »Landbrugsforpagtning«.

Moufang, Rainer:

- (1995) »Databankverträge«, p. 571-595 i *Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker*.

Muir, Ian, Brandi-Dohrn, Matthias & Gruber, Stephan:

- (1999) »European Patent Law – Law and Procedure under the EPC and PCT«.

Munch, Mogens:

- (1981) »Know how og arbejdskraftens frie bevægelighed«, *U* 1981B.45-51.

Mühlendahl, Alexander von:

- (1997) »Von der EWG-Marke zur Gemeinschaftsmarke – Teil II«, p. 81-103 i Gerhard Schricker og Friedrich-Karl Beier (red.) *Die Neuordnung des Markenrechts in Europa* (10. Ringberg-Symposium).

N

Nack, Ralph:

- (2000) »Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig? – Analyse der Bundesgerichtshof-Entscheidung 'Sprachanalyseeinrichtung'«, *GRUR Int.* 2000.853-858.

Neumeyer, Friedrich:

- (1938) »Missbruk av patenträtt genom bestämmelser i licensavtal«, *NIR* 1938.140-148.

Neuner, Jörg:

- (1999) »Privatrecht und Sozialstaat«.

Nicander, Hans:

- (1995) »Loyalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden«, *JT* 1995-1996.31-49.

Nimmer, Melville B. & David Nimmer:

- »Nimmer on Copyright«, bd. 1-10 (lösblad).

Nirk, Rudolf/Kurtze, Helmut:

- (1997) »Geschmacksmustergesetz – Kommentar«, 2. udgave.

Nordell, Per Jonas:

- (1993) »Datorprogrammen och den ideella rätten i anställningsförhållanden«, NIR 1993.374-382.
- (1997) »Rätten till det visuella«.
- (1999) »Vad är en stark upphovsrätt?«, p. 513-522 i festskrift til Gunnar Karnell.

Nordemann, Wilhelm:

- (1991) »Vorschlag für ein Urhebervertragsgesetz«, GRUR 1991.1-10.

North, Douglas Cecil:

- (1981) »Structure and Change in Economic History«.

Nyberg, Anders:

- (1999) »Legal protection of biotechnological inventions – Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions«, NIR 1999.645-654.

Nygaard, Nils:

- (1999) »Rettsgrunnlag og standpunkt«.

Nørager-Nielsen, Jacob & Theilgaard, Søren:

- (1993) »Købeloven med kommentarer«, 2. udgave.

O

Obert, Anne:

- »Die Buchpreisbindung in Deutschland und im Vereingigten Königreich«, GRUR Int. 1999.1017-1034.

Ohl, Albert:

- (1992) »Wegfall des Lizenz vor Ablauf des Patents«, GRUR 1992.77-82.

Ohly, Ansgar:

- (1997) »Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs«.
- (1999) »Trade Marks and Parallel Importation – Recent Developments ind European Law«, IIC 1999.512-530.

Oliver, Peter:

- (1996) »Kastner v. Rizla: Too Far, Too Fast«, EIPR 1996.28-34.

Olsen, Walter:

- (1992) »Tortification of Contract law: Displacing Consent and Agreement«, Cornell Law Review 1992.1043-1048.

Olsson, Curt

- (1959) »Verkan av avtalsklausuler i standardformulär«, p. 7-51 i 21. Nordiske Juristmøde 1957.

Olsson, Henry:

- (1998) »Copyright«.

Ordover, Janus A.:

- (1991) »A Patent System for Both Diffusion and Exclusion«, Journal of Economic Perspective 1991.43-60.

Orth, John V.:

- (1998) »Contract and the Common Law«, p. 44-65 i Harry N. Schreiber (red.) The State and Freedom of Contract.

Anvendt litteratur med forkortelser

O'Rourke, Maureen A.:

- (2000) »Toward a Doctrine of Fair Use in Patent Law«, *Columbia Law Review* 2000.1177-1250.

Oser, Andreas:

- (1999) »Patenting (Partial) Gene Sequences Taking Particular Account of the EST Issus«, *IIC* 1999.1-18.

P

Pacón, Ana Maria:

- (1996) »What Will TRIPs Do For developing Countries?«, p. 329-356 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), *From GATT to TRIPs* (IIC Studies vol 18).
- (1999) »TRIPs und die Durchsetzung von Schutzrechten: südamerikanische Erfahrungen«, *GRUR Int.* 1999.1004-1006.

Pagenberg, Jochen:

- (1993) »The Scope of Art. 69 European Patent Convention: Should Sub-Combinations Be Protected? – A Comparative Analysis of the Basis of French and German Law«, *IIC* 1993.314-345.
- (1999) »The Exhaustion Principle and 'Silhouette' Case«, *IIC* 1999.19-28.
- (2000) »The First Instance European Patent Court – A Tribunal Without Judges and Attorneys?«, *IIC* 2000.481-499.
- & Geissler, Bernhard:
- (1997) »Lizenzverträge/License Agreements«, 4. udgave.

Pagh, Peter:

- (1998) »Er uvidenhed en retskilde – bl.a. om hvordan man forholder sig til 7.482 sider Lovtidende om året«, p. 209-224 i *Festskrift til Vagn Greve*.

