



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 10. juni 2020

Sag BS-7741/2019-HJR
(2. afdeling)

IJH A/S
(advokat Rasmus Vang og advokat Søren Danelund Reipurth)

mod

Morsø Sko Import A/S
(advokat Stephan Ravn Berg)

I tidligere instanser er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 24. november 2016 (V-25-15) og af Vestre Landsrets 12. afdeling den 10. oktober 2018 (B-1753-16).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Lars Apostoli.

Påstande mv.

Appellanten, IJH A/S, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Principal:

Morsø Sko Import A/S skal anerkende, at gummistøvlen RUB 1 som vist i bilag 2 uanset farvevalg er et værk af brugskunst og som sådan nyder beskyttelse efter ophavsretsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014.

Subsidiært:

Morsø Sko Import A/S skal anerkende, at gummistøvlen RUB 1 som vist i bilag 2 er et værk af brugskunst og som sådan nyder beskyttelse efter ophavsretsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014.

Påstand 2

Principal:

Morsø Sko Import A/S skal anerkende, at gummistøvlen RUB 1 som vist i bilag 2 uanset farvevalg nyder beskyttelse efter § 1 i markedsføringsloven, jf. lovbe- kendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013 med senere ændringer.

Subsidiært:

Morsø Sko Import A/S skal anerkende, at gummistøvlen RUB 1 som vist i bilag 2 nyder beskyttelse efter § 1 i markedsføringsloven, jf. lovbe- kendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013 med senere ændringer.

IJH A/S har endvidere gentaget sine påstande 3-7.

Indstævnte, Morsø Sko Import A/S, har over for påstand 1-5 nedlagt påstand om frifindelse.

Over for påstand 6 og 7 har Morsø Sko Import nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Morsø Sko Import har frafaldet sit anbringende om passivitet.

Supplerende sagsfremstilling

For Højesteret har skønsmændene den 2. december 2019 besvaret følgende sup- plerende spørgsmål således:

"Spørgsmål SS 1: Baseret på en vurdering af RUB 1 som helhed, herun- der

- a. materialevalget,
- b. det samlede visuelle udtryk,
- c. den frontvendte snørelukning bestående af 8 hulpar og 4 hægter,
- d. de to horisontale kantbånd med præget roulettering,
- e. placeringen af logoet mellem de to horisontale kantbånd på både skaftets yder- og inderside,
- f. det vertikale kantbånd med præget roulettering,
- g. D-ringen,
- h. sålen,
- i. stikningerne mellem sålen og støvlen samt
- j. foret,

kan skønsmændene så bekræfte, at der ved frembringelsen af RUB 1 er udtrykt kreative evner på grundlag af frie og kreative valg, og kan

skønsmændene bekræfte, at RUB 1 er udtryk for en selvstændigt skabende indsats?

Svar på spørgsmål SS 1: Ja – skønsmændene kan bekræfte at RUB 1 som helhed, herunder:

- a. materialevalget,
- b. det samlede visuelle udtryk,
- c. den frontvendte snørelukning bestående af 8 hulpar og 4 hægter,
- d. de to horisontale kantbånd med præget roulettering,
- e. placeringen af logoet mellem de to horisontale kantbånd på både skaftets yder- og inderside,
- f. det vertikale kantbånd med præget roulettering,
- g. D-ringen,
- h. sålen,
- i. stikningerne mellem sålen og støvlen samt
- j. foret,

– ved frembringelsen er udtryk for kreative evner på grundlag af frie og kreative valg. Skønsmændene kan således bekræfte, at RUB 1 er udtryk for en selvstændigt skabende indsats.

Spørgsmål SS 2: Kan skønsmændene bekræfte, at der ved frembringelsen af kombinationen af en langskaftet gummistøvle med frontvent snørelukning bestående af 8 hulpar og 4 hægter, røde snørebånd, D-ring, hvidt for og sorte såler er udtrykt kreative evner på grundlag af frie og kreative valg, og kan skønsmændene bekræfte, at kombinationen er udtryk for en selvstændigt skabende indsats?

Svar på spørgsmål SS 2: Skønsmændene kan bekræfte, at der ved frembringelsen af en kombination af en langskaftet gummistøvle med frontvent snørelukning bestående af 8 hulpar og 4 hægter, røde snørebånd, D-ring, hvidt foer og sorte såler, kan være udtryk for kreative evner på grundlag af frie og kreative valg, og skønsmændene kan bekræfte, at kombinationen kan være udtryk for en selvstændigt skabende indsats.”

Forklaringer

Ilse Rohde Jacobsen har til brug for Højesteret supplerende forklaret, at hun blev selvstændig erhvervsdrivende i 1992, hvor hun begyndte at fokusere på produktion af sko og støvler. Udviklingen af RUB 1 skete i perioden fra 1998 til 2000. Da hun arbejdede med design, fik hun løbende idéer og tanker om nye design og produkter. Hun ved derfor ikke med sikkerhed, hvornår idéen om RUB 1 kom til hende. Hun havde konstateret, at mange af de gummistøvler, der

på daværende tidspunkt var på markedet, var lavet af PVC, hvilket man ikke kan ånde i.

Dette gav hende idéen om at skabe en ny og trendy gummistøvle af bedre materialer. Det var meget vigtigt for hende at skabe en helt ny gummistøvle bestående af nye elementer. Den skulle være så trendy, at den kunne bruges til andet end at holde fødderne tørre i regnvejr.

Hun begyndte først at visualisere, hvordan gummistøvlen skulle se ud. Herefter gik hun i gang med en "klippe-klisterproces", hvor hun lavede modeller af pap og papir. Hun havde erfaring med at arbejde med sko, men hun måtte konstatere, at det var meget sværere at udvikle en gummistøvle. Hun var ikke gummistøvlespecialist, da hun begyndte udviklingen af RUB 1, og det var meget vanskeligt arbejde. "Klippe-klisterprocessen" tog mindst to måneder.

