



# SØ- OG HANDELSRETTEEN DELDOM

afsagt den 15. maj 2020

---

Sag BS-9667/2017-SHR

Rains ApS  
(advokat Kenneth Kvistgaard-Aaholm)

mod

Fashion Retail, S.A.  
(advokat Tobias Triton Frost)  
og  
Zara Danmark A/S  
(advokat Tobias Triton Frost)

Denne afgørelse er en delafgørelse efter retsplejelovens § 253, stk. 2, truffet af vicepræsident Claus Forum Petersen sammen med de sagkyndige medlemmer Lisbet Friis og Annette Juul.

## Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 27. april 2017, handler om, hvorvidt Fashion Retail, S.A.s og Zara Danmark A/S' (herefter samlet "Zara") markedsføring og salg af tre regnjakker krænker Rains ApS' (herefter "Rains") rettigheder efter ophavsretsloven og markedsføringsloven til to regnjakker, henholdsvis Long Jacket og Parka Coat.

Rains har nedlagt påstand om (påstand 1), at Fashion Retail, S.A. og Zara Danmark A/S forbydes at markedsføre, sælge samt importere produkterne som afbildet i bilag 14-16 i Danmark.

Zara har heroverfor principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Rains' påstand 2 om betaling af erstatning og vederlag er udskudt til senere behandling og afgørelse.

## **Oplysningerne i sagen**

### Sagens parter

*Rains* er en dansk virksomhed, der blev etableret i 2012, og som producerer og sælger moderne regntøj, der designes af selskabets medstifter og administrerende direktør Daniel Brix Hesselager.

Rains har efter det oplyste 4.600 forhandlere i 21 lande samt 31 egne konceptbutikker og 84 shop-in-shops.

Der er fremlagt tre online artikler fra medierne My Pleasure, Dansk Mode & Textil henholdsvis Århus Stiftstidende af 11. december 2012, 30. marts 2016 og 29. juni 2016, der omhandler Rains' vækst og succes samt etablering af konceptbutik i Aahus. Endvidere er fremlagt en udskrift fra Rains' Instagramprofil dateret 24. april 2017, der viser, at Rains i 2017 havde over 104.000 følgere på dette sociale medie.

*Zara* (Fashion Retail, S.A. og Zara Danmark A/S) er en del af den spanske multinationale modetøjskoncern Industria de Diseño Textil, S.A. (herefter "Inditex").

Zara Danmark A/S er et 100 % ejet datterselskab under Inditex. Selskabet varetager markedsføring og salg af modeprodukter under brandet "Zara" i Danmark.

Fashion Retail, S.A. markedsfører og sælger modeprodukter under brandet "Zara" i Danmark via webshoppen [www.zara.com/dk/](http://www.zara.com/dk/).

### Rains' Long Jacket

Rains' producerer, markedsfører og sælger regnjakken Long Jacket (style no. 1202).

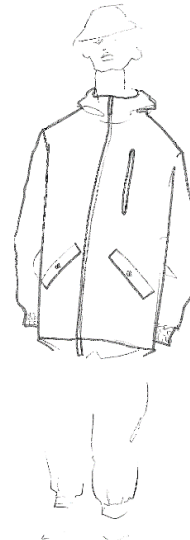
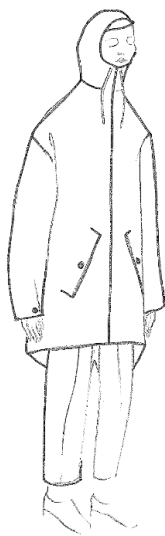
Der er blandt andet fremlagt følgende billeder af Rains' Long Jacket set forfra og bagfra:

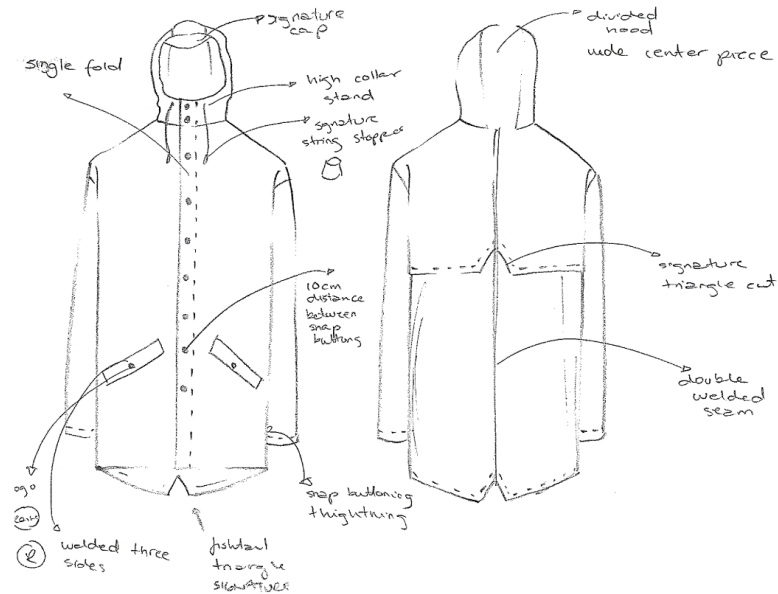


Den afbildede regnjakke er i sort, men Long Jacket sælges i flere farver.

Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af Long Jacket.

Til illustration af Daniel Brix Hesselagers skabelse af Long Jacket er fremlagt en række skitser udarbejdet af Daniel Brix Hesselager i 2012. Som eksempler gengives følgende:





Der er fremlagt et billede af første sample af Rains' Long Jacket fra 2012. Retten har under hovedforhandlingen også fået forevist første sample af Long Jacket.

Det er oplyst, at Long Jacket har været markedsført og solgt siden 2012. På et print fra Rains' webshop af 24. april 2017 ses Long Jacket udbudt til salg i Danmark.

### Rains' Parka Coat

Rains' producerer, markedsfører og sælger regnjakken Parka Coat (style no. 1233).

Der er blandt andet fremlagt følgende billeder af Rains' Parka Coat set forfra og bagfra:



Den afbildede regnjakke er i sort, men Parka Coat sælges i flere farver.

Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af Rains' Parka Coat.

Til illustration af Daniel Brix Hesselagers skabelse af Rains' Parka Coat er fremlagt en række skitser udarbejdet af Daniel Brix Hesselager i 2012. Som eksempler gengives følgende:



Det er oplyst, at Parka Coat har været markedsført og solgt siden 2015. På et print fra Rains' webshop af 24. april 2017 ses Parka Coat udbudt til salg i Danmark.

### Zaras tre regnjakker

Tvisten i sagen angår Zaras produktion, markedsføring og salg af tre regnjakker med artikelnumrene 0706/437, 0049/410 og 3286/300.

#### *Zara regnjakke art. 0706/437 ("jakke 14")*

Som bilag 14 er blandt andet fremlagt følgende billeder af Zaras regnjakke med artikelnummer 0706/437 (herefter "jakke 14") set forfra og bagfra.



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af "jakke 14".

Det er oplyst, at leverandøren af "jakke 14" er et tyrkisk selskab. Der er som dokumentation herfor fremlagt en ordrenota af 18. november 2015, hvoraf fremgår, at leverandøren af "jakke 14" er selskabet MRM Konfeksiyon San. VE Ticaret A.S. (herefter "MRM"), og at jakken er produceret i Kina. Om "Season" fremgår det af ordrenotaen: "S 2016".

#### *Zara regnjakke art. 0049/410 ("jakke 15")*

Som bilag 15 er blandt andet fremlagt følgende billeder af Zaras regnjakke med artikelnummer 0049/410 (herefter "jakke 15") set forfra og bagfra.



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af "jakke 15".

Det er mellem parterne enighed om, at "jakke 15" aldrig har været markedsført eller solgt i Danmark.

Der er fremlagt en ordrenota af 4. august 2015, hvorefter fremgår, at leverandøren af "jakke 15" er selskabet Shanghai W-Best Imp. & Exp. Co. Om "Season" fremgår det af ordrenotaen: "W 2015".

*Zara regnjakke art. 3286/300 ("jakke 16")*

Som bilag 16 er blandt andet fremlagt følgende billeder af Zaras regnjakke med artikelnummer 3286/300 (herefter "jakke 16") set forfra og bagfra.



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af "jakke 16".

Der er fremlagt skærmpoint af Zaras danske webshop af 24. april 2017, der viser, at "jakke 16" har været udbudt til salg i Danmark. En faktura af 29. januar 2017 til Daniel Brix Hesselager viser køb af to eksemplarer af "jakke 16".

Det er mellem parterne ubestridt, at "jakke 16" blev udbudt til salg i Danmark på tidspunktet for anlæggelsen af nærværende sag.

Der er fremlagt en ordrenota af 26. oktober 2016, hvoraf fremgår at leverandøren af "jakke 16" er selskabet Suzhou Depride Trading Co., Ltd.

### Regnjakker på markedet før 2012

Zara har fremlagt dokumentation for en række regnjakker, der var på markedet i Danmark før 2012, hvor Rains' Long Jacket og Parka Coat blev udviklet.

Fra de fremlagte bilag vedrørende regnjakker fra før 2012 gengives følgende:

#### *Stutterheim regnjakke*



Den afbildede regnjakke markedsføres i flere farver.

Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af regnjakken fra Stutterheim.



*Elka x Norse Projects regnjakke*



De afbildede regnjakker sælges i flere farver.

Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af regnjakken fra Elka i samarbejde med Norse Projects.

Regnjakker på markedet efter 2015

Zara har fremlagt bilag vedrørende en række regnjakker, der var på markedet i Danmark efter 2015, hvor Rains' Long Jacket og Parka Coat begge var på markedet. Blandt disse er ovennævnte regnjakker fra Stutterheim og Elka i samarbejde med Norse Projects. Herudover gengives følgende:

*Tretorn regnjakke*



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af regnjakken fra Tretorn.

*Vero Moda regnjakke*



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af regnjakken fra Vero Moda.

*Samsøe Samsøe regnjakke*



Det fremgår af bilaget, at regnjakken fra Samsøe og Samsøe ligesom Rains' regnjakker er lavet af 50 % polyurethane og 50 % polyester.

### Grunt regnjakke



Regnjakken fra Grunt er til børn. Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et fysisk eksemplar af regnjakken.

### Sammenligningsbilag

Begge parter har fremlagt oversigts-/ sammenligningsbilag til belysning af ligheder og forskelle mellem Rains' regnjakker og Zaras regnjakker. Bilagene anvendelighed / rigtighed er omtvistet.

Rains har i oversigtsbilag 22, 23 og 24 peget på en række designelementer med lighedspunkter og forskelle mellem Rains' og Zaras regnjakker, og Rains har op-listet designelementer, der udelukkende kan anses for at være af designmæssig karakter, og designelementer der tillige indeholder en funktion.

I bilag 22 er anført 17 designelementer fra Long Jacket, som efter Rains' opfattelse genfindes i Zaras jakke 14. Eksempler herpå er, at begge regnjakker har en tredelt hætte med et bredt mellemstykke samt et 20 mm. groft vævet nylon kantbånd i nakken. Det fremgår videre, at der er tre designelementer, hvorved regnjakkerne adskiller sig fra hinanden, herunder at Zaras jakke 14 ikke har en v-udskæring på jakkens bagside.