Pawlo, Mikael:

- (1999) »Shrink wrap och click-wrap-avtal i svensk och internationell rätt«, *NIR* 1999.140-156.

Pedrazzini, Mario M.:

- (1982) »Die zivilrechtlichen Probleme des Patentlizenzvertrages nach schweizerischem Recht«, *GRUR Int.* 1982.283-291.

Pehrson, Lars:

- (1998) »Musiken och konkurrensen«, p. 101-126 i *Ton och Rätt – Jubileumsskrift til STIM*.

Petrusson, Ulf:

- (1999) »Patent och industriell omvandling«.

Perrott, David L.:

- (1989) »The Reaction of British Courts to the Theory of the Exhaustion of Intellectual Property Rights«, p. 87-107 i *Entwicklung des Europäischen Urheberrechts*, festskrift til Gerhard Reischl.

Phillips, John & Bentley, Lionel

- (1999) »Copyright Issues: The Mysteries of Section 18«, *EIPR* 1999.133-141.

Plesner, Mogens:

- (1955) »Nogle problemer i forbindelse med frivillig overdragelse af udnyttelsesretten af patentrettigheder«, *JUR* 1955.201-224.

Plougmann, Ole:

- (1983) »Patentkrav – omfang og fortolkning under Europapatentkonventionen og de nordiske patentlove«, NIR 1983.216-229.

Pollaud-Dulian, Frédéric:

- (1999) »Droit de La Propriété industrielle«.

Posner, Bernhard:

- (2000) »Om varemærker og økologiske produkter«, U 2000B.450-452.

Posner, Richard A.:

- (1990) »The Problems of Jurisprudence«.

Poulsen, Sune Troels:

- (1995) »Samarbejdspligt og Tvangslicenser – En kommentar til dommene i Magillsagerne«, NIR 1995.355-379.

Power, Tim:

- (1997) »Digisation of Serials and Publications: The Seminal Objectives of Copyright Law«, EIPR 1997.444-461.

Q

Quigley, Conor:

- (1997) »European Community Contract Law« bind 1 og 2, 1997

R

Rakoff, Todd D.:

- (1983) »Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction«, Harvard Law Review 1983.1173-1284.

Ramberg, Göran:

- (1999) »Skall land byggas med lag eller med standardavtal?«, p. 299-311 i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén.

Ramberg, Jan

- (1987) »Avtalsskrivaren och § 36 Avtalslagen«, p. 503-515 i festskrift til Sveriges Advokatsamfund.
- (1990) »Avtalstolkningstekniker«, JT 1990-91.76-78.
- (1994) »Avtalsautonomi och den dispositiva rätten«, p. 501-512 i Festskrift til Anders Agell.
- (1997) »Allmän avtalsrätt«, 4. udgave under medvirken af Christina Hultmark.
- (1999) »Den nordiska avtalsrätten och utvecklingen av en europäisk avtalsrätt«, p. 97-109 i Forhandlingerne ved det 35. nordiske juristmøde (Oslo).

Rasmussen, Hjalte:

- (1998) »EU-retten i kontekst«, 3. udgave.

Raz, Joseph:

- (1982) »Promises in Morality and Law« (anmeldelse af *Atiyah (1981)*), Harvard Law Review 1982.916-938.

Reber, Nikolaus

- (1998) »Digitale Verwertungstechniken – neue Nutzungsarten: Hält das Urheberrecht der technischen Entwicklung noch stand?«, GRUR 1998.792-798.

Anvendt litteratur med forkortelser

Rehncrona, Pia Valentin:

- (1998) »Känneteckensrätt ur ett förmögensrättsligt perspektiv«, p. 289-303 i Lars Gorton og Birgitta Nyström (red.) Variationer på ett obligationsrättsligt tema.

Reichold, Hermann:

- (1992) »Von der 'Sozialautonomie' zurück zur Privatautonomie«, p. 63-87 i Stephan Breidenbach m.fl. (red.) Jahrbuch 1992 Junger Zivilrechtswissenschaftler: Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik – Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt – Privatrecht und Europa 1992.

Reimer, Dietrich:

- (1972) »Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs«, GRUR Int. 1972.221-234.

Reinbothe, Jörg:

- (1999) »Die Entwicklung des EU-Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im Kontext mit den internationalen Konventionen«, p. 1-11 i Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen.

Reindl, Andreas:

- (1997) »Intellectual Property and Intra-Community Trade«, Fordham International Law Journal 1997.819-865.

Reiter, B.J.:

- (1983) »Good Faith in Contracts«, Valpariso University Law Review, 1983.705-734.

Rich, Giles S.:

- (1990) »Extent of Protection and Interpretation of Claims – American Perspectives«, IIC 1990.497-510.

Riehle, Gerhard:

- (1968) »Markenrecht und Parallelimport«.

Riis, Thomas:

- (1996) »Ophavsret og retsøkonomi«.
- (1999) »Patent and Copyright Misuse« i U.S. amerikansk ret: Internalisering og tværforklaring, p. 33-57 i Juridisk Instituts Julebog.
- (2000) »Forretningskendetegn og varemærker med egenverdi«, NIR 2000.18-53.