Efter nogle måneders "klippe-klisterarbejde" opsøgte hun en fabrik i Europa med henblik på produktion af gummistøvlen. Hun afholdt indledningsvist et møde med fabrikkens modelister, der hjalp med at udvikle hendes idé og design. Modelisterne har den tekniske viden, der skal til, for at et produkt kan udvikles. Uden dem kan produktionen ikke lade sig gøre.

Modelisterne var ikke begejstrede for hendes idé, da de kunne se, at det ville blive vanskeligt at lave en gummistøvle på hendes måde. Denne opfattelse blev delt af de medarbejdere på fabrikken, der stod for selve produktionen. Den måde at skabe gummistøvler på, som hun ønskede at anvende med RUB 1, var meget vanskelig og fordyrende. Hele hendes idé gik imidlertid ud på, at hun ville skabe noget nyt. Det var det, hun havde sat sig for, og det var det, hun i sidste ende lykkedes med.

RUB 1 gummistøvlen er sammensat af 27 dele, og det har været et stort arbejde at udvikle de enkelte dele. Bare det at udvikle sålen var i sig selv et meget stort arbejde. Det samme gjorde sig gældende for foret, der er speciallavet efter hendes idé og design. Hun lagde også et stort arbejde i at sikre sig, at hver del af støvlen kunne tåle saltvand. Det forhold, at hver støvle består af 27 dele, der skal sættes sammen, indebærer, at der er tale om en "slow-produktion". Alt bliver håndskåret, samlet og herefter vulkaniseret. Det forhold, at RUB 1 er håndlavet, betyder, at der ikke er to støvler, der er ens. Dette er også fremhævet i en følgeseddel, der er vedlagt gummistøvlerne, når de sælges.

Den første prototype var klar ca. et halvt år efter det første møde med producenten. Det tog dog hele to år, før det endelige eksemplar var klar. Design- og produktionsprocessen var således meget tung og besværlig. Der var tale om en iterativ proces, hvor der løbende var dialog mellem hende og producenten om, hvordan gummistøvlen skulle designes og produceres.

Da hun gik i gang med udviklingen af RUB 1, havde hun aldrig forestillet sig, at det ville være så vanskeligt at arbejde med naturgummi, som tilfældet var. Naturgummi er et materiale, der arbejder hele tiden. Det betød bl.a., at det var meget vanskeligt at sætte støvlens to sider ordentligt sammen. Hun lavede i hvert fald 40 prøver, inden hun fik skabt den rigtige. I udviklingsprocessen sparrede hun meget med sin medarbejder Jette Jernholm. De havde i forløbet mange overvejelser om, hvorvidt det overhovedet ville lykkes at lave de gummistøvler, hun ønskede. Hun har det imidlertid sådan, at når hun sætter sig et mål, gør hun alt for at realisere det. Det lykkedes derfor også i sidste ende at skabe de ønskede gummistøvler.

Hun er ikke sikker på, at hendes konkurrenter gennemgår den samme kreative proces, som hun har været igennem ved udviklingen af RUB 1, når de udvikler deres gummistøvler. Hendes konkurrenter tænker mest på, om der skal være print på gummistøvlerne eller ej.

Det var hele tiden hendes hensigt at skabe gummistøvler, der kunne bruges bredt, dvs. til andet end at holde fødderne tørre i regnvejr. Forud for at hun skabte RUB 1, var det ikke set, at man kunne være smart i et par gummistøvler. De billeder, der er fremlagt i sagen som bilag 25 af undertøjsmodeller, der er iført RUB 1 illustrerer, at gummistøvlerne kan bruges bredt. Billederne illustrerer endvidere, at hun med RUB 1 ramte noget helt særligt – at hun begik en genistreg. RUB 1 har skabt trend – ikke kun i Danmark, men i hele Europa. Der er endda folk, der er blevet gift iført RUB 1. Hun har fået tilsendt billeder heraf, bl.a. fra Australien.

Det forhold, at RUB 1 er blevet kopieret i så stort omfang, som tilfældet er, understreger også, at hun med RUB 1 skabte noget helt særligt.

RUB 1 blev designet helt frit ud fra hendes egne tanker. Det er således forkert, når skønsmændene som svar på spørgsmål IK har anført, at RUB 1 er designet med inspiration fra andre støvler. Hun har selv udviklet RUB 1 og havde intet behov for inspiration fra andre. Det var hendes hensigt, at hendes gummistøvle skulle ligne en flot læderstøvle. Der skulle således være tale om luksus-gummistøvler. Det lykkedes hende at skabe dette med de elementer og det materiale, som hun har sammensat RUB 1 af. Udviklingen af RUB 1 var nøje gennemtænkt.

Det var meget vanskeligt at få RUB 1 til at ligne en læderstøvle. De udfordringer, som udviklingen af RUB 1 gav hende, var imidlertid også noget af det, som hun fandt spændende ved projektet.

Det er forkert, hvis man udlægger hendes forklaring, som den er gengivet i Sø- og Handelsrettens og Vestre Landsrets domme, således, at hovedparten af den toårige udviklingsproces blev brugt på det funktionelle. Designarbejdet var meget besværligt og mindst lige så tidskrævende.

I 2000, da RUB 1 var færdigudviklet, fandtes der andre gummistøvler på markedet, der bestod af naturgummi. Man må imidlertid holde sig for øje, at RUB 1 indeholder 85 pct. naturgummi, mens de andre gummistøvler på markedet havde et langt lavere indhold af naturgummi. Flere af hendes konkurrenter får produceret deres gummistøvler i Kina, hvor naturgummi-procenten typisk ligger i spændet 23-45 pct.

Baggrunden for, at hun valgte, at RUB 1 skulle bestå af 85 pct. naturgummi, var, at hun ønskede, at støvlen skulle være trendy og give et helt særligt visuelt indtryk. Gummistøvlen skulle have et eksklusivt håndværksmæssigt look. Det er slet ikke muligt at opnå denne effekt med PVC. Brugen af naturgummi giver imidlertid mange udfordringer. Det er f.eks. meget vanskeligt at sammensætte foret og støvlens sider – uden at det trækker igennem, så der skabes en knudret overflade på støvlens yderside. For at undgå dette, var det nødvendigt, at naturgummien blev rullet på en helt særlig måde, der forhindrede bobler og fejl i materialet.