I bilag 23 er anført 22 designelementer fra Parka Coat, som efter Rains' opfattelse alle genfindes i Zaras jakke 15. Eksempler herpå er, at begge regnjakker har et todelt rygstykke og en vandret svejset løbebane på bagstykket i taljen. Der findes efter Rains' opfattelse ingen designelementer, hvorved Parka Coat og jakke 15 adskiller sig fra hinanden.

I bilag 24 er anført 27 designelementer fra Parka Coat, som efter Rains' opfattelse genfindes i Zaras jakke 16. Eksempler herpå er, at begge regnjakkers PU-materiale er tyndt (150 g/kvm.) og påsat en fint vævet sort polyesterbagside, og at begge regnjakker har dybe ærmer, som giver et "boxy" look. Videre fremgår, at de to jakker kun adskiller sig med ét designelement, idet jakke 16 har en anden type lynlås-puller.

Som bilag 19, 20 henholdsvis 21 har Rains fremlagt billeder, hvor Long Jacket ses over for jakke 14, Parka Coat over for jakke 15 og Parka Coat over for jakke 16.

Endeligt har Rains som bilag 42 og 43 fremlagt oversigter, der for Long Jacket henholdsvis Parka Coat skematisk viser, hvilke karakteristika fra disse Rains-regnjakker som genfindes i andre regnjakker på markedet, herunder Zaras jakke 14, jakke 15 og jakke 16.

Tilsvarende har Zara fremlagt bilag CD, CE henholdsvis CF, der billedligt viser Long Jacket over for jakke 14, Parka Coat over for jakke 15 og endeligt Parka Coat over for jakke 16. For hvert bilag er angivet en række elementer, hvorved Rains' regnjakker efter Zaras opfattelse adskiller sig fra Zaras regnjakker.

I bilag CD er blandt andet angivet, at jakkelommerne på Rains' Long Jacket er smallere og længere med anderledes knapper end på Zaras jakke 14. Videre, at Long Jacket har et v-cut i bunden af jakken, som ikke genfindes i jakke 14.

Af bilag CE fremgår blandt andet, at Rains' Parka Coat har et rygskjold, hvilket ikke genfindes i Zaras jakke 16, hvis bagside består af ét rygstykke.

Endeligt fremgår det af bilag CF blandt andet, at Rains' Parka Coat fremstår mat i materialet, mens Zaras jakke 16 fremstår blank.

Zara har yderligere fremlagt bilagene BN, BO, BL og BM, der billedligt viser diverse designelementer fra andre regnjakker på markedet før 2012 henholdsvis efter 2012 og 2015, som efter Zaras opfattelse genfindes i Rains' Long Jacket og Parka Coat.

#### Produktionen af Zaras regnjakker

Der er fremlagt en kinesisk købsaftale af 20. november 2015 samt en dansk oversættelse heraf vedrørende levering af en række beklædningsgenstande. Aftalen er indgået mellem selskabet Yangzhou Haiyun Garment Co., Ltd. som sælger og selskabet Zhejiang Jiatong Trading Co., Ltd. som køber. I forlængelse af købsaftalen er fremlagt to fakturaer af 21. december 2015 henholdsvis 12. januar 2016 udstedt af selskabet Hefei Guanyi Coating Co., Ltd.

Der er endvidere fremlagt billeder af en prøve af Zaras "jakke 14", der er produceret af det kinesiske selskab Yangzhou Sealuck Garments Co., Ltd.

### Øvrig dokumentation

Der er blandt andet fremlagt eksempler på Rains' markedsføring af regnjakkerne, herunder blandt andet katalogerne "Rains Journal, Issue 2013", "Rains Lookbook – 2014/2" og "Rains Lookbook SS15 Collection" samt udskrift fra Rains' officielle Instagram-profil, hvor Rains har knap 100.000 følgere.

### Syn og skøn

Der har i sagen været foretaget syn og skøn. Af skønsmanden, Christel Arneviks skønserklæringer af 2. januar 2019 og 16. april 2019 fremgår blandt andet følgende:

*Skønserklæring af 2. januar 2019:*

"...

#### **10. Spørgsmål fra [Rains]**

...

**Spørgsmål 1:** Skønsmanden bedes vurdere, om den af Daniel Brix Hesselager designede regnjakke benævnt Long Jacket, som afbilledet i sagens bilag 1, fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

#### **Svar på spørgsmål 1:**

Regnjakken *Long Jacket* er bygget op omkring allerede eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj så som: hætte, snører, regulering vha. af knapper, vandtæt materiale, lommeklapper og svejsninger.

Dette er normalt indenfor beklædningsdesign, som ofte bygger på traditioner og forhåndenværende design – i særdeleshed inden for funktionstøj.

Hvad der kan gøre beklædningsdelen unik og fremstå som eget fremkommet design er anvendelsen og kombinationen af de kendte elementer, deres placering og proportioner, anvendelser af elementer fra andre klassiske beklædningsdele og ikke mindst materialevalget.

...

Min vurdering er, at Daniel Brix Hesselager har valgt og fravalgt detaljer fra allerede eksisterende regntøj, og at det designmæssig valg af 'v-cut' (taget fra den klassiske Parka Coat) nederst på bagstykket ikke udgør nogen overordnet væsentlig designmæssig frembringelse i jakkens helhed.

**Spørgsmål 2:** Skønsmanden bedes vurdere, om den af Daniel Brix Hesselager designede regnjakke benævnt Parka Coat, som afbilledet i sagens bilag 2, fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

#### **Svar på spørgsmål 2:**

Regnjakken *Parka Coat* er bygget op omkring allerede eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj så som: hætte, snører, regulering vha. af knapper, vandtæt materiale, lommeklapper og svejsninger. Silhuetten er der ud over taget fra den klassiske *Parka Coat*, som blev udviklet af den amerikanske hær til krigen i Korea.

Dette er normalt indenfor beklædningsdesign, som ofte bygger på traditioner og forhåndenværende design – i særdeleshed inden for funktionstøj.

Hvad der kan gøre beklædningsdelen unik og fremstå som eget fremkommet design er anvendelsen og kombinationen af de kendte elementer, deres placering og proportioner, anvendelser af elementer fra andre klassiske beklædningsdele og ikke mindst materialevalg.

...

Min vurdering er, at Daniel Brix Hesselager har valgt og fravalgt detaljer fra den allerede eksisterende *Parka Coat* og eksisterende regntøj, men modsat *Long Jacket* har han ved at re-designe *Parka Coat*'s 'fishtail' tilføjet en væsentlig designdetalje, som fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

**Spørgsmål 3:** Såfremt skønsmanden besvarer spørgsmål IS helt eller delvist bekræftende bedes skønsmanden oplyse for hver af de detaljer, som skønsmanden har vurderet er 'funktionelt bestemte', om de udelukkende eller kun delvist er bestemt af funktionen, herunder bedes specificeret om den samme funktion kunne være opnået gennem en anden udseendemæssig løsning.

### Svar på spørgsmål 3:

**IA,** lommer er af funktionel karakter og at skråtstille dem, gør det nemmere at anvende dem. Lommeklapperne kunne også være rektangler og have været påsat vandret.

**IB,** svejsning/syning af tre sider af lomme (-klappen) mindsker sandsynligheden, for at regn kommer ind i lommen, og fremstår som udelukkende funktionel. Lomme-klappen kan godt syes/svejses på bare én eller to sider, men funktionaliteten vedr. undgåelse af regnvand i lommer mindskes.

**ID,** regulering af ærmet vha. knapper giver øget fleksibilitet og fungerer som vind- og vandstopper. Reguleringen er udelukkende funktionel. Samme regulering kunne være opnået gennem f.eks. brug af velcro.

**IE,** vandtætte folie-lynlåse er udelukkende af funktionel karakter, da de holder regnvandet ude. Alternativt kunne lynlåsen ligge forskudt bag et overfald for at afhjælpe mod regnvand.

**IF,** lynlåse med stålpuller og/eller nylontænder er af funktionel karakter, og letter åbning/lukning af lomme mens både holdbarhed og mindsket vægt bevares. Lynlåsen kunne også have ståltænder eller nylon-puller. Her kunne der også bruges f.eks. velcro bag overfald, men funktionaliteten af hurtig tilgang mindskes kraftigt.

**IG,** lommeklapper med knaplukning dækker selve lommens indgang og holder regnvand ude. 'V'-formen gør den nemmere at få fat i. Lommeklapperne kunne

fremstå rektangulære og uden knaplukning, men selve klappen kan ikke så nemt erstattes.

**IH**, oversize kroppe og fyldige ærmer kan være af funktionel karakter, da det giver øget plads til at have f.eks. en sweater under. Oversize kroppe og fyldige ærmer kan også være af designmæssig karakter. Den ekstra plads kan ikke skabes på anden måde.

**IJ**, taljesnører er af funktionel karakter, da det i overtøj anvendes til at holde vind ude og varme inden i tøj. Elastik i taljen kunne erstatte indsnøringsfunktionen, men den ville ikke være regulerbar.

**IK**, snørestoppere er udelukkende af funktionel karakter, så snøreren ikke glider ind i løbegangen. Man kunne alternativt binde en knude for enden af snøren.

**IL**, varmemfastgjorte vandtætte lynlåse er udelukkende af funktionel karakter, da man undgår at perforere stoffet med stikkesting og sparer omkostningerne ved at skulle forsegle hullerne efterfølgende med svejsning/tape.

**IM**, tekstil af 50%polyurethane/50% polyester bruges udelukkende for sin funktionelle egenskab af at holde vand ude. Andre vandtætte materialer kunne anvendes f.eks. PVC.

**IN**, tredelt tilskæring af hætte giver bedre pasform og hjælper således med at holde regnvand og vind ude. Todelte hætter kan bruges med mindsket men dog stadig god funktion.

**IO**, snørekanal i hætter er af udelukkende funktionel karakter, da de hjælper med at holde regnvand/vind ude og varme inde. Der findes ikke andre gode funktioner her.

**IP**, skygge tilføjet hætte er af funktionel karakter, da den hjælper med at holde regnen væk fra hovedet. Der findes ikke andre lignende funktioner. Skyggen kan tilføjes designmæssigt, men den vil stadig være funktionel.

**Spørgsmål 4:** Såfremt skønsmanden besvarer spørgsmål IT bekræftende bedes skønsmanden oplyse, hvorledes sandsynligheden er vurderet samt hvad skønsmanden nærmere lægger i begrebet 'sandsynligt'. Skønsmanden bedes endvidere redegøre for, hvor stor en andel af de i spørgsmål IA-IR nævnte detaljer, skønsmanden vurderer, der skal til for at udgøre 'en væsentlig del'. Endelig bedes skønsmanden oplyse, om skønsmanden er bekendt med regnjakker, der indeholder alle eller en væsentlig del af de nævnte detaljer og som stammer fra før 2012.

#### **Svar på spørgsmål 4:**

Regnjakken *Long Jacket* er bygget op omkring allerede eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj så som: hætte, snører, regulering vha. af knapper, vandtæt materiale, lommeklapper og svejsninger.