Rooklidge, William C.:

- (1986/87 I/II/III) »Licensee Validity Challenges and the Obligation to Pay Accrued Royalties: Lear v. Adkins Revisited (Part I), Journal of the Patent and Trademark Office Society, 1986.506-537; 1987.5-26 (Part II) og 1987.63-90 (Part III).
- (1988) »The Federal Circuit, Assignor Estoppel, and the Progeny of Lear v. Adkins«, Journal of the Patent and Trademark Office Society 1988.805-818.

Rosén, Jan:

- (1989) »Förlagsrätt«.
- (1998a) »Upphovsrättens avtal«, 2. udgave.
- (1998b) »Musikavtalen – global samverkan och kontraktuelle hierarkier. Exemplet Grand Rights«, p. 163-177 i Ton och Rätt – Jubileumsskrift til STIM.

Ross, Alf:

- (1934) »Virkelighed og gyldighed i Retslæren«.
- (1971) »Om ret og retfærdighed«.

Rothnie, Warwick A.:

- (1993) »Parallel Imports«.

Ryan, Michael G.:

- (1989) »Offers Users Can't Refuse: Shrink-Wrap License Agreements As Enforceable Adhesion Contracts«, *Cardozo Law Review* 1989.2105-2135 (Note).

S

Sack, Rolf:

- (1998) »Probleme des markenschutzes im Ähnlichkeitsbereich«, *WRP* 1998.1127-1141.
- (1999) »Die Erschöpfung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach Europäischem Recht«, *GRUR* 1999.193-215.

Samuel, Geoffrey:

- (1994) »Property Notions in the law of Obligations«, *Cambridge Law Journal* 1994.524-545.

Samuelson, Pamela & Opsahl, Kurt:

- (1999a) »Licensing Information in the Global Information Market: Freedom of Contract Meets Public Policy«, *EIPR* 1999.386-394.
- (1999b) »Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age«, *EIPR* 1999.578-591.

Sandgren, Claes:

- (1974a) »Patentlicenser«.
- (1974b) »Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler«, *NIR* 1974.242-274.
- (1992I/II) »En social avtalsrätt?«, *JT* 1992-93.456-486 (del I) og 1992-93.643-668 (del II).
- (1993) »En social avtalsrätt än en gång«, *JT* 1993-94.929-933.

Saxén, Hans:

- (1955) »Förlagsavtalet«.

Schack, Haimo:

- (1997) »Urheber- und Urhebervertragsrecht«.

Schade, Jürgen:

- (2000) »Gerechliche Regelung der Patentstreitsachen in Europa«, *GRUR* 2000.101-111.

Schanda, Reinhard:

- (1994) »Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten – eine Untersuchung zum österreichischen und deutschen Recht«, *GRUR Int.* 1994.275-288.

Schermaier, Martin Josef:

- (2000) »*Bona fides* in Roman contract law«, p. 63-92 i Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker (red.) *Good Faith in European Contract Law*.

Schindler, Thomas:

- »Die Restatements und ihre Bedeutung für das Amerikanische Privatrecht«, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998.277-295.

Schiuma, Daniele:

- (1998a) »Zum Schutzbereich des italienischen Patents im Vergleich mit der deutschen Rechtslage«, *GRUR Int.* 1998.291-297.

Anvendt litteratur med forkortelser

- (1998b) »TRIPs und das Patentierungsverbot von Software 'als solcher'«, GRUR Int. 1998.852-858.

Schlechtriem, Peter:

- (1992/93) »Schuldrecht« hhv. »allgemeiner Teil« (1992) og »besondere Teil« (3. udgave, 1993).

Schmidt, Per Håkon:

- (1989) »Teknologi og immaterialret«.
- (1997) »Reform af patentprocessen«, U 1997B.551-556.
- (1998) »Retsbeskyttelse af edb-programmer«.

Schmidt-Szalewski, Joanna:

- (1996) »Le projet de règlement d'exemption par categories de contracts de transfert de technique«, GRUR Int. 1996.552-554.
- (1997) »Le droit des marques«.
- (1999) »Public Order and Assignment of Copyright in French Law«, p. 695-708 i festskrift til Gunnar Karnell.

Schneider, Michael:

- (2000) »Der United States Court of Appeal for the Federal Circuit: Entstehungsgeschichte, Zuständigkeit, Zusammensetzung und Umfang der Patentrechtsprechung«, GRUR Int. 2000.863-868.

Schovsbo, Jens:

- (1993) EF's konkurrenceregler: »EF's konkurrenceregler og deres anvendelse på ophavs- og patentrettigheder«.
- (1996a) »Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten«.
- (1996b) »Ophavsret og industrielle rettigheder« (løsbl.).
- (1997) »Ophavsrettens monopolproblemer«, p. 921-933 i Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen.
- (1998a) »Parallelimport i et regionalt perspektiv«, U 1998B.361-367.
- (1998b) »Markedsføring af parallelimporterede mærkevarer«, U 1998B.16-21.
- (1998c) »Immaterialrettens udvikling – fra Berner og Pariserkonventionerne til TRIPs«, NIR 1998.470-485.
- (1999) »Parallelimport af mærkevarer – efter *Sebago*-dommen«, U 1999B.401-403.
- (2000) »Ophavsret til varemærker – hvorfor ikke?«, NIR 2000.10-17.