Den naturgummi, der anvendes, skal have den rigtige kvalitet. Dette er helt centralt, fordi naturgummien bærer over i støvlens look. Kvaliteten af naturgummien afhænger af, hvor det kommer fra. Hun anvender typisk naturgummi fra Malaysia.

Visse dele af RUB 1 ville kunne have været lavet af PVC, men det ville have givet et helt andet visuelt indtryk. Hvis hun havde anvendt PVC, ville støvlen have set billig ud og lignet noget fra Kina. PVC-støvler støbes på én gang i en form, hvilket giver støvlen en glat og ensartet overflade. RUB 1 samles derimod i hånden og naturgummien sikrer et eksklusivt og læderagtigt look. Det var hendes hensigt, at man skulle kunne se, at RUB 1 var håndlavet.

Det var et klart designmæssigt valg, at RUB 1 skulle have snører. Snørelukninger som helhed giver ingen mening, hvis formålet bare er at lave en vandtæt støvle. Det forhold, at snørerne gav mulighed for at regulere støvlen efter størrelsen på brugerens læg, var kun en bonus. Anvendelse af hægter er ligeledes et rent designmæssigt valg. Ud fra en praktisk betragtning giver det ikke mening at have hægter på den øverste del af støvlen. Der er slet ikke behov for hægter på en gummistøvle.

Kombinationen af hægter og snørehuller blev valgt for at give støvlen et rå og

cool look. Hun foretog utallige designmæssige valg ved udviklingen af snørehullerne. Hun forsøgte sig med mange forskellige former og materialer, før hun fandt det helt rigtige. Snørehullerne blev alene valgt på grund af deres visuelle effekt. Afstanden mellem snørehullerne var heller ikke tilfældig. Afstanden måles med lineal. Det er meget vigtigt, at det gøres rigtigt for at sikre, at hullerne i de to sider er placeret over for hinanden. Da naturgummi som nævnt er et materiale, der arbejder meget, var det meget svært at få placeringen af snørehullerne til at gå op i en større enhed. Det tog hende i hvert fald to måneder at få snørehullerne, som de skulle være.

Med RUB 1 skabte hun en gummistøvle, der havde et helt andet og slankt frontparti, end hvad der var set tidligere. Hun var meget bevidst om, at hendes gummistøvle skulle sidde godt på foden. Bl.a. for sikre dette, fik hun udviklet de læster, som gummistøvlerne sidder på under produktionen. Læsterne blev først udarbejdet i træ og herefter i metal. Det var meget vanskeligt og tidskrævende at udvikle en hæl, der sikrede, at støvlerne ikke svuppede. Formålet med hællens svaj var at sikre dette. Også dele af støvlens indvendige opbygning blev designet med dette formål for øje.

De kantbånd, der ses øverst på RUB 1, er rullet på med en tromle. Da hun udviklede RUB 1 var der ca. 30 forskellige tromler at vælge imellem i Europa. I dag er der imidlertid kun en eller to producenter, der laver disse tromler i Europa, da nærmest al produktion er flyttet til Kina.

Det er helt bevidst, at RUB 1 har to kantbånd. Kantbåndene skulle visuelt lukke støvlen og indramme hendes logo. Kantbåndene havde også den effekt, at de kunne skjule eventuelle ujævnheder.

Den D-ring, der findes øverst på RUB 1's bagkant, er der alene af designmæssige grunde. Den blev valgt for at give et særligt og sejt visuelt indtryk. Hun traf mange designmæssige valg ved udformningen af D-ringen, og den kunne sagtens have set anderledes ud. D-ringen har ingen praktisk funktion. Der er intet behov for den, da det i forvejen er nemt at komme i støvlen. Produktionsmæssigt var D-ringen besværlig, da den – selvom den er lille – trækker i støvlen under vulkaniseringen. Når støvlen vulkaniseres, er den vendt på hovedet, og D-ringens tyngdekræft trækker i den forbindelse i støvlen. For at værne herimod har det været nødvendigt at sætte særlige forstærkninger ind i støvlen.

Hun har selv produceret den EVA-sål, som RUB 1 har. Hun kender ikke andre, der har lavet gummistøvler med en tilsvarende sål. Ud fra en praktisk betragtning giver EVA-sålen ingen mening. Sålen er blød og ikke så slidstærk. EVA-sålen blev valgt alene af designmæssige grunde. Det var helt bevidst, at hun valgte en tynd sål med børstede kanter, der gav et ruskindagtigt look. Hun er kendt for at arbejde med EVA-sålen.

Hun er ikke enig med skønsmændene i, at EVA-sålen er det mest karakteristiske ved RUB 1. Sålen er ganske vist en del af det, der gør RUB 1 speciel, men realiteten er, at det er RUB 1 i sig selv, der er speciel.

Syningerne i RUB 1 har ingen praktisk funktion, men blev valgt af rent designmæssige grunde. Hun vil anslå, at hun gennem årene har lavet syninger i ti forskellige farver.

Hun har selv designet RUB 1's foer, idet der ikke var nogen producenter på markedet, som lavede den type foer, hun ønskede. Hun ville have, at foret skulle være luksuriøst. Grunden til, at hun gik så meget op i foret, var, at det var afgørende for hende, at støvlen var flot fra alle vinkler – også når den stod i en entré eller på hylden i en butik. RUB 1 er i sig selv et look & feel-produkt, hvilket foret også er udtryk for.

RUB 1's form var anderledes end noget, der tidligere var set. Hun arbejdede og kredsede meget for støvlens look. Som udtryk for, hvor stor en indsats hun lagde i udviklingen af RUB 1 og dennes look, kan nævnes, at de træ- og metal-læster, som RUB 1 produceres efter, opbevares i et pengeskab. De har meget stor værdi for hende, da det ville være forfærdeligt tidskrævende at udvikle læsterne på ny.