Dette er normalt indenfor beklædningsdesign, som ofte bygger på traditioner og forhåndenværende design – i særdeleshed inden for funktionstøj.

Hvad der kan gøre beklædningsdelen unik og fremstå som eget fremkommet design er anvendelsen og kombinationen af de kendte elementer, deres placering og proportioner, anvendelser af elementer fra andre klassiske beklædningsdele og ikke mindst materialevalget.

Da Daniel Brix Hesselager ikke dokumenterer selv at have udviklet det anvendte materiale, må valget af materialet også anses som være baseret på allerede eksisterende, og derfor også noget andre designere kan 'source'.

Min vurdering er, at Daniel Brix Hesselager har valgt og fravalgt detaljer fra allerede eksisterende regntøj, og at det designmæssig valg af 'v-cut' (taget fra den klassiske Parka Coat) nederst på bagstykket ikke udgør nogen overordnet væsentlig designmæssig frembringelse i jakkens helhed.

Min mangeårige erfaring inden for beklædning (23 år som underviser) siger mig, at det er meget sandsynligt, at en anden designer kunne være kommet frem til samme resultat. Det er adskillige gange set, at designere udkommer med stort set identisk design, da moden afspejler en tendens – en gennemgribende trend som f.eks. retro og udendørsliv. Det er meget svært at være unik, når man bevæger sig så tæt op ad klassikere som DBH gør, og andre designere vil derfor kunne få samme ideer og komponere lignende regntøj ud fra det forhåndenværende inspirationsmateriale og materialeudbud.

De væsentlige dele udgøres af: silhuet, lommer, hætte, lukninger og materiale.

Jeg er ikke bekendt med regnjakker fra før 2012 som består af alle de væsentlige dele, men en del af elementerne er kendte: silhuet, tredelt hætte, skrålommer, trykknapper, regulerbare ærmer, løbegange og snører, bærestykke og ventilationshuller under.

Da jeg ikke entydigt har afkræftet IT vedr. Parka Coat, har jeg tilføjet følgende:

Regnjakken *Parka Coat* er bygget op omkring allerede eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj så som: hætte, snører, regulering vha. af knapper, vandtæt materiale, lommeklapper og svejsninger. Silhuetten er der ud over taget fra den klassiske Parka Coat, som blev udviklet af den amerikanske hær til krigen i Korea.

Dette er normalt indenfor beklædningsdesign, som ofte bygger på traditioner og forhåndenværende design – i særdeleshed inden for funktionstøj.

Hvad der kan gøre beklædningsdelen unik og fremstå som eget fremkommet design er anvendelsen og kombinationen af de kendte elementer, deres placering og proportioner, anvendelser af elementer fra andre klassiske beklædningsdele og ikke mindst materialevalget.

Da Daniel Brix Hesselager ikke dokumenterer selv at have udviklet det anvendte materiale, må valget af materiale også anses som være baseret på allerede eksisterende, og derfor noget andre designere kan 'source'.

Min vurdering er, at Daniel Brix Hesselager har valgt og fravalgt detaljer fra den allerede eksisterende Parka Coat og eksisterende regntøj, men modsat Long Jacket



har han ved at re-designe Parka Coatens 'fishtail' tilføjet en væsentlig designdetalje, som fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

Min mangeårige erfaring inden for beklædning (23 år som underviser) siger mig, at det er mindre sandsynligt, at en anden designer kunne være kommet frem til helt samme resultat. Det er adskillige gange set, at designere udkommer med stort set identisk design, da moden afspejler en tendens – en gennemgribende trend som f.eks. retro og udendørsliv. Det er meget svært at være unik, når man bevæger sig så tæt op ad klassikere som DBH gør og benytter sig af forhåndenværende inspirationsmateriale og materialeudbud. På trods af de klassiske islæt i Parka Coat, så gør re-designet af 'fishtail' (som fjerner al funktionalitet og rent tilskæringsmæssigt kan ses som en fejl) sandsynligheden mindre for, at en anden designer kunne være kommet op med samme ide.

**Spørgsmål 5:** Såfremt skønsmanden besvarer spørgsmål IU bekræftende, bedes skønsmanden oplyse, hvilke produkter skønsmanden har lagt til grund for svaret.

**Svar på spørgsmål 5:**

Jf. de mange forskellige udgaver af regntøj som ses i bilagene A, B, H, J, K, M og N, må det anses for værende sædvanligt at bymennesker bar regnjakker designet i en klassisk og minimalistisk stil med et moderne touch da Long Jacket og Parka Coat blev lanceret i 2012.

**11. Spørgsmål fra [Zara]**

...

**Spørgsmål IS:** Skønsmanden bedes vurdere, om en eller flere af de i spørgsmål IA-IR omhandlede detaljer må anses for funktionelt bestemte. Besvares spørgsmålet bekræftende, bedes skønsmanden oplyse, hvilke detaljer, som er funktionelt bestemte. Besvares spørgsmålet benægtende, bedes skønsmanden beskrive, hvori det designmæssige, frie og kreative valg ligger, og hvorfor dette ikke kan anses for funktionelt bestemt.

**Svar på spørgsmål IS:**

**Jeg vurderer at følgende detaljer må anses for værende af funktionel karakter:**

**IA,** lommer er af funktionel karakter og at skråtstille dem, gør det nemmere at anvende dem.

**IB,** svejsning/syning af tre sider af lomme (-klappen) mindsker sandsynligheden, for at regn kommer ind i lommen.

**ID,** regulering af ærmet vha. knapper giver øget fleksibilitet og fungerer som vind- og vandstopper.

**IE,** vandtætte folie-lynlåse er af funktionel karakter, da de holder regnvandet ude.

**IF,** lynlåse med stålpuller og/eller nylontænder er af funktionel karakter, og letter åbning/lukning af lomme mens både holdbarhed og mindsket vægt bevares.

**IG**, lommeklapper med knaplukning dækker selve lommens indgang og holder regnvand ude. 'V'-formen gør den nemmere at få fat i.

**IH**, oversize kroppe og fyldige ærmer kan være af funktionel karakter, da det giver øget plads til at have f.eks. en sweater under. Oversize kroppe og fyldige ærmer kan også være af designmæssig karakter.

**IJ**, taljesnører er af funktionel karakter, da det i overtøj anvendes til at holde vind ude og varme inden i tøjet.

**IK**, snørestoppere er af funktionel karakter, så snørerer ikke glider ind i løbegangen.

**IL**, varmekfastgjorte vandtætte lynlåse er af funktionel karakter, da man undgår at perforere stoffet med stikke sting og sparer omkostningerne ved at skulle forsegle hullerne efterfølgende med svejsning/tape.

**IM**, tekstil af 50% ployurethane/50% polyester bruges for sin funktionelle egenskab af at holde vand ude.

**IN**, tredelt tilskæring af hætte giver bedre pasform og hjælper således med at holde regnvand og vind ude.

**IO**, snørekanal i hætter er af funktionel karakter, da de hjælper med at holde regnvand/vind ude og varme inde.

**IP**, skygge tilføjet hætte er af funktionel karakter, da den hjælper med at holde regnen væk fra hovedet.

**Jeg vurderer at følgende detaljer må anses for værende af designmæssig karakter:**

**IQ**, logoknapper er af designmæssig karakter fremkommet gennem frie og kreative valg og uden anden funktion en den som knappen har.

**IR**, hvis der med 'v-cut' i bunden af jakker beskrives funktionsdetaljen 'fishtail', som oprindeligt er opstået som en funktion, hvorved man får mulighed for at binde hhv. højre og venstre side af jakken rundt hvert ben, og på den måde holde sne, vand og vind ude og varmen inde i tøjet (oprindeligt designet af den amerikanske hær til soldater i Korea-krigen)

'V-cut' i bunden af Long Jacket har ikke denne funktion, og må derfor anses for at være af designmæssig karakter.

'V-cut' i bunden af Parka Coat har ikke denne funktion, og må derfor anses for at være af designmæssig karakter. Den isyede trekant i 'v-cut' fremstår udelukkende som et designmæssigt re-design.

**Spørgsmål IT:** Skønsmanden bedes oplyse, om det er sandsynligt, at en anden selvstændigt kunne have designet en regnjakke indeholdende alle eller en væsentlig del af de detaljer, som er nævnt i spørgsmål IA-IR

**Svar på spørgsmål IT:**

Med udgangspunkt i Long Jacket er det sandsynligt, at en anden selvstændigt kunne have designet en regnjakke indeholdende alle eller en væsentlig del af de detaljer, som er nævnt i spørgsmål IA-IR.

Med udgangspunkt i Parka Coat er det mindre sandsynligt, at en anden selvstændigt kunne have designet en regnjakke indeholdende alle eller en væsentlig del af de detaljer, som er nævnt i spørgsmål IA-IR. Det afgørende punkt er den frie og kreative ændring af den klassiske 'fishtails' udseende og dermed funktion. Indenfor klassisk tilskæring vil betegne lukningen af 'fishtailen' som en fejl, men indenfor den kreative designproces bliver det til et element, der fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

**Spørgsmål IU:** Skønsmanden bedes vurdere, om det kan anses at have været sædvanligt på tidspunktet for lanceringen af Long Jacket (bilag 1) og Parka Coat (bilag 2) i 2012, at bymennesker bar regnjakker designet i en klassisk og minimalistisk stil med et moderne touch.

**Svar på spørgsmål IU:**

Med udgangspunkt i bl.a. bilagene A, B, J, K og M kan det anses at have været sædvanligt på tidspunktet for lanceringen af Long Jacket (bilag 1) og Parka Coat (bilag 2) i 2012, at bymennesker bar regnjakker designet i en klassisk og minimalistisk stil med et moderne touch.

..."

*Supplerende skønserklæring af 16. april 2019:*

"...

**8. Supplerende spørgsmål fra [Rains]**

...

**Spørgsmål SS 1:** Skønsmanden oplyser vedrørende Long Jacket ved besvarelsen af spørgsmål 4, at det "er meget sandsynligt, at en anden designer kunne være kommet frem til samme resultat".

Skønsmanden bedes redegøre nærmere herfor. Skønsmanden bedes herunder oplyse, om denne vurdering er udtryk for,

- (i) at en anden designer kunne være nået til en regnjakke bygget op omkring eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj så som hætte, snører, regulering vha. knapper, vandtæt materiale, lommeklapper og svejsninger, eller
- (ii) at en anden designer 'meget sandsynligt' kunne være nået til et identisk design med en sammenstilling af alle de enkeltelementer, som er identiske med dem, der er fremhævet i spørgsmålene IA-IR.

**Svar på spørgsmål SS 1:**

Uddybning af tidligere fremsendt svar:

Long Jacket er bygget op af klassiske regntøjs-elementer, som også anvendes af andre regntøjsproducenter, se bl.a. bilag: B, H, J, K, L, M og N. Long Jacket er designmæssigt hverken innovativ eller bryder med kendte designtiltag, og Long Jacket lægger sig op ad en allerede eksisterende trend, jf. førnævnte bilag. Som designer og underviser af designstuderende gennem mere end 20 år ser jeg igen og igen, hvordan både andre designere og studerende kan udkomme med designideer der lægger sig meget eller helt tæt op ad andres designideer, dette forekommer oftest når det drejer sig om klassisk beklædning.