Schreiber, Harry N.:

- (1998) »Economic Liberty and the Modern State«, p. 122-160 i Harry N. Schreiber (red.) *The State and Freedom of Contract*.

Schricker, Gerhard:

- (1995) »Farewell to the 'Level of Creativity' (*Schöpfungshöhe*) in German Copyright Law«, IIC 1995.41-48.
- (1997) »Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft« ved Thomas Dreier, Paul Katzenberger, Silke v. Lewinski og Gerhard Schricker.
- (1999) »Urheberrecht – Kommentar«, 2. udgave.

Schwarz, Stefan:

- (1997) »Erfindungen an amerikanischen Hochschulen«.

Schweyer, Stefan:

- (1982) »Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht«.

Schöfisch, Volker:

- (1999) »Konsequenzen aus der EU-Richtlinie zum Urheberrecht für die innerstaatliche Umsetzung«, p. 23 – 28 i *Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen*.

Schønning, Peter:

- (1994) »Ophavsretten – mellem kulturpolitik og handelspolitik«.
- (1998) »Ophavsretsloven med kommentarer«, 2. udgave.

Singer, Romuald:

- (1995) »The European patent Convention«, engelsk udgave v. Ralph Lunzer.

Singer, Stefan:

- (1997) »Ausschließliche Patentlizenz- und Know-how-Verträge nach deutschem, amerikanischem und europäischem Kartellrecht«.

Smitt, Sigrid Asbjørn:

- (1998) »Application of the Doctrine of Equivalents in Denmark and Japan – a comparative study«, NIR 1998.41-57.

Soltysirski, Stanislaw:

- (1996) »International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the European Agreements«, GRUR Int. 1996.316-326.

Sommer, Tine:

- (2000) »Retlig beskyttelse af bioteknologi – den danske lovgivning vedrørende implementeringen af direktiv 98/44/EF af 6. juli 1998 om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser«, U 2000B.457-465.

Spierrmann, Ole:

- (1999) »Moderne folkeret – efter det 20. århundrede«.

Stack Jr., Stephen A:

- (1996) »The 1995 Federal Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property – Commentary and Text«, America Bar Association v. Stephen A. Stack, Jr. (formand).

Stamatoudi, Irini A. & Torremans, Paul L. C.:

- (2000) »International Exhaustion in the European Union in the Light of 'Zino Davidoff': Contract Versus Trade Mark Law?«, IIC 2000.123-141.

Stang, Fredrik:

- (1935) »Innledning til Formueretten«, 3. udgave.
- (1942) »Mine juridiske arbejder«, TfR 1942.17-45.

Staughton, Sir Christopher:

- (1999) »How Do the Courts Interpret Commercial Contracts?«, Cambridge Law Journal 1999.303-313.

Steen-Olsen, Ole:

- (1973) »Kritiske bemærkninger til obligasjonsrettens almindelige del«, Jussens Venner, 1973.104-131.

Sterling, J.A.L.:

- (1998) »Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright«, IIC 1998.302-308.
- (2000) »Philosophical and Legal Challenges in the Context of Copyright and Digital Technology«, IIC 2000.508-525.

Anvendt litteratur med forkortelser

Straus, Joseph:

- (1996) »Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law«, p. 160-215 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), *From GATT to TRIPs* (IIC Studies vol 18).
- (1999a) »Intellectual Property and the European Human Genome Research«, p. 745-759 i festskrift til Gunnar Karnell.
- (1999b) »The Development of Equivalence in Legal Theory and Case Law in Germany Before and after EPC«, NIR 1999.459-474.

Stridbeck, Ulf:

- (1992) »Från kontrakt till social rättighet – en analys av förhållandet mellan eldistributör och abonnent«.
- (1993) »Från status till kontrakt och tillbaka igen?«, JT 1993-1994.149-168.

Stroh, Gottfried:

- (1971) »Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen – nach amerikanischem und deutschem Recht«.

Strömholm, Stig:

- (1987) »Avtalsfrihetens komponenter – ett analysförsök«, p. 531-549 i festskrift til Sveriges Advokatsamfund.
- (1990) »Copyright – National and International Development«, p. 3-40 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.) *Copyright and Industrial Property*, Bind XIV.
- (1994) »Ideologi och praktik – till de upphovsrättsliga avtalens utveckling«, p. 621-631 i festskrift til Anders Agell.
- (1996a): »Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning«, 5. udgave.
- (1996b) »Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit? Das Urheberrecht vor einer Wegwahl«, GRUR Int. 1996.529-533.

Stucki, Marc:

- (1997) »Trademarks and Free Trade«.

Stuer Lauridsen, Preben:

- (1992) »Om ret og retsvidenskab«.

Stumpf, Herbert/Groß, Michael:

- (1998) »Der Lizenzvertrag«, 7. udgave.