Det var helt fra begyndelsen hendes ønske at skabe et anderledes produkt, som brugerne kunne se smarte ud i. Hun tror ikke, at der var nogen, der tidligere havde tænkt på, at man kunne se smart ud i et par gummistøvler. RUB 1 var 100 pct. tiltænkt modeindustrien. Som udtryk for, at der er tale om et rent designprodukt, kan nævnes, at hun ved, at man i sejler-miljøet grinede af RUB 1, fordi støvlen var så upraktisk på en båd. Hun har derfor sidenhen udviklet en helt anden gummistøvle til brug for sejlere.

RUB 1 har fået ikon-status og er fremhævet i mange forskellige designbøger. RUB 1 bliver endvidere udstillet mange steder i verden, bl.a. på museer – netop fordi der er tale om et ikon.

Retsgrundlag

EU-Domstolens dom af 12. september 2019 i sagen C-683/17 (Cofemel) angik, om tøjmodeller, som blev designet, fremstillet og markedsført under varemærket G-Star, kunne kvalificeres som "værker", der er omfattet af en ophavsretlig beskyttelse. Af dommen fremgår bl.a.:

"Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

...

23. Den forelæggende ret, Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol, Portugal), for hvilken Cofemel har iværksat appel, har for det første anført, at det for det første er ubestridt, at de i nærværende appelsag omhandlede tøjmodeller fra G-Star er blevet designet enten af designere, der er ansat af G-Star, eller af designere, der handler på dette selskabs vegne, og som ved aftale har overført deres ophavsret til G-Star. For det andet er disse tøjmodeller frugten af fremstillingskoncepter og -processer, der anerkendes som innovative inden for modeverdenen. For det tredje indeholder de flere specifikke elementer (tredimensional form, delenes samlingsmåde, placeringen af visse bestanddele mm.), som til dels er blevet overtaget af Cofemel med henblik på fremstillingen af tøj, der er påført dette selskabs varemærke.

...

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

26. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en national lovgivning tildeler en ophavsretlig beskyttelse til design, såsom de i hovedsagen omhandlede tøjmodeller, med den begrundelse, at de ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel.

27. I henhold til ordlyden af artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 har medlemsstaterne pligt til at indføre en eneret for ophavsmænd til at tillade eller forbyde reproduktion for så vidt angår deres værker.

28. Udtrykket "værk", som denne bestemmelse henviser til, er ligeledes anført i artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29, der angår de enerettigheder, som indrømmes ophavsmanden til et værk for så vidt angår værkets overføring til almenheden og dets spredning, samt dette direktivs artikel 5-7, hvoraf den første bestemmelse omhandler de undtagelser eller indskrænkninger, der kan anvendes i forhold til disse enerettigheder, og de to følgende bestemmelser omhandler de tekniske foranstaltninger og informationsforanstaltninger, der sikrer beskyttelsen af nævnte enerettigheder.

29. Begrebet "værk", der er omhandlet i samtlige nævnte bestemmelser, er, således som det følger af Domstolens faste praksis, et selvstændigt begreb i EU-retten, der skal fortolkes og anvendes ensartet, og som forudsætter, at to kumulative elementer foreligger. Dels indebærer dette

begreb, at der foreligger en original genstand i den forstand, at denne er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Dels er kvalificeringen som værk forbeholdt de elementer, der er udtryk for en sådan frembringelse (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 37 og 39, og af 13.11.2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 33 og 35-37 og den deri nævnte retspraksis).

30. Hvad angår det første af disse kriterier, fremgår det af Domstolens faste praksis, at det, for at en genstand kan anses for original, er både nødvendigt og tilstrækkeligt, at den afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg (jf. i denne retning dom af 1.12.2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 88, 89 og 94, og af 7.8.2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, præmis 14).

31. Når frembringelsen af en genstand derimod er bestemt af tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger, der ikke giver plads til kreativ frihed, kan denne genstand ikke anses for at have den nødvendige originalitet for at kunne udgøre et værk (jf. i denne retning dom af 1.3.2012, Football Dataco m.fl., C-604/10, EU:C:2012:115, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

32. Hvad angår det andet kriterium, der er nævnt i nærværende doms præmis 29, har Domstolen præciseret, at begrebet "værk", der er omhandlet i direktiv 2001/29, nødvendigvis indebærer, at der foreligger en genstand, som kan identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt (jf. i denne retning dom af 13.11.2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 40).

33. Dels skal de myndigheder, der skal overvåge beskyttelsen af ophavsrettens iboende enerettigheder, klart og præcist kunne kende den således beskyttede genstand. Det samme gælder for tredjemænd, over for hvilke den af ophavsmanden til genstanden påberåbte beskyttelse vil kunne gøres gældende. Dels forudsætter den omstændighed, at det i processen med identifikation af nævnte genstand er nødvendigt at fjerne ethvert element af subjektivitet, som skader retssikkerheden, at denne genstand er blevet udtrykt objektivt (jf. i denne retning dom af 13.11.2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 41).

34. Som Domstolen har fremhævet, opfylder en identifikation, der i det væsentlige er baseret på de indtryk, som i sig selv er subjektive, som den person, der oplever den omhandlede genstand får, ikke kravet om

præcision og objektivitet (jf. i denne retning dom af 13.11.2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 42).

35. Når en genstand besidder de egenskaber, der er nævnt i nærværende doms præmis 30 og 32, og dermed udgør et værk, omfattes den i denne egenskab af en ophavsretlig beskyttelse i overensstemmelse med direktiv 2001/29, idet det bemærkes, at omfanget af denne beskyttelse ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og at beskyttelsen derfor ikke er svagere end den beskyttelse, som tildeles andre værker, der er omfattet af nævnte direktiv (jf. i denne retning dom af 1.12.2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 97-99).

36. På baggrund af denne retspraksis indebærer besvarelsen af det første spørgsmål for det første, at det skal afgøres, om modellerne generelt set kan kvalificeres som "værker" som omhandlet i direktiv 2001/29.

37. I denne henseende skal det indledningsvis bemærkes, at intellektuel ejendomsret i henhold til artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder skal beskyttes.