Min vurdering af Long Jacket er, sidestillet med det for mig fremlagte bilagsmateriale, at Long Jacket er designet med baggrund i klassiske regnjakker og uden ekstraordinære elementer, hvilket derfor gør det sandsynligt, at en anden designer med inspiration fra allerede eksisterende regntøj kunne frembringe et lignende design indeholdende *alle eller væsentlige detaljer*.

Min vurdering er baseret på de specifikke enkeltelementer som er fremhævet i IA-IR men inkluderende: *alle eller væsentlige detaljer*. Jeg kan derfor ikke svare (i) eller (ii)

Det er min[...] vurdering, at det er mindre sandsynligt, at en anden designer ville kunne opnå et identisk design som indeholder alle enkeltelementer i Long Jacket.

**Spørgsmål SS 2:** For hver af de enkelte elementer i spørgsmålene IA-IR, som skønsmanden ved besvarelsen af spørgsmål IS og spørgsmål 3 har vurderet er 'funktionelt bestemte', bedes skønsmanden redegøre for, om elementerne, uanset deres funktion, er udtryk for et designmæssigt valg i den forstand, at Daniel Brix Hesselager havde andre udseendemæssige løsningsmuligheder, der kunne have løst samme funktion.

**Svar på spørgsmål SS 2:**

**IA,** lommer er af funktionel karakter og at skrånstille dem, gør det nemmere at anvende dem. DBH kunne have designet andre lommer, som havde løst opbevaringsfunktionen.

**IB,** svejsning/syning af tre sider af lomme (-klappen) mindsker sandsynligheden, for at regn kommer ind i lommen. DBH kunne have vagt et andet design, men nedsat funktionen mht. at holde vand ude.

**ID,** regulering af ærmet vha. knapper giver øget fleksibilitet og fungerer som vind- og vandstopper. DBH kunne have valgt en anden løsning, som ville have haft samme funktion.

**IE,** vandtætte folie-lynlåse er af funktionel karakter, da de holder regnvandet ude. DBH kunne have valgt en anden lynlås, som ikke holder regnvand ude.

**IF,** lynlås med stålpuller og/eller nylontænder er af funktionel karakter, og letter åbning/lukning af lomme mens både holdbarhed og mindsket vægt bevares. DBH kunne have valgt en anden lynlås med anden puller og/eller tænder.

**IG,** lommeklapper med knaplukning dækker selve lommens indgang og holder regnvand ude. 'V'-formen gør den nemmere at få fat i. DBH kunne have designet en anden lommeklap med samme funktion.

**IH**, oversize kroppe og fyldige ærmer kan være af funktionel karakter, da det giver øget plads til at have f.eks. en sweater under. Oversize kroppe og fyldige ærmer kan også være af designmæssig karakter. DBH kunne have designet en smallere model, men ikke haft ovennævnte funktion bevaret.

**IJ**, taljesnører er af funktionel karakter, da det i overtøj anvendes til at holde vind ude og varme inden i tøjet. DBH kunne have valgt en anden løsning så som elastik for at opnå samme funktion.

**IK**, snørestoppere er af funktionel karakter, så snøreren ikke glider ind i løbegangen. DBH kunne have valgt en anden løsning så som en knude.

**IL**, varmemfastgjorte vandtætte lynlåse er af funktionel karakter, da man undgår at perforere stoffet med stikke sting og sparer omkostningerne ved at skulle forsegle hullerne efterfølgende med svejsning/tape. DBH kunne have valgt en anden løsning.

**IM**, tekstil af 50% ployurethane/50% polyester bruges for sin funktionelle egenskab af at holde vand ude. DBH kunne have valgt et andet materiale og stadig bibeholdt funktionen.

**IN**, tredelt tilskæring af hætte giver bedre pasform og hjælper således med at holde regnvand og vind ude. DBH kunne have valgt en anden tilskæring af hættens og stadig haft funktionen.

**IO**, snørekanal i hætter er af funktionel karakter, da de hjælper med at holde regnvand/vind ude og varme inde. DBH kunne have valgt ikke at have snører i - men så mistet funktionen.

**IP**, skygge tilføjet hætte er af funktionel karakter, da den hjælper med at holde regnen væk fra hovedet. DBH kunne have valgt ikke at tilføje skygge.

**Spørgsmål SS 3:** Skønsmanden bedes oplyse, om skønsmanden ved besvarelsen af spørgsmål 1 og 2 har tillagt det betydning, at Daniel Brix Hesselager ikke har dokumenteret, at han selv har udviklet materialet?

**Svar på spørgsmål SS 3:**

Manglende dokumentation af materialeudvikling er ikke tillagt betydning. Kommentaren skyldes udelukkende, at jeg ikke kan referere til noget bilag, som jeg har gjort vedr. de andre enkeltelementer i Long Jacket.

**Spørgsmål SS 4:** Skønsmanden bedes oplyse, om skønsmanden ved besvarelsen af spørgsmål 1 og 2 har lagt til grund, at design af tøj, der alene består af en sammenstilling af allerede kendte elementer, ikke kan være udtryk for designerens 'egen intellektuelle frembringelse'.

Min vurdering beror på en designmæssig tilgang, hvor en klassisk brug af klassiske enkeltelementer får det færdige produkt til at fremstå som en gengivelse af allerede eksisterende produkter, og dermed ikke som en 'egen intellektuel frembringelse'. Tøj der alene består af en sammenstilling af allerede kendte elementer kan være udtryk for designerens 'egen intellektuelle frembringelse', hvis designeren formår at skabe et produkt, som ikke ligner allerede eksisterende produkter.

...

**Spørgsmål SS 5: ...**

Skønsmanden bedes oplyse, om skønsmanden har kendskab til andre regnjakker, som var på markedet forud for Daniel Brix Hesselagers skabelse af Long Jacket og Parka Coat, og som omfatter alle eller en betydelig del af de enkeltelementer, som Daniel Brix Hesselager har anvendt i Long Jacket og Parka Coat.

...

**Svar på spørgsmål SS 5:**

Nej, jeg har ikke kendskab til andre regnjakker med alle eller en betydelig del af de enkeltelementer, ud over de nævnte mærker.

..."

Sagkyndige erklæringer fremlagt af parterne

Rains har fremlagt en erklæring fra industriel designer Karin Schou Andersen afgivet den 15. februar 2017 i forbindelse med en forudgående retssag om krænkelse af blandt andet Rains' Long Jacket.

Af erklæringen, der udover jakken Long Jacket også angår Rains' produkt "Jacket", fremgår blandt andet følgende:

"...

Rains Jakker har følgende karakteristika:

Jakkerne har et meget minimalistisk designudtryk med en klar reference til forrige århundredes olietøj, som oprindeligt blev skabt som overtøj for især fiske- og havindustrien, og som også blev mange danskeres regntøj i sidste halvdel af 1900-tallet både til arbejde og fritid.

Overordnet fremstår Rains jakkerne enkle, klassiske og samtidig helt moderne og med en særlig underspillet karakter. Det er kombinationen af det nutidige materiale (50 % polyurethan, 50 % polyester), det "simple" klassiske snit og de meget få, men karakteristiske detaljer, som rammer noget på én gang autentisk fra fortiden og råt og moderne.

Det vil bl.a. sige materialets bløde, matte gummiagtige karakter i kombination med jakkesnit og -designs uden mange af de funktionelle og smarte detaljer, som kendes fra meget, moderne udendørstøj.

Mere specifikt kendetegnes jakkerne ved en simpel tryklåslukning foran og ingen lynlås!

2 lommer midt foran med skråtstillet lommelukning. Lommeoverfald, svejst på 3 sider og med tryklås.

Ærmer som er skåret lige over ved handledet, og som dog kan reguleres med en enkelt tryklås.

Hætte med kasketskygge og snoreregulering, som er en bomuldssnor med en simpel metalknudeskjuler.

Rygstykke og 2 stk. 3-kantede udskæringer på bagsiden (fish-tails).

Jakkerne vurderes at have ramt et design, som var og er unikt og moderne, fordi det sammenstiller følgende både klassiske kendte elementer med nyt:

Det "simple" snit med enkelte, markante detaljer (skråtstillede lommer, hætte med skygge, rygstykke og fish-tails), tryklåse, snorelukning, materialet.

Designet rammer en stil til bymennesker, som signalerer "land", "skov", "det ægte", "det simple liv" m.m.

Fremstillingsmaterialet signalerer noget rå og gummiagtigt mere end regntøj.

Dermed vurderes Rains' regnjakker Jacket og Long Jacket at være udtryk for en selvstændig skabende indsats.

..."

Zara har fremlagt en erklæring fra arkitekt og designer Susse Fischer afgivet den 27. november 2017 i forbindelse med nærværende sag.

Af erklæringen fremgår blandt andet følgende:

" ...

### **Rains Long Jacket Style no. 1202**

...

#### **3 Materiale**

Jakken er fremstillet af 50 % polyurethane og 50 % polyester. Materialet er let, blødt, med mat overflade og er vand- og vindtæt. Jakken vejer ca. 460 gr. Materialet til brug indenfor beklædningsindustrien bliver bragt på markedet i 1950'erne. Det er gennem tiden blevet raffineret og forbedret, og er i dag et almindeligt anvendt materiale til regntøj, hvilket indikerer at da Rains' produkter blev designet og lanceret i 2012, var det et kendt og ofte anvendt materiale på markedet ...

...

#### **6 Sammenlignelighed med andre tilsvarende produkter fra før 2012:**

Kombinationen polyurethan og polyester anvendes før 2012 i forskellige procentuelle forhold fra 100/100, 50/50 og 20/80 %, alt afhængigt af hvilken vægt, smidighed og slidstyrke i overfladen producenten ønsker. Det er kombinationen af overfladecoatningen og textilet, der er den væsentlige faktor og ikke spørgsmålet om, i hvilken procentfordeling man har anvendt kombinationen. Det man opnår ved at anvende kombinationen af polyurethan og polyester er at man får et såkaldt 'light weight' produkt. Kombinationen af polyurethan og polyester der er anvendt i Rains produkter, anvendes i tilsvarende produkter på markedet før 2012. F.eks. Arholma ... og Kapellgrän ... modellerne fra Stutterheim 2011 og i RAIN 01 fra Ilse Jacobsen fra 2011 ...

Overslag ses f.eks. på Elka, Norse Projects Raincoat 2009 ... og Issey Miyake Windcoat 2010 ...

Slids for neden på ryggen ses også i Nike Sportswear M51 Parka fra 2009 ...

...

#### **7 Konklusion**

...

Der er ikke noget nyskabende, originalt eller innovativt hverken i kombinationen af detaljer eller i materialet, og der er ikke tilføjet nye elementer, som støtter, at der er tale om et selvstændigt skabende værk.

Det er på ovenstående baggrund min vurdering og konklusion, at Rains' Long Jacket Style no. 1202 ikke er udtryk for en selvstændigt skabende indsats eller en egen intellektuel frembringelse.