Stuyck, Jules:

- (2000) »European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or Beyond the Internal Market?«, CMLRev. 2000.367-400.

Svensäter, Lennart:

- (1991) »Anställning och Upphovsrätt«.

Swift, Robert:

- (2000) »Davidoff: Scottish Court Declines to Follow English Ruling on Parallel Imports«, EIPR 2000.376-378.

Sørensen, Karsten Engsig & Nielsen, Poul Runge:

- (1999) »EU-retten«, bd. I og II.

T

Tamm, Ditlev:

- (1982) »Anders Sandøe Ørsted og den historiske skole i Danmark«, p. 25-48 i Kjell Å. Modéer (red.) *Den historiska skolan och Lund*.
- (1996) »Dansk retshistorie«, 2.udgave.
- (1997) »Roman Law and European legal history«.

Tamm, Henrik:

- (1972) »De nordiske Juristmøder 1872-1972«.

Terrell:

- (2000) »Terrell on the Law of Patents«, 15. udgave.

Tessensohn, John A. & Yamamoto, Shusaku:

- (1998) »The Big Aluminium Wheel Dust Up – International Exhaustion of Rights in Japan«, *EIPR* 1998.228-238.

Tettenborn: A.M.:

- (1984) »An Introduction to the Law of Obligations«.

Thommesen, O.:

- (1939) »Utnyttelse av patentrettigheter under samfundsmæssig kontroll«, *NIR* 1939.65-84.

Torvund, Olav:

- (1999) »Ophavsrett i oppdragsforhold«, *NIR* 1999.123-139.

Treitel, G.H.:

- (1981) »Doctrine and Discretion in the Law of Contract«.
- (1999) »The Law of Contract« 10. udgave.

Turner, Jonathan D.C.:

- (1999a) »The U.K. Competition Act 1998 and Private Rights«, *EIPR* 1999.180-191.
- (1999b) »Purposive Construction: Seven Reasons Why Catnic is Wrong«, *EIPR* 1999.531-536.
- (2000) »Plus Royaliste que le Roi«, *EIPR* 2000.434-440.

Törnroth, Lennarth:

- (1999) »Datorprogram och patentskydd – utvecklingen av svensk rättspraxis i belysning av främst EPO-praxis«, *NIR* 1999.86-98.

U

Ulfbeck, Vibe:

- (2000) »Kontraktens relativitet – det direkte ansvar i formueretten«.

Ullrich, Hanns:

- (1973a) »Ausschließliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt«, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1973.134-169.
- (1973b) »Fortschritt im deutschen Patentkartellrecht«, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1973.70-83.
- (1975) »Staatsgrenzen und Warenzeichen«, *GRUR Int.* 1975.291-308.
- (1996a) »Lizenzkartellrecht auf dem Weg zum Mitte«, *GRUR Int.* 1996.555-568.
- (1996b) »Technology Protection According to TRIPs: Principles and Problems«, p. 357-400 i Friedrich-Karl Beier og Gerhard Schricker (red.), *From GATT to TRIPs* (IIC Studies vol 18).

Anvendt litteratur med forkortelser

Ulmer, Eugen:

- (1960) »Urheber- und Verlagsrecht«, 2. udgave.
- (1972) »Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze«, GRUR Int. 1972.372-378.
- (1975) »Gedanken zum Urhebervertragsrecht«, NIR 1975.388-408.
- (1977a) »Gutachten zum Urhebervertragsrecht – insbesondere zum Recht der Sendeverträge«.
- (1977b) Gedanken zur Weiterentwicklung des Urhebervertragsrecht«, p. 30-43 i Otto-Friedrich Freiherr von Gamm og Eugen Ulmer (red.) »Neuordnung des Urhebervertragsrecht?«.
- (1980) »Urheber- und Verlagsrecht«, 3. udgave.

Ussing, Henry:

- (1950) »Aftaler«, 3. udgave.
- (1967) »Obligationsretten – Almindelig del«, 4. udgave, revideret optryk v. A. Vinding Kruse.
- (1985) »Køb«, 4. udgave v. A. Vinding Kruse.

V

Vagner, Hans Henrik:

- (1993) »Entrepriseret«, 2. udgave.

Venit, James S.:

- (1987) »In the Wake of Windsurfing: Patent Licensing in the Common Market«, IIC 1987.1-40.

Verkade, D.W. Feer:

- (1998) »The Cumulative Effect of Copyright Law and Trademark Law: Which Takes Precedence?« p. 69-76 i Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram.

Verma, S.K.:

- (1998) »Exhaustion of Intellectual Property Rights and Free Trade – Article 6 of the TRIPs Agreement«, IIC 1998.534-567.

VerSteeg, Russell:

- (1989) »From Satus to Contract: A Contextual Analysis Of Maine's Famous Dictum«, Whittier Law Review 1989.669-681.

Vinje, Thomas:

- (1999) »Copyright Imperrilled?«, EIPR 1999.192-207.

Vivant, Michel:

- (1996) »Code de la Propriété Intellectuelle«.
- (1997) »Le droit des brevets«.

W

Wahl, Nils:

- (1998) »Regional konsumtion i EU hindrar parallelimport från lågprisländer«, ERT 1998.31-58.