38. Det fremgår af denne bestemmelses ordlyd, at de genstande, der udgør en intellektuel ejendomsret, er omfattet af en beskyttelse i henhold til EU-retten. Det følger derimod ikke heraf, at sådanne genstande eller kategorier af genstande alle omfattes af samme beskyttelse.

39. EU-lovgiver har således vedtaget forskellige afledte retsakter, der har til formål at sikre beskyttelsen af intellektuel ejendomsret, bl.a. de ophavsretligt beskyttede værker, der er omhandlet i direktiv 2001/29, og mønstre, der er omfattet af direktiv 98/71, som finder anvendelse på mønstre, der er registreret i eller for en medlemsstat, eller design, der er omfattet af forordning nr. 6/2002, som finder anvendelse på design, der er beskyttet på EU-niveau.

40. Ved denne tilgang har EU-lovgiver vurderet, at de genstande, der beskyttes som design, i princippet ikke kunne ligestilles med genstande, der kan kvalificeres som værker, som beskyttes i medfør af direktiv 2001/29.

41. Dette lovgivningsmæssige valg forekommer at være i overensstemmelse med artikel 1-21 i Bernerkonventionen, som Unionen, selv om den ganske vist ikke er part i denne konvention, imidlertid skal iagttage i henhold til artikel 1, stk. 4, i WIPO's traktat om ophavsret, hvori den er part (jf. i denne retning dom af 13.11.2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

42. Artikel 2, stk. 7, i Bernerkonventionen tillader parterne i denne konvention at tildele industrielle mønstre og modeller en særlig beskyttelse, der er anderledes fra og muligvis udelukker den beskyttelse, der tildeles litterære og kunstneriske værker, som er omfattet af denne konvention, og at fastsætte betingelserne for en sådan beskyttelse. Samtidig udelukker nævnte bestemmelse heller ikke, at disse to former for beskyttelse kan kumuleres.

43. I denne sammenhæng har EU-lovgiver valgt en ordning, hvor den beskyttelse, der tildeles design, og den, der sikres ved ophavsretten, ikke gensidigt udelukker hinanden.

44. Hvad angår mønstre, er det i artikel 17, første punktum, i direktiv 98/71 anført, at mønstre, der er beskyttet ved registrering i eller med virkning for en medlemsstat i overensstemmelse med dette direktiv, også kan beskyttes i henhold til lovgivningen om ophavsret i den medlemsstat, hvori eller for hvilken disse mønstre er blevet registreret, fra det tidspunkt, hvor de blev skabt eller fastlagt i en given form. Samme bestemmelse præciserer dernæst i dens andet punktum, at hver medlemsstat fastsætter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan ophavsretlig beskyttelse, herunder kravet til originalitet. Hvad angår design, der er beskyttet på EU-niveau, er der i artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 fastsat en ordning, der ligner den, som følger af artikel 17 i direktiv 98/71.

45. Disse to bestemmelser skal selv fortolkes henholdsvis i lyset af 8. betragtning til direktiv 98/71 og 32. betragtning til forordning nr. 6/2002, som udtrykkeligt nævner princippet om en »kumulation« af beskyttelsen af design på den ene side og den ophavsretslige beskyttelse på den anden side.

46. Hvad angår ophavsretten følger det af artikel 9 i direktiv 2001/29, som har overskriften "Fortsat anvendelse af andre retlige bestemmelser", og som skal fortolkes bl.a. i lyset af dens affattelse i alle sprogversioner (jf. i denne retning dom af 4.2.2016, 2016, C & J Clark International og Puma, C-659/13 og C-34/14, EU:C:2016:74, præmis 122 og den deri nævnte retspraksis) og i lyset af 60. betragtning til dette direktiv, at nævnte direktiv ikke berører nationale eller EU-retlige bestemmelser vedrørende andre områder, navnlig områder vedrørende mønsterrettigheder.

47. Direktiv 2001/29 opretholder således de foreliggende gældende bestemmelser på området for mønsterrettigheder og deres rækkevidde,

herunder princippet om "kumulation", der er nævnt i nærværende doms præmis 45.

48. På baggrund af samtlige disse bestemmelser skal det lægges til grund, at modeller kan kvalificeres som "værker" som omhandlet i direktiv 2001/29, såfremt de opfylder de to krav, der er nævnt i nærværende doms præmis 29.

49. Under disse omstændigheder skal det for det andet undersøges, om modeller, som de i hovedsagen omhandlede tøjmodeller, kan kvalificeres som "værker" med hensyn til disse krav, når disse ifølge den forelæggende ret ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, idet det bemærkes, at den forelæggende rets spørgsmål omhandler, hvorvidt en sådan æstetisk originalitet udgør det grundlæggende kriterium for tildelingen af den beskyttelse, der er fastsat i direktiv 2001/29.

50. Det skal i denne henseende indledningsvis præciseres, at beskyttelsen af design på den ene side og den ophavsretlige beskyttelse på den anden side forfølger grundlæggende forskellige formål og er underlagt forskellige ordninger. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 51 og 55 i forslaget til afgørelse, har beskyttelsen af design til formål at beskytte genstande, som, alt imens de er nye og individualiserede, har en funktionsmæssig karakter og vil kunne masseproduceres. Desuden er denne beskyttelse tiltænkt at have en begrænset varighed, der er af en tilstrækkelig længde, således at de investeringer, der er nødvendige for skabelsen og fremstillingen af disse genstande, indtjenes, uden unødigt hindring af konkurrencen. For sit vedkommende er den ophavsretlige beskyttelse, hvis varighed er betydeligt længere, forbeholdt genstande, der fortjener at blive kvalificeret som værker.

51. Af disse grunde, og som generaladvokaten har bemærket i punkt 52 i sit forslag til afgørelse, må tildelingen af en ophavsretlig beskyttelse for en genstand, der er beskyttet som design, ikke medføre, at formålene med og effektiviteten af disse to typer af beskyttelse undergraves.

52. Heraf følger, at selv om beskyttelsen af design og den ophavsretlige beskyttelse i henhold til EU-retten kan tildeles kumulativt til samme genstand, må denne kumulation kun komme i betragtning i visse situationer.