**Rains Parka Coat Style no. 1233**

...

**7 Konklusion**

Rains' Parka Coat Style no. 1233 er som Long Jacket Style no. 1202 et enkelt, stilrent, veludført produkt i en god kvalitet og forarbejdning og sammensat af få detaljer. Her gør det samme sig gældende, som for Long Jacket. Bortset fra en flap over lynlåsen, er alle detaljerne elementer, der allerede findes i tilsvarende produkter på markedet før 2012, hvor Parka Coat lanceres. Materialet har været kendt og anvendt gennem en lang årrække i tekstilindustrien.

Der er ikke noget nyskabende, originalt eller innovativt hverken i kombinationen af detaljer eller i materialet, og der er ikke tilføjet nye elementer, som plæderer for, at der er tale om et selvstændigt skabende værk.

Det er på ovenstående baggrund min vurdering og konklusion, at Rains' Parka Coat Style no. 1233 ikke er udtryk for en selvstændigt skabende indsats eller en egen intellektuel frembringelse.

..."

## **Forklaringer**

Der er afgivet forklaring af skønsmand Christel Arnevik, Daniel Brix Hesselager, Mr. Wu Xinqiang, Mr. Menahem Behmoaras, Thomas Klausen og Christian Mai-bom.

Skønsmand Christel Arnevik har vedstået skønserklæringerne af 2. januar 2019 og 16. april 2019 og supplerende forklaret blandt andet, at hun er uddannet inden for mode fra Designskolen Kolding. Hun har undervist på skolen siden 1996. Hun er i dag fastansat og ansvarlig for progression i modeuddannelsen. Hun har blandt andet arbejdet med formgivning og print inden for tøjproduktion.

Rains' Long Jacket læner sig op ad en allerede eksisterende trend, hvilket man kan se på baggrund af bilagene med øvrige regnjakker. Flere designere har valgt at udforme regnjakker på samme vis, og Long Jacket ligger i forlængelse af denne tendens. Hun er ikke klar over, om Daniel Brix Hesselager havde kendskab til de øvrige regnjakker, vist i de fremlagte bilag, herunder regnjakken fra Elka i samarbejde med Norse Projects eller regnjakken Stutterheim, da han udviklede Long Jacket.

Det er sandsynligt, at en anden designer kunne være fremkommet med samme designudtryk som Long Jacket, idet regnjakken er udviklet på baggrund af klas-



siske og genkendelige elementer. Når en designer arbejder med klassiske elementer, er det vanskeligt at frembringe et design, der kan anses for at være et resultat af ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.

Med hensyn til, om designelementerne på Long Jacket kan anses for at være af funktionel karakter, har hun supplerende forklaret, at et todelt rygstykke ikke nødvendigvis er af funktionel karakter, men rygstykket kan have en besparelsesfunktion eller have betydning for designets form.

Oversize og/eller firkantede lommer anses for værende af funktionel karakter, idet oversize muliggør, at man kan have mere tøj under regnjakken, og med firkantede lommer kan man opbevare genstande.

V-cut'et bag på Rains' Long Jacket har ikke umiddelbart nogen funktion. Et v-cut har først en funktion, når det udarbejdes som en klassisk "fishtail". Detaljen har ikke en funktion sammenlignet med en slids i en stram kjole.

Det er mindre sandsynligt, at en anden designer kunne være fremkommet med samme designresultat som resultatet på Rains' Parka Coat. Det er tilskæringsmæssigt og konstruktionsmæssigt en fejl at tilføre stof mellem "fishtail"-detaljen to ender.

Rains' Parka Coat ligner meget den originale Parka-frakke, der blev anvendt i Korea-krigen, og Parka-frakker er altid påført den klassiske "fishtail"-ende. På Rains' Parka Coat har man fjernet den klassiske "fishtail"-detaljes oprindelige funktion. Formålet med "fishtail"-elementet er, at man med snøren i frakkens endekant kan binde frakkens ender om hvert ben. Når man på Rains' Parka Coat har tilføjet stof mellem "fishtail"-detaljens to ender, fjerner man denne oprindelige funktion, hvilket designmæssigt er særligt.

"Fishtail"-detaljen på Rains' Parka Coat er udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse, og hun har ikke set en lignende detalje før. Daniel Brix Hesselagers tilføjelse af "fishtail"-detaljen bevirker derimod ikke, at Rains' Parka Coat i sin helhed fremstår som designerens egen intellektuelle frembringelse.

Det er ikke muligt at angive noget antal af designmæssige detaljer, der hver især er udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse, som Rains' Parka Coat skulle være påført, for at regnjakken som helhed kunne anses som værende udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse. Det kan i teorien være ét designelement, f.eks. en speciel ærmeudformning, der ændrer hele frakkens udtryk.

Daniel Brix Hesselager har forklaret, at han er uddannet fra tekstil- og produktionskolen TEKO i Herning med speciale i møbeldesign og interiør. Han har derudover en bachelor i branding og marketing management.

Rains er en dansk producent af moderne regntøj. Virksomheden startede i en garage i 2012 og er i dag Europas største producent af PU-regntøj og PU-tasker.

Idéen bag Rains var at lave stilrene produkter i lækre og coatede millimetervarer. Han og de øvrige stiftere fornyede og innoverede en gammeldags materialeteknik, som de bragte ind i en ny sammenhæng for at skabe et unikt produkt.

Rains' koncept tager udgangspunkt i en nyfortolkning af den klassiske regnjakke, som har udmøntet sig i Rains' Long Jacket. På denne baggrund har Rains skabt en niche af retro regntøj, og virksomheden er i dag markedsledende.

Rains valgte regntøj som produkt på grund af det visuelle og nye udtryk, som Rains kunne skabe ved at forme coatet materiale. Det tiltalte Rains at skabe et praktisk relevant produkt, der var blevet forfinet og havde et moderne udseende. Det var det unikke produkt, der var incitamentet bag stiftelsen af Rains.

Stifterne havde ingen ekspertise inden for regntøj, og de undersøgte derfor markedet og kunne konstatere, at der ikke fandtes PU-regntøj inden for modesegmentet.

Rains' regnjakker er tiltænkt bymennesket, der skal fra én lokation til en anden. Jakkerne er derfor organiske og mindre hårdføre sammenlignet med egentligt performance wear.

Han designede både Rains' Long Jacket og Parka Coat i 2012, og han har tegnet alle dele af jakkerne selv. Nogen af regnjakkernes tekniske løsninger er lavet i samarbejde med producenten bag jakkerne.

Rains' stiftere havde mange idéer til produkter, som de ønskede at lancere i 2012. Det var for kompliceret at lancere samtlige produkter på én gang, og Long Jacket blev Rains' første produkt på markedet. Med udgangspunkt i Long Jacket's udtryk designede han andre produkter, som skulle appellere til forskellige kundetyper.

En stor del af designprocessen bag Long Jacket handlede om skabe et produkt med genkendelige og tydelige retro-referencer. Jakken skulle samtidig være nytænkt og lidt naiv i sit udtryk. Det handlede for ham om at fravælge elementer i stedet for at gøre produktet elegant og ekstravagant. Han ville undgå at jakken blev for sporty.

Designskitserne af Long Jacket afspejler ikke hele designprocessen, men illustrerer et udsnit af processen. Skitserne viser i grove træk, i hvilken retning han designmæssigt ville bevæge sig, og hvilket udtryk jakken skulle have. De er udtryk for nogle af de tanker, han gjorde sig under designprocessen, herunder de valgmuligheder han havde i forhold til jakkens designelementer. Skitserne viser derimod ikke, hvordan regnjakkens stof og materiale visuelt ville fungere.

Da han designede Long Jacket i 2012, drøftede han og de øvrige af Rains' partnere indgående, hvilke signaturelementer Rains' kunne anvende på tværs af hele Rains' brand og produkter. Han prøvede derfor at inkorporere v-cut'et i samtlige designs. V-cut-elementet kunne fortolkes på mange forskellige måder, men det var et element, der skulle indgå i alle Rains' produkter.

Long Jacket består som produkt af mange delkomponenter, og den er designet med to lidt naive designelementer, der udgøres af hættens overdimensionerede kasket og jakkens skrå lommer.

Hætten er tredelt for at give den en bedre pasform, og selve mellemstykket er bredt for at give jakken mere "streetappeal". Den slutter tæt om hovedet og omkring hagen, og den er påført en stor kasket, der i praksis har givet en del udfordringer. Kasketten er blevet ét af Rains' signaturelementer.

Lommerne var til stor diskussion, og skitserne viser et udsnit af de tanker, han gjorde sig under designprocessen. Han valgte den simple skrå lomme for at give Long Jacket et naivt og kubistisk udtryk.

Jakkens silhuet er klassisk og simpel, men han brugte meget tid på dens udformning. Det var vigtigt for ham, at den ikke kom til at ligne en klassisk regnjakke, og han havde derfor fokus på det coatede PU-materiale, der svejses sammen med ultralyd. De rigide og hårdføre svejsninger kan bevirke, at materialet ikke falder hensigtsmæssigt.

Rains arbejdede for, at jakken alene skulle sammensættes ved hjælp af enkelt-svejsninger, men de blev nødt til at dobbeltsvejse jakkens skuldre på grund af trykbelastning ved bevægelse.

PU-materiale kan variere i blødhed, styrke og fald, som kan justeres ved hjælp af blødgørende kemikalier. Rains udviklede sit eget PU-materiale, der som det eneste på markedet er åndbart. Rains lagde over for sin producent betydelig vægt på, at PU-materialet skulle været blødt og tyndt, for ellers ville der ikke være tale om en nyfortolkning af den klassiske gummiregnjakke.

De tydelige trykknapper er en retro-reference, og det var samtidig en fordel, hvis jakken kunne lukkes på en simpel måde uden lynlås. Ærmernes ender kan justeres med samme simple knaplukning.

På jakkens ryg er påsat et rygskjold med v-cut'et, der er Rains' signaturelement. Elementet genfindes i Rains' forskellige produkter. Rygskjoldet skjuler ventilationen i den todelte ryg.

Rains' Long Jacket er en del af en produktfamilie bestående af to jakker, herunder Long Jacket og den kortere model Jacket. Jakkerne er designmæssigt identiske og blev begge skabt og markedsført i 2012. Zaras "jakke 14" lægger sig længdemæssigt et sted mellem Rains' Jacket og Long Jacket.

Rains' Parka Coat er en sporty variant af Rains' Long Jacket, og den er skabt til en anden kundetype. Den blev bragt på markedet i 2015, da man i begyndelsen ønskede at fokusere på Long Jacket.

Rains' Parka Coat har den samme hættekonstruktion som Long Jacket, herunder et bredt mellemstykke og en stor, naiv kasket.

Modsat Long Jacket lukkes Parka Coat med en vandtæt lynlås i fronten for at give frakken et teknisk udtryk, som er lidt mere sporty sammenlignet med andre lynlåse. På frakkens højre bryst er også påsat en svejset, vandtæt lynlås, der har en rund form i bredt tape med reference til front-lynlåsen.