Deller's Walker:

- »Walker on Patents« v. Antony William Deller, 2. udgave, bind 1-9.

Weatherill, Stephen:

- (1995) »Prospects for the Development of European Private Law Through 'Europeanisation' in the European Court – the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts«, *European Review of Private Law* 1995.307-328.

Wegener, Morten:

- (2000) »Juridisk metode«, 3. udgave.

Westermann, Harm Peter:

- (1983) »Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB?«, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1983.249-258.

Westlander, Olle:

- (1995) »Patent – Allmänna domstolars praxis åren 1983-1991« m. Lennart Törnroth.

Whish, Richard:

- (2000) »Regulation 2790/99: The Commission's 'new style' block exemption for vertical agreements«, *CMLRev.* 2000.887-924

White, Alan:

- (1999) »Sunglasses: A Benefit to Health?«, *EIPR* 1999.176-180.

White, James J.:

- (1988) »Promis Fulfilled and Principle Betrayed«, *1988 Annual Survey of American Law* 7-42.

Whittaker, Simon:

- (2000) »Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract«, *LQR* 2000.95-120.
- & Zimmermann, Reinhard: (2000) »Good Faith in European Contract Law«, p. 7-62 i Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker (red.) *Good Faith in European Contract Law*.

Wilhelmsson, Thomas:

- (1987) »Social Civilrätt«.
- (1993) »En social avtalsrätt? – Några kommentarer«, *JT* 1993-94.499-508.
- (1995) »Social Contract Law and European Integration«.
- (1998) »Standard Form Conditions« p. 255-266 i Arthur Hartkamp m.fl. (red.) *Towards a European Civil Code*, 2. udgave.

Wilkof, Neil J.:

- (1995) »Trade Mark Licensing«.

Windbichler, Christine:

- (1998) »Neue Vertriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht«, *Archiv für die civilistische Praxis* 1998.261-286.

Windscheid, Bernhard:

- (1906) »Lehrbuch des Pandektenrechts«, 2. udgave.

Wolf, Ernst:

- (1982) »Kein Abschied vom BGB«, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1982.1-6.
- (1983) »Das BGB, eine unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaats«, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1983.241-249.

Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter F.

- (1999) »AGB-Gesetz Kommentar«, 4. udgave.

Anvendt litteratur med forkortelser

Wolfson, Joel Rothstein:

- (1999) »Contract and Copyright Are Not a War: A Reply to 'The Metarmorphosis of Contract into Expand«, *California Law Review* 1999.79-110.

Wyller, B.:

- (1937) »Om det offentlige bruk av patenter«, *NIR* 1937.10-19.

Z

Zadra-Symes, Lynda J. & Basista, Joseph J.:

- (1998) »Using U.S. Intellectual Property Rights to Prevent Parallel Imports«, *EIPR* 1998.218-225.

Zahle, Henrik:

- (1999) »Rettens kilder«.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein:

- (1998) »An Introduction to Comparative Law«, 3. udgave, på engelsk v. Tony Weir.

2. Noter o.lign. unavngivet materiale

- CMLRev. 1997.207-212: »On the way to a European consumer sales law?«.
- CMLRev. 1998.1013-1018: »Europeanization of Private Law – Part 2«.
- *Harvard Law Review* 1997.1922-1939: »Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?«.
- *Harvard Law Review* 1999.1705-1722: »The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era«.
- WUW(GWB): Sonderveröffentlichung WUW v. Lioba Jüttner-Krammy, 1999.

Stikords- og domsregister¹

A

AB92 29 *fn.* 2
Adhæsionsaftale 29*f.*, 247*f.*
Administrativ omprøvning 120*f.*
Aftalefortolkning 33*ff.*, 255*ff.*, 312*f.*
– Anglo-amerikansk ret 34*f.*
– Tyskland 296*ff.*
Aftalefrihed 9*ff.*, 12*ff.*, 23*f.*, 31, 33, 52*f.*,
257, 375*ff.*
Aftalelicens 272*f.*
Aftaleloven
– alment 11*ff.*, 45*f.*
– § 36 37*ff.*, 262*f.*
»Aftaler skal gennemføres« 13, 26, 40,
367
AGB Gesetz 32, 297
Agreed document 29, 62*f.*
All-elements-reglen 343
Ansporingsteorien 58
Ansættelsesforhold, ophavsret i 266*ff.*

B

Bagatelmeddelelsen 103
Ball Spline Bearing-dommen (JP) 347
fn. 122
Battle of the Monopolies 78*f.*
BBS-dommen (JP) 180*f.*
Belønningsteorien 58, 93, 153, 303*ff.*,
311
Beskrivelse, patentansøgningens 310,
320*f.*, 322*f.*
– bioteknologidirektivet 321*f.*
Best method-kravet 324
BGB 15 *fn.* 15, 18

Biogen-dommen (UK) 318 *fn.* 23, 322*f.*,
356*ff.*

Bobbs-Merrill-dommen (USA) 167
British Leyland-dommen (UK) 173*f.*

C

Catnic-dommen (UK) 335*f.*
CISG 50*f.*
Consideration-læren 130
Consten-dommen (EU) 193
Centrafarm-dommene (EU) 193*f.*