53. Det skal i denne henseende bemærkes, for det første, at som det fremgår af den sædvanlige betydning af begrebet "æstetik", er den æstetiske virkning, som en model vil kunne frembringe, et resultat af

den i sig selv subjektive opfattelse af skønhed, der opleves af enhver person, som ledes til at se på denne model. Følgelig gør denne virkning af subjektiv karakter det ikke i sig selv muligt at fastslå, at der foreligger en genstand, som kan identificeres med tilstrækkelig præcision og objektivitet, som omhandlet i den i nærværende doms præmis 32-34 nævnte retspraksis.

54. For det andet er det ganske vist korrekt, at betragtninger af æstetisk karakter indgår i kreativ virksomhed. Ikke desto mindre er det således, at den omstændighed, at en model skaber en æstetisk virkning, ikke i sig selv gør det muligt at fastslå, om denne model udgør en intellektuel frembringelse, der afspejler ophavsmandens valgfrihed og personlighed, og dermed opfylder kravet om originalitet, der er anført i nærværende doms præmis 30 og 31.

55. Heraf følger, at den omstændighed, at modeller, såsom de i hovedsagen omhandlede tøjmodeller, frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, ikke kan begrunde, at disse modeller kvalificeres som "værker" som omhandlet i direktiv 2001/29.

56. På baggrund af ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en national lovgivning tildeler en ophavsretlig beskyttelse til modeller, såsom de i hovedsagen omhandlede tøjmodeller, med den begrundelse, at de ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel."

EU-Domstolens dom af 13. november 2018 i sagen C-310/17 (Levola Hengelo) angik, om smagen af den hollandske smøreost "Heksenkaas" nød ophavsretlig beskyttelse. Af dommen fremgår bl.a.:

"Om de præjudicielle spørgsmål

...

Det første spørgsmål

32. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel beskyttes ophavsretligt i henhold til dette direktiv, og at en national lovgivning fortolkes således, at den yder en ophavsretlig beskyttelse af en sådan smag.

33. Med hensyn hertil bestemmer artikel 2-4 i direktiv 2001/29, at medlemsstaterne skal indføre en række enerettigheder, der tillægges ophavsmænd til "værker", og samme direktivs artikel 5 opregner en række undtagelser fra og indskrænkninger i disse rettigheder. Det nævnte direktiv indeholder ikke nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret til at fastsætte betydningen og rækkevidden af begrebet »værk«. Under hensyn til kravene både om ensartet anvendelse af EU-retten og om lighedsprincippet bør dette begreb derfor principielt i hele Unionen fortolkes selvstændigt og ensartet (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 27 og 28, og af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:-2132, præmis 14 og 15).

34. Det følger deraf, at smagen af et levnedsmiddel alene kan beskyttes ophavsretligt i henhold til direktiv 2001/29, såfremt en sådan smag kan betegnes som et "værk" som omhandlet i dette direktiv (jf. analogt dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

35. Det er i denne forbindelse vigtigt, for at en genstand kan få betegnelsen "værk" som omhandlet i direktiv 2001/29, at to kumulative betingelser er opfyldt.

36. Dels skal den pågældende genstand være original i den forstand, at den udgør ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse (dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

37. Dels er kvalificeringen som »værk« som omhandlet i direktiv 2001/29 forbeholdt de elementer der er udtryk for en sådan intellektuel frembringelse (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 39, og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 159).

38. Det bemærkes i denne henseende, at Unionen, selv om den ikke er kontraherende part i Bernerkonventionen, imidlertid i henhold til artikel 1, stk. 4, i WIPO-traktaten om ophavsret, hvori den er part, og som direktiv 2001/29 har til formål at gennemføre, er forpligtet til at efterkomme artikel 1-21 i Bernerkonventionen (jf. i denne retning dom af 9.2.2012, Luksan, C-277/10, EU:C:2012:65, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis, og af 26.4.2012, DR og TV2 Danmark, C-510/10, EU:C:2012:244, præmis 29).

39. I henhold til Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, omfatter litterære og kunstneriske værker enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen. Endvidere er det i overensstemmelse med artikel 2 i WIPO-traktaten om ophavsret og artikel 9, stk. 2, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, der er nævnt i nærværende doms præmis 6, og som ligeledes indgår i Unionens retsorden (jf. i denne retning dom af 15.3.2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, præmis 39 og 40), udtryksformer, og ikke idéer, procedurer, driftsmetoder eller matematiske begreber som sådanne, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse (jf. i denne retning dom af 2.5.2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, præmis 33).

40. Følgelig indebærer begrebet "værk", der er omhandlet i direktiv 2001/29, nødvendigvis et udtryk for genstanden for den ophavsretlige beskyttelse, der tilstrækkeligt præcist og objektivt gør denne identificerbar, selv om dette udtryk ikke nødvendigvis er permanent.

41. Dels skal de myndigheder, der skal overvåge beskyttelsen af ophavsrettens iboende enerettigheder, klart og præcist kunne kende de således beskyttede genstande. Det samme gør sig gældende for borgerne, herunder erhvervsdrivende, som klart og præcist skal kunne identificere de beskyttede genstande i forhold til tredjemand, herunder konkurrenterne. Dels indebærer den omstændighed, at det i processen med identifikation af den beskyttede genstand er nødvendigt at fjerne ethvert element af subjektivitet, som skader retssikkerheden, at genstanden skal kunne udtrykkes præcist og objektivt.

42. Muligheden for at foretage en præcis og objektiv identifikation er ikke til stede i forhold til smagen af et levnedsmiddel. Til forskel fra f.eks. et litterært værk, et billedværk, et kinematografisk eller et musikalsk værk, der udgør et præcist og objektivt udtryk, er identificeringen af smagen af et levnedsmiddel nemlig i det væsentlige baseret på sanses- og smagsoplevelser, der er subjektive og forskellige, idet de bl.a. afhænger af faktorer, der er forbundet med den person, der smager det pågældende produkt, herunder dennes alder, kostpræferencer og forbrugsvaner, samt miljøet eller den kontekst, hvorunder produktet smages.