Han var under designprocessen i tvivl om, hvorvidt frakkens lommer skulle placeres på frakkens front eller dens sider. Selvom det konstruktionsmæssigt var udfordrende, blev lommerne placeret på frakkens sider for at give frakken et militært udtryk.

Frakkens "fishtail"-detalje med en kile i bunden er ikke en praktisk foranstaltning, men et element tilført for at give frakken et teknisk udtryk. Frakkens ende kan strammes om benene med snøre og to opstrammere.

Den skjulte elastik i frakkens ryg giver frakken en bobbet form, og dens oversize format gør, at materialet falder på en bestemt måde.

Da han designede de to regnjakker, kendte han hverken til samarbejdet mellem Elka og Norse Projects eller til Stutterheims regnjakke.

Stutterheims regnjakke er lavet i et meget kraftigt bomuldsmateriale med en PVS-overflade, der gør, at regnjakken falder helt anderledes, og kan holde til arbejde inden for hårde industrier. Regnjakken er derudover dobbeltsvejset i alle kanter, og den har åbne lommer oppefra med nitter.

Regnjakken, der er udviklet af Elka i samarbejde med Norse Projects, er lavet i samme stive og rigide materiale som regnjakken fra Stutterheim, og den er sammensat med dobbeltsvejsninger med tænder. Den har raglanærmer, som giver regnjakken færre mønsterdele, og jakkens lommer er svejset på én side, modsat Rains' Long Jacket, der er svejset på tre sider.

Oversigtsbilagene fremlagt af Zara, der viser regnjakker skabt før 2012, indeholder de to omtalte regnjakker fra Stutterheim henholdsvis Elka i samarbejde med Norse Projects. De øvrige jakker indeholdt i oversigtsbilagene er ikke regnjakker. Bilagene har flere billeder af samme jakke.

Rains og Zara har defineret regnjakkernes kendte elementer, herunder f.eks. lommer, forskelligt i parternes sammenligningsbilag. Resultatet er, at bilagene viser forskelle med hensyn til, hvor mange lignende regnjakker, der fandtes på markedet i 2012.

Han mener ikke, at der var en bestemt tendens inden for regntøj i 2012. Rains skabte en niche af regntøjsprodukter, der havde et naivt og moderne udtryk med retro-referencer.

Regnjakkerne på markedet efter 2015, herunder regnjakken fra Tretorn, Ilse Jacobsen og Modstrøm, har flere elementer, der adskiller sig fra Rains' to jakker.

Han kendte ikke til Vero Modas regnjakke før nærværende sag. Det er tydeligt, at leverandøren bag regnjakken forsøger at lukrere på Rains' udtryk, og Rains vil tage initiativ til, at salget af Vero Modas regnjakke ophører.

Regnjakken fra Grunt er produceret af en af Rains' tidligere kunder. Den tidligere kunde har tidligere forklaret over for Rains, at regnjakken er udviklet til børn med inspiration fra Rains' Long Jacket. Rains har taget kontakt til denne tidligere kunde, og salget af regnjakken er ophørt.

Rains har siden 2012 solgt 1,11 mio. eksemplarer af Long Jacket, hvoraf omkring 130.000 eksemplarer er solgt i Danmark. Rains har derudover solgt 871.000 eksemplarer af den kortere model Jacket, hvoraf omkring 91.000 eksemplarer er solgt i Danmark. Endeligt har Rains solgt 144.000 eksemplarer af Parka Coat, hvoraf omkring 19.800 eksemplarer er solgt i Danmark.

Salget har været eksponentielt voksende i otte år fra virksomhedens grundlæggelse, og Rains har skabt et ikon med Long Jacket inden for branchen. Succesen er derfor ikke en forbigående tendens, der er skabt på baggrund af et produkt der allerede fandtes på markedet.

Med hensyn til produktion i Kina er det meget typisk, at produkter eksporteres ud af Kina gennem forskellige trading-selskaber. Det er derfor naturligt, at Zara ikke fremgår som aftalepart på nogen af de fremlagte dokumenter. Kina har en stor industri af "sourcing"-virksomheder, der formidler kontakt til Europa.

Fabrikkerne i Kina har sjældent en eksportlicens og meget sjældent direkte kontakt med vestlige kunder. Fabrikkerne fokus er omkostningsoptimering.

Rains bruger på samme måde som Zara en produktionsagent, når virksomheden skal have produceret regnjakker i Kina.

Wu Xinqiang har forklaret, at han er vicemanager i Hefei Guanyi Coating Co., Ltd. Han har arbejdet i virksomheden i 11 år.

Virksomheden beskæftiger sig med kunstlæder. Selskabet Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd. er et handelsfirma, som hans virksomhed handler med, og som er en fast forretningsforbindelse.

Hefei Guanyi Coating Co., Ltd. er underleverandør til selskabet Yangzhou Se-aluck Garments Co., Ltd. og har siden 2015 leveret stof til dette selskab.

Hans virksomhed leverer ikke stof til Rains. Rains køber derimod stof hos en anden virksomhed, der handler direkte med Hefei Guanyi Coating Co., Ltd.

Virksomheden leverede i oktober og november 2015 stof til Zara, efter de blev kontaktet af Mr. Guo Hongchun fra Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd. Han var aldrig i direkte kontakt med en repræsentant fra Zara.

Samarbejdet blev indledt efter, at Hefei Guanxiang og manageren fra Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd. i oktober 2015 besøgte Hefei Guanyi Coating Co., Ltd.

De besøgende havde medbragt en prøve fra Rains, og formålet med mødet var, at de gerne ville købe beklædningsstof fra Hefei Guanyi Coating Co., Ltd. Det ønskede stof skulle svare til stoffet på Rains' regnjakke. Udseendemæssigt lignede de to materialer hinanden, men der var mindre forskelle på stoffet.

Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd. bestilte ca. 60.000 meter stof hos ham, som Hefei Guanyi Coating Co., Ltd. leverede.

Han mener, at den fremlagte kinesiske faktura (bilag 38), vedrører Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd.s ordre, da den angivne pris passer.

Menahem Behmoaras har forklaret, at han er vicepræsident i det tyrkiske selskab MRM Konfeksiyon San. VE Ticaret A.S. (herefter "MRM").

MRM er Zaras produktionsforhandler. MRM er mellemmand mellem Zara og fabrikkerne, og MRM sørger på vegne af Zara for produktion af beklædning i forskellige lande.

Det er typisk MRM, der kommer med designforslag til Zara, og i de fleste tilfælde præsenterer MRM en stor kollektion for Zara.

MRM var mellemmand for Zara i relation til de omtvistede regnjakker. MRM præsenterede flere forskellige materialer til Zara, herunder PU-materialet bestående af 50 % polyurethan og 50 % polyester.

Han har kendskab til Rains. MRM tog ikke udgangspunkt i Rains' regnjakker, da de leverede produkter til Zara, da Rains laver meget specifikke niche-produkter.

Zara havde ikke bedt MRM om, at ordren skulle ligne Rains' produkter, og Zara havde ikke leveret nogen regnjakker fra Rains i forbindelse med MRMs levering af de omtvistede regnjakker. MRM lå heller ikke selv inde med eksemplarer af Rains' produkter. På daværende tidspunkt præsenterede MRM tusindvis af produkter.

Det kinesiske selskab Zhejiang Jiatong Trading Co., Ltd., der på engelsk har selskabsnavnet Zhejiang Kentone International Company, Ltd., leverede de omtvistede produkter til MRM. Selskabet handler med forskellige underleverandører, og havde i øvrigt ingen kontakt til Zara.

Den fremlagte købsaftale viser Zhejiang Jiatong Trading Co., Ltd.s køb af de omtvistede regnjakker fra underleverandøren Yangzhou Haiyun Garment Co., Ltd. Zara havde ingen kontakt til sælgeren Yangzhou Haiyun Garment Co., Ltd.

MRM sendte aldrig nogen regnjakker fra Rains til Zhejiang Jiatong Trading Co., Ltd., og MRM kender ikke til den videre omsætningskæde.

Thomas Klausen har forklaret, at han er administrerende direktør i branche- og arbejdsgiverorganisationen Dansk Mode & Textil.

Han har altid arbejdet med mode og tekstil og har næsten 30 års praktisk erfaring fra forskellige typer virksomheder i branchen, herunder erfaring med produktion, salg, markedsføring og ledelse.

Rains har fra starten været medlem af Dansk Mode & Textil. Han har kendt til Rains siden grundlæggelsen i 2012, hvor Rains-projektet vandt en pris for den bedste forretningsidé.

Baggrunden for, at Rains vandt, var, at der var tale om et godt og forretningsmæssigt bæredygtigt design. Stifterne havde på daværende tidspunkt fundet et hul i markedet.

Rains er en niche- og modevirksomhed. Der er tidligere blevet produceret regntøj som arbejds- eller funktionsbeklædning, men man havde aldrig set regntøj præsenteret på Rains' måde. Rains' regnjakker anvendes som modetøj af f.eks. unge og forretningsfolk. Regnjakker til det segment fandtes ikke før 2012.

Rains har gennemgået en rivende udvikling, og der findes måske kun én anden virksomhed, der har haft en tilsvarende vækst. Deres koncept kan måske af nogen anskues som værende tyndt, men Rains har formået at udvikle, markedsføre og sælge sine produkter på en helt anden måde end hidtil kendt.

Christian Maibom har forklaret, at han er indehaver af virksomheden Revolver ApS. Han er messearrangør under Københavns modeuge, og han arbejder primært med skandinaviske mærker, herunder Rains.

Han har kendskab til regntøj inden for modebranchen. Han fik kendskab til Rains i 2013. Stifterne bag Rains præsenterede dengang et helt nyt produkt for Revolver ApS og fortalte samtidigt om deres ambitioner og visioner for virksomheden.

I 2013 var det ikke sædvanligt, at der blev præsenteret regntøj på modemesserne. Han husker, at der dengang var indgået et samarbejde mellem en ældre dansk virksomhed ved navn Elka og den danske virksomhed Norse Projects. De havde som supplement til Norse Projects' kollektion bestående af bukser, jakker og skjorter designet regntøj.

Rains var som virksomhed "first mover" inden for moderne regntøj. Tidligere var der kun udviklet regntøj til friluftsliv og spejdersport, og der fandtes ikke regntøj i modebutikkerne.

### **Parternes synspunkter**

For Rains, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 18. februar 2020, hvoraf fremgår blandt andet:

"...

4      **Anbringender**



Til støtte for den nedlagte påstand 1 gøres det gældende, at Zara ved at markedsføre, sælge samt importere jakkerne som afbildet i bilag 14, 15 og 16 i Danmark krænker Rains' ophavsrettigheder til henholdsvis Long Jacket ... og Parka Coat ... Det gøres tillige gældende, at Zaras jakker som afbildet i bilag 14-16 udgør produktefterligninger i strid med god markedsføringsskik. Det bestrides endvidere, at sagen mangler aktualitet for så vidt angår Zaras jakke 14 og Zaras jakke 15.

#### 4.1 Ophavsretsloven

Det gøres til støtte for den nedlagte påstand 1 gældende, at Long Jacket og Parka Coat er udtryk for Daniel Brix Hesselagers egen intellektuelle frembringelse, og at jakkerne nyder beskyttelse som værker efter ophavsretslovens § 1.