D

Darcy v. Allein-dommen (UK) 79
Death of Contract 23
Deltamethrin-dommen (UK) 180
Denationalisering, kontraktsrettens
46, 51, 53
Destination, droit de 164
Dior-dommen (EU) 199*f.*
Direkte salg 112*f.*
Doble Engineering-dommen (UK) 341
fn. 107
Dreiteilungslæren 330, 332
Droit moral 257*f.*
– dualisme/monisme 257*f.*
Dubbman-afgørelsen (S) 76*f.*

E

Edb-programmer
– patentering 361*f.*, 365
EF-PK 159, 316*f.*
Ejendomsretsteorien 58, 153
Electric and Musical
Industries-dommen (UK) 333

1. Registret omfatter alene de vigtigste domme m.v. Der henvises til dommene ved hjælp af stikord; typisk navnet på en af sagens parter. Præcise referencer til domssamlinger m.v. findes i teksten. Medmindre andet er angivet, er dommene danske.

Stikords- og domsregister

EMI-domme (EU) 202
Epilady-dommen (UK) 337f.
EPK 313f., 316ff.
Erklæringsprincippet 45
Estoppel-doktrinen 129ff.
– prosecution history 344, 353 fn. 137
Etik 59
EU (se også »regionalisering«) 47
Europæisering, privatrettens 48
EXXON-afgørelsen (EPO) 320f.

F

Farmers' privilege 161
Fence post-claiming 311, 364
Filmformodningsreglen 282
First sale-doktrinen (se »parallelimport, USA«)
Formkrav 36
Formstein-dommen (TY) 318 fn. 23, 330f., 347
Forretningsmetoder 361f.
Forudsætningslæren 10
Forvaltningsaftaler 274ff.
Funktionelle krav (se »patentkrav«)
Fællesaftale (se »agreed document«)

G

Gade-dommen 266
GATT 213f.
Globalisering (se også »CISG« og »TRIPs«) 50
Graver-dommen (USA) 342
Grundrettigheder 24, 59
Guajakol-dommen (TY) 148f.

H

Harmonisering (se også »regionalisering«)
– »dybde« 49, 101f.
– immaterialretten 33f.
– kontraktsrettens 46ff., 51
Hensynsafvejning 21ff.
Humpty Dumpty-fortolkning 339f.

I

IBM-afgørelsen (EPO) 217 fn. 212, 362 fn. 164
Ikkeangrebsforpligtelse 119ff.
Immanenz-doktrinen 87ff.

Immaterialgüter-læren 55, 88
Immaterialret 55, 57f.
– formål 3, 55ff., 60
– konkurrenceret 60, 93
Immaterialretsaftaler 6, 56
»Implied license« (se »parallelimport, England«)
Inherency-doktrinen 81ff., 114f.
Innovationshensynet 58
Instrumentalisering 25f., 27, 48, 53, 118, 196, 200, 252f.
Inter/intra-brand konkurrence 101, 112, 233
Interessejurisprudens 19

J

Javico-dommen (EU) 211

K

Kastner-dommen (UK) 339
K-Mart-dommen (USA) 169
Kodifikation 18, 20 fn. 56, 40 fn. 45, 47 fn. 74
Konfliktforebyggelse 25, 53
Koncipistreglen 256
Konkurrenceret (se også »patentlicens-aftaler«)
– alment
– EU 96ff.
– Hvidbogen 98f.
– EU-konformitet 104
– National 102ff.
– Danmark 106f.
– England 107f.
– Sverige 107
– Tyskland 107
Konsumptionsprincippet (se også »parallelimport«)
– alment 145ff., 185ff.
– ophavsret 155ff., 204ff., 224ff., 236ff.
– reklamekonsumption 198f.
– patentret 158ff., 209ff., 227f.
– varemærkeret 162f., 202f., 229ff.
– EU 201ff.
– præceptivitet 150f., 235ff.
– Ohl § 19 239ff.
– amerikansk ret 246ff.
Konstruktive metode 15ff., 42

Kontraktsteorien

– aftaleretten 45, 50f., 81ff.

– patentretten 68, 82f.

Kontraktsret 7

Købeloven 20, 42ff., 50

– immaterialretsaftaler 64f.

L

Lack of fair basis-læren 323

Lear-dommen (USA) 130f.

Loyalitetsprincippet 39ff., 123, 127, 139ff.

Løfteprincippet 44

M

Mallingckrodt-dommen (USA) 85, 177f., 248

Markedsintegration (se også »regionalisering«) 196f.

Markedsret 60 fn. 15

McManis Motion, the 251f.

Merck-dommene (EU) 197

Mestbegunstigelsesprincippet 221ff.

Micro Leader-dommen (EU) 211f., 232

Minimumsreglen 256

Misuse-læren 83ff.

Morton Salt-dommen (USA) 84f.

N

NAFTA 187

National Phonograph-dommen (UK) 164ff.

NERA-rapporten 229f.