43. Desuden er en præcis og objektiv identificering af smagen af et levnedsmiddel, som gør det muligt at sondre mellem denne og smagen af andre produkter af samme art, ikke tilgængelig med de tekniske midler, der foreligger på det aktuelle stade af den videnskabelige udvikling.

44. Det skal derfor på grundlag af alle ovenstående betragtninger konkluderes, at smagen af et levnedsmiddel ikke kan betegnes som et "værk" som omhandlet i direktiv 2001/29.

45. Henset til det krav, der er anført i nærværende doms præmis 33, om, at begrebet "værk" skal fortolkes ensartet i hele Unionen, må det ligeledes konkluderes, at direktiv 2001/29 er til hinder for, at en national lovgivning fortolkes på en sådan måde, at den yder ophavsretlig beskyttelse af smagen af et levnedsmiddel.

46. Følgelig skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel beskyttes ophavsretligt i henhold til dette direktiv, og at en national lovgivning fortolkes på en sådan måde, at den yder ophavsretlig beskyttelse af en sådan smag."

EU-Domstolens dom af 1. december 2011 i sagen C-145/10 (Panier) angik, om et portrætfotografi, som blev anvendt i forbindelse med mediernes omtale af en bortførelsessag, kunne kvalificeres som et ophavsretligt beskyttet værk. Af dommen fremgår bl.a.:

"Om de præjudicielle spørgsmål

...

Spørgsmål 4

85. Spørgsmål 4, som herefter skal behandles, har den forelæggende ret forelagt for at kunne vurdere rigtigheden af påstanden om, at de søgte i hovedsagen i henhold til de relevante nationale bestemmelser ikke behøvede Eva-Maria Paniers samtykke for at offentliggøre det omtvistede fantombillede, som blev fremstillet på grundlag af et portrætfotografi, da beskyttelsen af et sådan fotografi var snæver eller ikke eksisterende, fordi dette tillod få udformningsmuligheder.

86. Den forelæggende rets spørgsmål skal derfor forstås således, at den nærmere bestemt ønsker at få oplyst, om artikel 6 i direktiv 93/98 skal fortolkes således, at et portrætfotografi i medfør af denne bestemmelse kan være ophavsretligt beskyttet, og i bekræftende fald, om denne beskyttelse, navnlig med hensyn til bestemmelserne om reproduktion af værker i artikel 2 litra a), i direktiv 2001/29, på grund af de angiveligt få kunstneriske udformningsmuligheder, som sådanne fotografier frembyder, er ringere end den beskyttelse, som andre, navnlig fotografiske værker nyder.

87. Hvad for det første angår spørgsmålet om den ophavsretlige beskyttelse af naturtro fotografier i henhold til artikel 6 i direktiv 93/98 bemærkes det, at Domstolen allerede har fastslået, at ophavsretten kun kan anvendes i relation til en genstand, såsom et fotografi, der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse (jf. dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 35).

88. Som det fremgår af 17. betragtning til direktiv 93/98, betragtes en intellektuel frembringelse som ophavsmandens egen, når den afspejler hans personlighed.

89. Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg (jf. modsætningsvis dom af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 98).

90. For så vidt angår portrætfotografier bemærkes, at ophavsmanden vil kunne foretage frie og kreative valg på flere måder og på forskellige tidspunkter i forbindelse med fremstillingen.

91. På det forberedende stadium vil ophavsmanden kunne vælge udformningen, den portrætteredes holdning eller belysningen. Når portrætfotografiet bliver taget, vil han kunne vælge billedudsnittet, vinklen eller stemningen. I forbindelse med fremstillingen af aftrykket vil ophavsmanden kunne vælge mellem forskellige fremkaldelsesteknikker eller, som i denne sag, anvende et computerprogram.

92. Portrætfotografiets ophavsmand sætter med sine forskellige valg sit "personlige præg" på det skabte værk.

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

94. På denne baggrund skal et portrætfotografi anses for at være ophavsretligt beskyttet i medfør af artikel 6 i direktiv 93/96, forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og kreative valg i forbindelse med fremstillingen, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde.

95. Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt en sådan beskyttelse er ringere end beskyttelsen af andre, navnlig fotografiske værker, bemærkes indledningsvis, at ophavsmanden til et beskyttet værk i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 har eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis.

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

97. Det bemærkes endvidere, at intet hverken i direktiv 2001/29 eller i andre relevante direktiver tyder på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængig af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker.

98. Når det drejer sig om et portrætfotografi, kan beskyttelsen i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker.

99. På denne baggrund skal det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 6 i direktiv 93/98 skal fortolkes således, at et portrætfotografi i medfør af denne bestemmelse kan være ophavsretligt beskyttet, forudsat at ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og er udtryk for hans frie og kreative valg i forbindelse med fremstillingen af fotografiet, hvilket det tilkommer den nationale domstol at efterprøve i hvert enkelt tilfælde. Såfremt det konstateres, at det omhandlede portrætfotografi fremstår som et værk, er dets beskyttelse ikke ringere end den beskyttelse, som andre, herunder fotografiske værker, nyder."

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår i første række, om IJH A/S' gummistøvle RUB 1 er beskyttet efter ophavsretsloven og markedsføringsloven mod efterligninger. Hvis gummistøvlen nyder beskyttelse efter de nævnte love eller efter en af dem, skal der tages stilling til, om Morsø Sko Import A/S ved at have markedsført gummistøvlen af mærket VRS har krænket IJH's rettigheder til gummistøvlen RUB 1. Foreligger der en krænkelse, skal der endelig tages stilling til, hvilke krav IJH i den anledning kan gøre gældende mod Morsø Sko Import.

Med påstand 1 og 2 ønsker IJH, at Morsø Sko Import skal dømmes til at anerkende, at gummistøvlen RUB 1 nyder beskyttelse efter ophavsretsloven og markedsføringsloven. Højesteret finder, at der reelt er tale om anbringender til

støtte for forbudspåstanden (påstand 3), tilbagekaldelsespåstanden (påstand 4), påstanden om udlevering mv. (påstand 5) og betalingspåstandene (påstand 6 og 7). Højesteret afviser derfor påstand 1 og 2.