Zaras regnjakker, jf. bilag 14-16, er bevidste efterligninger af Long Jacket og Parka Coat, og har så betydelige ligheder hermed, at disse strider mod Rains' ret, jf. ophavsretslovens § 2, og dermed kan forbydes.

##### 4.1.1 Ophavsretlig beskyttelse

Forudsætningen for en ophavsretlig beskyttelse er *originalitet*. Kravet er, at der er tale om *ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*. Om originalitet gælder, at der ikke skal meget til. Dette gælder også for funktionelt prægede produkter som de i sagen omhandlede regnjakker.

Den restriktive retspraksis, som Zara henviser til blandt andet i sit afsluttende processkrift, er således ikke længere udtryk for gældende ret. Dette følger af en lang række afgørelser fra EU-Domstolen, ligesom den juridiske doktrin både i Danmark og i andre EU-medlemslande er ganske klar herom. Zara citerer i sit afsluttende processkrift side 7-8 en "åbning" vedrørende *brugskunst*, der tilkendegives af Morten Rosenmeier i en NIR-artikel fra 2018. Artiklen fortsætter imidlertid det pågældende sted med følgende klare tilkendegivelse fra professoren, der lukker enhver diskussion om, hvorvidt det harmoniserede og beskedne originalitetskrav tillige gælder for brugskunst, herunder tøj:

*"Men spørgsmålet er tvivlsomt. EU-Domstolen foretrækker i vidt omfang fortolkningsløsninger, der medfører størst mulig EU-harmonisering og integration. Se nærmere ovenfor 1. Og det er helt oplagt, at det vil trække i retning af, at harmoniseringen af originalitetskravet også gælder for brugskunst. Der må derfor være en meget høj grad af sandsynlighed for, at EU-Domstolen vil mene, at det er tilfældet. Det er derfor f.eks. nok på kant med EU-retten, når det hedder i UfR 2012/229 H, at der stilles "betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler"."* (Vor fremhævelse)

Også af Generaladvokat Szpunars udtalelse fra den 2. maj 2019 i sag C-683/17 (Cofemel) ..., fremgår det, at originalitetskravet er harmoniseret for så vidt angår brugskunst, og at niveauet er det samme for alle typer af værker. Sagen drejede sig om T-shirts og jeans designet af G-Star Raw. I sin afgørelse af 12. september 2019 ... tilsluttede EU-Domstolen sig fuldt ud generaladvokatens udtalelse.

Både den svenske Patent- och marknadsöverdomstolen (Svea Hovrätt) og den norske Højesteret har da også udtrykkeligt tilsluttet sig dette, jf. Svea Hovrätts dom af

22. marts 2019 i sag PMT 5885-18, Daniel Wellington, og Høyesteretts dom af 15. november 2017, HR-2017-2165-A, (sak nr. 2017/542), Il Tempo Gigante.

Rains' jakker er udtryk for Daniel Brix Hesselagers egen intellektuelle frembringelse. Der ligger en reel og betydelig kreativ indsats bag skabelsen af Rains' designs. Det ses eksempelvis af det betydelige antal designelementer, hvoraf mange ikke har nogen funktion, men alene er designmæssige valg af betydning for jakkernes visuelle udtryk. Selv de elementer, der har en funktion (eksempelvis trykknaplukningen ved ærmet), er udtryk for kreative og frie designmæssige valg, hvor man uden betydning for funktionen kunne have valgt andre løsninger.

Til støtte for dette anbringende henvises tillige til den erklæring, som er udarbejdet af Karin Schou Andersen ... I Tif & Tiffany-sagen ... fandt Sø- og Handelsretten imidlertid ikke, at Long Jacket var ophavsretligt beskyttet.

Det bemærkes, at den konklusion, som Sø- og Handelsretten nåede frem til kan læses således, at de enkeltelementer, som sammenstilles, ikke må være kendte på forhånd. Sø- og Handelsretten udtalte blandt andet, at den selvstændige frembringelsesproces for regnjakkerne i alt væsentligt bestod i at sammenstille enkeltstående designelementer, som var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet, og retten fandt ikke, at dette arbejde var udtryk for en selvstændig skabende designindsats. Dette vil imidlertid i givet fald ikke være en korrekt anvendelse af det relevante kriterium.

Rains gør gældende, at en original sammenstilling af kendte enkeltelementer kan være ophavsretligt beskyttet, og at dette er tilfældet i denne sag. Der er således ikke tale om at sammenstille få designelementer. Tværtimod er der tale om et endog ganske betydeligt antal enkeltelementer, og hvor variationsmulighederne derfor har været mange. Det modsatte synspunkt vil være i strid med det EU-harmoniserede originalitetskrav.

Misforståelsen i relation til den ophavsretlige del af sagen, der kommer til udtryk hos både Zara og skønsmanden, består i, at man tillægger det afgørende betydning for den ophavsretlige vurdering, at *enkeltelementerne* er kendte forud for skabelsen af jakkerne. Dette er forkert. Således kan der nævnes masser af eksempler på kunst og litteratur, og herunder på brugskunst og industrielt design, der uden tvivl er værker i ophavsretlig forstand, og som netop udelukkende består af sammenstillinger af allerede kendte enkeltelementer, herunder også en simpel sammenstilling af forholdsvis få elementer. Et digt er en sammenstilling af allerede kendte ord, Montana-reolen er en sammenstilling af ganske få allerede kendte former, materiale og dimensioner, et edb-program er en sammenstilling af 1-tal og 0'er, et stykke musik er en sammenstilling af eksisterende, allerede kendte noder, for blot at nævne nogle få illustrerende eksempler. Betingelsen for en ophavsretlig beskyttelse er alene, at *sammenstillingen* er original, hvilket vil sige, at den (sammenstillingen) skal være udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.

At det forholder sig sådan, følger af præmis 45-46 i EU-Domstolens afgørelse af 16. juli 2009 i sag C-5/08, Infopaq:

*"Hvad angår de elementer af sådanne værker, som beskyttelsen dækker, bemærkes, at disse elementer er sammensat af ord, der isoleret set ikke i sig selv er udtryk for en intellektuel frembringelse hos den ophavsmand, der bruger dem. Det er først i kraft af valget, placeringen*

*og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en intellektuel frembringelse.*

*Ordene udgør således ikke i sig selv elementer, der er genstand for beskyttelse.”*

Rains er således enig i, at de pågældende karakteristika – enkeltelementer – var kendte forud for lanceringen af både Long Jacket og Parka Coat, og at de pågældende karakteristika ikke selvstændigt er designet eller på anden måde skabt af Daniel Brix Hesselager. Dette er imidlertid uden betydning. Det afgørende er alene, at sammenstillingen er original.

Til støtte for at Rains' jakker er originale i ophavsretslovens forstand, henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 4. juni 2019 i sag BS-1498/2016-SHR (Anne Black) ... Her fastslog retten, blandt andet med henvisning til de af designeren foretagne kreative valg, at der var ophavsret til tre endog meget simple produkter, der højt sat, var sammensat af tre-fire enkeltelementer som 'den cylindriske form, 'et afdæmpet farvevalg og 'drejeriller i glasuren'. Rains jakker er sammensat af et betydeligt større antal enkeltelementer, herunder henholdsvis syv og ni særligt markante elementer ...

Rains' nærmere bemærkninger til sagens skønserklæring er gengivet nedenfor i afsnit 5.

#### **4.1.2 Krænkelser af Rains' ophavsrettigheder**

Efter traditionel dansk retspraksis nyder beklædningsgenstande en snæver beskyttelse. Heller ikke denne snævre lighedsbedømmelse kan imidlertid opretholdes i lyset af EU-Domstolens praksis, jf. C-05/08 (Painer) ...

Uanset dette fremgår det ..., at Zaras krænkende regnjakker har så væsentlige ligheder med Rains' Long Jacket og Parka Coat, at helhedsindtrykket er identisk. Zaras regnjakker, jf. bilag 14-16, strider således mod Rains' ret, jf. ophavsretslovens § 2, selv hvis en snæver ophavsretlig beskyttelse lægges til grund, og kan dermed forbydes.

Derudover er der ... dokumentation for, at Zaras jakke 14 er fremstillet med udgangspunkt i et eksemplar af Rains' Long Jacket, og der er derfor tale om en egentlig efterligning. For såvel Zaras jakke 14 som Zaras jakke 15 og Zaras jakke 16 gælder, at det i lyset af det betydelige antal variationsmuligheder, der eksisterer, er statistisk usandsynligt, at Zaras regnjakker er skabt uden kendskab til Rains' regnjakker.

## **4.2 Markedsføringsloven (produkt efterligning)**

### **4.2.1 Beskyttelse i medfør af markedsføringsloven**

Det gøres gældende, at Long Jacket såvel som Parka Coat har tilstrækkeligt særpræg til at være beskyttet efter markedsføringslovens § 3 (tidligere § 1). Jakkernes oprindelige designmæssige særpræg suppleres af det særpræg, som produkterne kan tilskrives gennem den indarbejdelse, der har foregået siden 2012, og den status, som jakkerne derved har opnået på markedet. Det gøres gældende, at Rains har en betydelig markedsposition i Danmark...

For så vidt angår Long Jacket er beskyttelsen mod produkt efterligninger efter markedsføringslovens § 3 (tidligere § 1) fastslået ved Sø- og Handelsrettens kendelse af

20. marts 2017 i sag A-4-17 (en sag om midlertidigt forbud). Her fandt Sø- og Handelsretten det ikke blot sandsynliggjort, men godtgjort, at blandt andet Long Jacket nød beskyttelse efter markedsføringslovens § 3 (doværende § 1). Det gøres gældende, at Parka Coat designmæssigt er mindst lige så særpræget, og at den tillige er markedsført i Danmark med mindst samme intensitet som Long Jacket, og derfor nyder samme beskyttelse mod produktefterligninger efter markedsføringsloven.

#### 4.2.2 Ingen udvanding af produktefterligningsbeskyttelsen

Den markedsføringsretlige produktefterligningsbeskyttelse favner produkter, som har særpræg/kommerciel adskillelsesevne og markedsposition. Særpræg, kommerciel adskillelsesevne og markedsposition er dynamiske størrelser, forstået således at disse med tiden kan ændre sig. Nye og bedre produkter udkonkurrerer produktet, den teknologiske udvikling overhaler produktet, produktet opgives og trækkes ud af markedet af den ene eller anden grund.

Dette helt sædvanlige konkurrencemæssige scenarie, der gælder uanset branche og produkt, forsøger Zara at strække ud til en lovliggørelse af den situation, hvor et originalt og særpræget produkt udsættes for en bevidst ulovlig kopiering og en eklatant snyltning: Zara hævder, at den blotte eksistens på markedet af andre konkurrerende produkter fører til en udvanding af beskyttelsen af det plagierede produkt. Det synspunkt, som Zara forfægter, er reelt, at der efter en vis tid med konkurrence i form af – i sagens natur – lignende produkter på markedet indtræder en 'lovliggørelse' af den adfærd, der oprindeligt var i strid med 'god markedsføringsskik', og dermed en fortabelse af rettigheder.