Nungesser-dommen (EU) 110

O

Obligationsret 7

– »almindelige del« 15ff., 21ff., 41, 53, 373f.

Objektivering, kontraktsrettens 13, 23, 27, 31, 33f., 36f., 39, 40, 44, 52f., 118, 142f., 252ff., 306ff., 367

Ompakning 197f.

Omsætningsteorien 153

On-line-salg 147

Opdelte forlagsrettigheder 151f., 226f.

Open source-bevægelsen 59

Opsigelsesret (Ohl § 55) 283f., 307f.

Originalitetskravet 277f.

P

Pandekterne 19

Panscanning-dommen 264f.

Parallelimport (se også »konsumptionsprincippet«)

– alment 153f., 187f.

– England 164ff., 170ff.

– EU 191ff.

– Schweiz 184f.

– TRIPs 212ff.

– USA 166ff., 177ff.

– Konkurrenceret 211f.

Patentkrav

– alment 309ff., 351f., 355, 359f., 363ff.

– England 332ff.

– EPK 319ff.

– fortolkning 311f., 315ff., 340f.

– EPK

– artikel 69 324ff.

– »fairness-kravet« 327ff.

– »harmonisering« (se også »ækvivalensprincippet«) 346ff.

– »konsistens« 346, 354ff.

– Tyskland 330ff.

– USA 340ff.

– funktionelle 320f., 354ff.

– means-plus-krav 344

Patentlicensaftaler 71ff.

– tysk ret 126f.

– fortolkning 288f.

– konkurrenceret 74ff., 81ff.

– EU

– forordning 240/96 97, 106, 108ff., 110ff., 118

– regionalisering 95ff.

– USA 114ff.

– 1995-Guidelines 116f.

Patentret

– alment 58ff., 78ff., 80, 119f., 314

PECL 49, 63

Perspektivforskydning

– kontraktsretten 13

– ophavsretten 298ff.

Peter Freuchen-dommen 243ff.

Pith and marrow-doktrinen 334

Plain-meaning-reglen 35

ProCD-dommen (USA) 248

Public goods-teorien 56f.

Stikords- og domsregister

Q

Quality King-dommen (USA) 181f., 183f.

R

Radorør-dommen (N) 75

Ranitidin-dommen 352

Regionalisering

– kontraktsrettens 46ff.

– immaterialrettens 58, 74, 95ff., 109, 118, 187f.

Reklamefunktion, varemærkets 232

Relational Law 25

Responsive Law 25

Retskilder 61ff.

Retssædvane 62

Retsøkonomi 25

S

Schallplattenimport-dommene (TY) 151f.

Schwinn-dommen (USA) 115

Sign post-claiming 311

Silhouette-dommen (EU) 163, 202ff.

Social civilret 24

Soya-dommen 263f.

Specialisering, reglernes 21f., 43f.

Specialitetsgrundsætningen 258f, 280ff.

Specialitetsprincippet

– alment 286ff.

– ophavsretten 260f., 280ff.

Spredningsret 146, 148

Standardaftale 29ff.

– fortolkning 270ff.

– ret 31f.

– retskilde 61

– USA 247

Standardisering 27, 34, 36f., 40, 97, 142f., 252ff.

State Street Bank-dommen (USA) 361

Status

– begrebet 27, 37, 52ff., 253, 377ff.

– fra kontrakt til 7, 26ff., 52ff., 124f., 141ff., 253, 371ff.

– immaterialretten 59f., 377ff.

– læren 372ff.

Standard Folding Bed-dommen (USA) 166f.

Statute of Monopolies 79

Styrkeulighed 31

Surprising terms-reglen 30

»Særlige indhold«, rettens 194f.

T

Tillidsprincippet 44f

Teknologispredning 73f.

Territorialitetsprincippet 189ff.

Textual infringement-læren 332f.

TRIPs 4, 212ff.

– alment 212f.

– immaterialret 215ff.

– konsumtion 219ff.

– licensaftaler 134f.

Tvangslicens

– Danmark 77

– Tyskland 94

– USA 83

Typer, retlige 36f.

U

U-lande 74 fn. 5

UBVA-aftalen 270f.

UCITA-loven 246ff.

Udfyldning 256

UNIDROIT Principles 51f., 63

Upjohn-dommen (EU) 198

Urheberrechtswahrnehmungsgesetz 293

Urhebervertragsrecht 300ff.

V

Vedtagelseslæren 30ff.

Vertikale aftaler

– forordning 2790/99 99

– parallelimport 232ff.

Viljesteorien 11f., 44

Værdier

– kontraktsrettens 24ff., 53

– ophavsrettens 257, 277

Værkslæren 277ff.

W

Warner-dommen (EU) 198

Warner Jenkinson-dommen (USA) 343f.

Windsurfing-dommen (EU) 132ff.

Work-for-hire-doktrinen 267

Z

- Zino Davidoff-dommen (EU) 175f.
Zusammenhang der Benutzungsarten
147
Zweckübertragungsprincippet 292ff.
– alment 294ff.
– ophavsretten 292f.

Æ

- Ægtevare-princip 231f.
Ækvivalensprincippet 313, 331, 334,
346ff.