Ophavsret

Efter ophavsretslovens § 1, stk. 1, har den, som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, ophavsret til værket, og dette gælder bl.a., når det fremtræder som et værk af brugskunst. Det er således en betingelse for den ophavsretlige beskyttelse, at der er tale om et "værk".

Ifølge EU-Domstolens praksis vedrørende bl.a. direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet ("Infosoc-direktivet") kan en genstand kun kvalificeres som et værk i ophavsretlig forstand, hvis den er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. For at en genstand kan anses for original, er det både nødvendigt og tilstrækkeligt, at den afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg. Genstanden skal desuden kunne identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt, og kvalificeringen som værk er forbeholdt de elementer, der er udtryk for ophavsmandens intellektuelle frembringelse.

I EU-Domstolens dom af 12. september 2019 i sag C-683/17 (Cofemel) tog domstolen på grundlag af de nævnte generelle kriterier stilling til, om nogle tøjmodeller (jeans, sweatshirts og T-shirts) kunne gives ophavsretlig beskyttelse. I sagen blev det bl.a. lagt til grund, at tøjmodellerne var "frugten af fremstillingskoncepter og -processer, der anerkendes som innovative inden for modeverdenen." EU-Domstolen anførte i dommen bl.a., at beskyttelsen af design på den ene side og den ophavsretlige beskyttelse på den anden side forfølger grundlæggende forskellige formål og er underlagt forskellige ordninger. Den ophavsretlige beskyttelse, hvis varighed er betydeligt længere end beskyttelsen af design, er forbeholdt genstande, der fortjener at blive kvalificeret som værker, jf. dommens præmis 50. Selv om beskyttelsen af design og den ophavsretlige beskyttelse i henhold til EU-retten kan tildeles kumulativt til samme genstand, må denne kumulation kun komme i betragtning i visse situationer, jf. præmis 52. I præmis 54 anførte domstolen, at det ganske vist er korrekt, at betragtninger af æstetisk karakter indgår i kreativ virksomhed, men at det ikke desto mindre er således, at "den omstændighed, at en model skaber en æstetisk virkning, ikke i sig selv gør det muligt at fastslå, om denne model udgør en intellektuel frembringelse, der afspejler ophavsmandens valgfrihed og personlighed, og dermed opfylder kravet om originalitet". På den baggrund kom EU-Domstolen til det resultat, at det forhold, at de pågældende tøjmodeller ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, ikke kan begrunde, at disse modeller kvalificeres

som "værker" som omhandlet i Infosoc-direktivet. Heraf fulgte, at de ikke kunne tildeles ophavsretlig beskyttelse.

Efter dommen må det antages, at tøjmodeller efter omstændighederne kan og skal kvalificeres som værker af brugskunst, der nyder ophavsretlig beskyttelse. Som det fremgår af dommen, er det imidlertid ikke tilstrækkeligt til at blive kvalificeret som et værk, at de pågældende tøjmodeller ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel – heller ikke, selv om tøjmodellerne er frugten af fremstillingskoncepter og -processer, der anerkendes som innovative inden for modeverdenen.

Højesteret finder, at det, der efter dommen i Cofemel-sagen gælder for bedømmelsen af ophavsret til tøjmodeller, må antages at gælde tilsvarende for så vidt angår fodtøj, herunder gummistøvler.

Det fremgår af skønsmændenes svar på spørgsmål 1 og 2, at RUB 1 stilmæssigt kan betegnes som primært en modegummistøvle, og at den designmæssige nyskabelse for RUB 1 i 2000 lå i at kombinere elementer fra traditionelle langskafede læderstøvler med en støvle i naturgummi. Det er skønsmændenes vurdering, at RUB 1 er designet med inspiration fra andre støvler og gummistøvler, herunder Superga-støvlen fra 1974 og slanke ridestøvler, jf. svaret på spørgsmål IK.

På baggrund af EU-Domstolens dom i Cofemel-sagen finder Højesteret ikke grundlag for at fastslå, at den nævnte designmæssige nyskabelse opfylder det krav om originalitet, der er en betingelse for, at RUB 1-gummistøvlen kan kvalificeres som et værk af brugskunst. Det kan således ikke føre til en anden bedømmelse, at skønsmændene i svaret på spørgsmål SS 1 har udtalt, at RUB 1 som helhed ved frembringelsen er udtryk for kreative evner på grundlag af frie og kreative valg, og at RUB 1 således er udtryk for en selvstændigt skabende indsats.

Højesteret tiltræder derfor, at RUB 1-gummistøvlen ikke kan betegnes som et værk, der nyder ophavsretlig beskyttelse.

Markedsføringsloven

Af de grunde, som landsretten har anført, tiltrædes det også efter bevisførelsen for Højesteret, at RUB 1-gummistøvlen besidder en sådan grad af særpræg, at den efter markedsføringsloven nyder beskyttelse mod efterligninger. Dette gælder uanset farvevalg.

Efter skønsmændenes svar på spørgsmål 37 er det sålen, der ud fra en helhedsvurdering må betegnes som det mest karakteristiske designtræk ved RUB 1, og

således også af større betydning end snørelukningen. VRS-støvlen, som skøns-mændene stilmæssigt betegner som primært en praktisk gummistøvle, har ikke overtaget det designtræk fra RUB 1, som sålen udgør. Herefter og i øvrigt af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført, og som landsretten har tiltrådt, tiltræder Højesteret, at VRS-støvlen adskiller sig fra RUB 1 i et sådant omfang, at markedsføring af VRS-gummistøvlen ikke udgør en krænkelse af IJH's rettigheder efter markedsføringsloven.

Konklusion

IJH's påstand 1 og 2 afvises.

I øvrigt stadfæstes landsrettens dom.

THI KENDES FOR RET:

IJH A/S' påstand 1 og 2 afvises.

I øvrigt stadfæstes landsrettens dom.

I sagsomkostninger for Højesteret skal IJH A/S betale 75.000 kr. til Morsø Sko Import A/S.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.