Dette er ikke korrekt, og det bestrides, at Rains' jakkers særpræg er "*udvandet og tabt i dag*", således som Zara hævder.

De af Zara fremlagte omkring 100 eksempler er bortset fra en enkelt børnejakke, jf. [Grundt regnjakke] – i modsætning til Zaras jakker – kendetegnet ved væsentlige fremtoningsmæssige forskelle fra Rains' jakker. Det enkeltstående produkt ..., der har relevante lighedstræk med Long Jacket, er naturligvis ikke udtryk for en udvanding.

Zaras udvandingssynspunkt, som baseres på "*princippet i varemærkelovens § 26, stk. 1, nr. 1*" om degeneration, forudsætter desuden en "*virksomhed*" eller "*passivitet*" fra varemærkeindehaverens side for, at der kan ske fortabelse af rettigheder, jf. lovtæksten. Degeneration indtræder kun, hvis det beror på rettighedshavers forhold. Dette er ikke tilfældet her. Rains håndhæver aktivt og løbende sine rettigheder til jakkerne både udenretligt og indenretligt, jf. også de afgørelser, som Zara henviser til i sit afsluttende processkrift.

#### 4.2.3 Produktefterligning

Det gøres gældende, at Zaras jakker som afbildet i bilag 14-16 udgør slaviske efterligninger eller hvad der må sidestilles hermed af henholdsvis Rains' Long Jacket ... og Parka Coat ... Zaras handlinger udgør derfor en overtrædelse af markedsføringsloven, og kan dermed forbydes, jf. markedsføringslovens § 24, stk. 1, 1. pkt. (tidligere § 20, stk. 1, 1. pkt.).

### 4.3 Zaras afvisningspåstand, sagens aktualitet og Rains' retlige interesse

Denne sag drejer sig om tre regnjakker: Zaras jakke 14 ..., Zaras jakke 15 ..., og Zaras jakke 16 ...

Zara har nedlagt en principal påstand om afvisning af Rains' påstand 1 for så vidt angår Zaras jakke 14 og Zaras jakke 15. Til støtte herfor har Zara gjort gældende, at sagen mangler aktualitet for disse to jakker. Dette bestrides. Alle tre regnjakker kan og skal inddrages under sagen som sket.

En påstand savner aktualitet, hvis sagsøgte på tidspunktet for sagens anlæg allerede har opfyldt den forpligtelse, som sagsøgeren påstår dom for. Som det vil fremgå af det følgende, er dette ikke tilfældet. I denne sag er der tværtimod konkrete holdepunkter for, at krænkelsen *vil* gentage sig, og at der således er i hvert fald truende krænkelse. Sagens aktualitet og Rains' retlige interesse er derfor evident.

For både Zaras jakke 14 og Zaras jakke 15 gøres det indledningsvist gældende, at det forhold, at en uoverensstemmelse ikke længere måtte give sig udslag i aktuelle handlinger, ikke betyder, at denne er unddraget domstolens behandling. Rains har under alle omstændigheder retlig interesse i at få fastslået, om Zaras handlemåde er eller har været retsstridig, også for at få fastslået et erstatningsansvar, jf. den udskudte betalingspåstand 2.

Zaras regnjakker blev markedsført og solgt forud for sagens anlæg. Det forhold, at Zaras regnjakker påstås ikke længere at være udbudt til salg, medfører ikke, at sagen savner aktualitet. Rains har således fortsat en interesse i at få rettens stillingtagen til, om regnjakkerne, der er blevet markedsført og solgt, krænker eller krænker Rains' rettigheder. Dette gælder, allerede fordi der i sagen som nævnt er en påstand om erstatning, men aktualiteten følger tillige af, at Zara ikke har påtaget sig for fremtiden af undlade at markedsføre, sælge samt importere de omstridte produkter. Tværtimod har Zara påstået frifindelse med den begrundelse, at man ikke anerkender, at der er foregået krænkende aktiviteter. Dette er et helt konkret holdepunkt for, at der er en risiko for, at de pågældende krænkende handlinger senere vil blive gentaget. Uden et forbud fra Sø- og Handelsretten vil Zara uden videre kunne genoptage de af sagen omfattede krænkende aktiviteter.

Vedrørende Zaras jakke 14, der ligesom Zaras jakke 15 var en del af Zaras sommerkollektion i 2016, er der ubestridt sket markedsføring heraf. Det forhold, at de af forbudspåstanden omfattede handlinger ikke længere foretages med hensyn til denne regnjakke, gør ikke, at sagen skal afvises, fordi der mangler aktualitet. Det er ikke en forudsætning for aktualitet, at der rent faktisk er sket et salg. Rains skal ikke henvises til at afvente, at Zaras markedsføring fører til et konkret salg, førend retten kan nedlægge et forbud som påstået af Rains, ligesom Rains ikke skal tvinges til at gennemføre flere retssager om samme produkt, efterhånden som de enkelte trin i Zaras salgsproces måtte manifestere sig.

Særligt om Zaras jakke 15, som Zara hævder ikke har været udbudt til salg i Danmark, gøres det gældende, at dette er uden betydning for vurderingen af aktualitet og Rains' konkrete retlige interesse. Den pågældende jakke er nemlig identisk eller noget nær identisk med Zaras jakke 16. Der er reelt tale om to ens jakker, blot med hver sit style-nummer. Årsagen hertil *kan* være, at de to jakker er produceret af forskellige producenter. De to forskellige style-numre er under alle omstændigheder en teknikalitet, som er udenfor Rains' indflydelse og sagen helt uvedkommende, både hvad angår Rains' rettigheder og Zaras krænkelse heraf. Idet jakkernes ydre

udformning er identiske, bør jakkerne behandles under ét, og dette gælder også vedrørende sagens aktualitet og Rains' retlige interesse. Zara har vist både evne og vilje til at sælge Zaras jakke 16 på det danske marked, jf. Rains' kontrolkøb og kvitteringen herfor, der er fremlagt ... Et forbud, der alene vedrører Zaras jakke 16, vil indebære en reel risiko for, at Zara fremover blot vælger i stedet at sælge den identiske Zaras jakke 15. Rains vil i så fald være tvunget til at indlede en ny retssag, der reelt vil dreje sig om krænkelse på baggrund af en identisk jakke, blot med et andet style-nummer. Rains skal ikke bære risikoen for denne teknikalitet i form af to forskellige style-numre på to éns jakker. Der er også af den grund aktualitet vedrørende Zaras jakke 15.

## 5 Rains' stillingtagen til det afholdte syn og skøn

Der har i sagen været afholdt syn og skøn. Retten udmeldte Christel Arnevik, studieadjunkt ved Designskolen Kolding, som skønsmand.

Formålet med skønsforretningen var at få skønsmandens vurdering af, om Long Jacket og/eller Parka Coat fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

Overordnet gøres det gældende, at skønserklæringerne indeholder eklatante misforståelser og fejl-opfattelser af de for sagens ophavsretlige del helt centrale punkter. Dette vil blive uddybet i det følgende. Disse fejl-opfattelser har ført til mangler ved besvarelsen, hvorfor retten ikke skal lægge afgørende vægt herpå. Retten skal i stedet foretage en selvstændig vurdering af, om de af sagen omhandlede jakker i lyset af gældende praksis, således som Rains gør gældende, er ophavsretligt beskyttede.

Det fremgår af retspraksis, at retten under medvirken af sagkyndige dommere, således som tilfældet er i denne sag, kan foretage en selvstændig vurdering af de forhold, der er behandlet i skønserklæringerne, og som indgår i rettens vurdering af, om der foreligger en ophavsretlig beskyttelse, jf. eksempelvis flertallet i Vestre Landsrets dom gengivet i UfR 2015.1972 V ...

### 5.1 Skønserklæringen af 2. januar 2019

...

*Skønsmandens besvarelse af Rains' spørgsmål 1 og 2*

Overordnet kan besvarelsen af Rains' spørgsmål 1 og 2 læses således, at skønsmanden vurderer, at Long Jacket ikke fremstår som et resultat af Daniel Brix Hesselagers egen intellektuelle frembringelse, mens skønsmanden om Parka Coat derimod fastslår, at der med re-designet af "fishtail" er tilføjet en væsentlig designdetalje, som fremstår som et resultat af Daniel Brix Hesselagers egen intellektuelle frembringelse. Det er imidlertid uklart, om denne detalje efter skønsmandens opfattelse betyder, at alene denne del er Daniel Brix Hesselagers egne intellektuelle frembringelse, eller om det er Parka Coat som helhed, der kan karakteriseres således.

Konklusionerne nås imidlertid på baggrund af, at skønsmanden finder, at enkeltelelementerne på jakkerne, bortset fra "fishtail"-detaljen, er funktionsbestemte og tillige allerede var kendte på tidspunktet for designet af jakkerne. Intet af dette udelukker imidlertid, at jakkerne er et resultat af designerens egen intellektuelle indsats og dermed originale i ophavsretslovens forstand. Ophavsretten favner og beskæftiger sig i det hele taget med frembringelser/fænomener, værker, der (stort set) altid vil være en sammenstilling af allerede kendte, og oftest ubeskyttede enkeltelementer. Dette

gælder for såvel den 'rene' kunst som for den anvendte kunst/brugskunsten, og herunder for (mode)tøj.

Det afgørende er, uanset værkstype, om *sammenstillingen af enkeltelementer* er original i den forstand, at den er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Denne misforståelse af den underliggende jura farver den samlede besvarelse.

*Skønsmandens besvarelse af Zaras spørgsmål IA-IR*

Zaras spørgsmål IA-IR drejer sig alle udelukkende om, hvorvidt de designmæssige enkeltelementer var kendte inden for overtøjsbeklædning forud for lanceringen af henholdsvis Long Jacket og Parka Coat. Rains bestrider ikke, at enkeltelementerne hver for sig var kendte, men dette er uden relevans for vurderingen af originalitet, jf. oven for punkt 4.1.1.

## 5.2 Supplerende skønserklæring af 22. april 2019

Skønsmandens første erklæring afspejlede således klare misforståelser på en række væsentlige punkter, og den gav derfor anledning til supplerende spørgsmål fra Rains. ...

*Skønsmandens besvarelse af spørgsmål SS 1*

Det fremgår af besvarelsen af det supplerende spørgsmål SS 1 vedrørende Long Jacket blandt andet, at skønsmanden vurderer, at det er "*sandsynligt, at en anden designer med inspiration fra allerede eksisterende regntøj kunne frembringe et lignende design indeholdende alle eller væsentlige detaljer*" [vor fremhævelse]. Videre fremgår det af besvarelsen af samme spørgsmål, at skønsmanden vurderer, at det er "*mindre sandsynligt, at en anden designer ville kunne opnå et identisk design, som indeholder alle enkelt-elementer i Long Jacket*" [vor fremhævelse]. Allerede disse formuleringer forekommer at være indbyrdes modstridende.

Skønsmanden lægger i sin besvarelse følgende kriterier til grund: (i) at jakken "*designmæssigt hverken [er] innovativ eller bryder med kendte designtiltag*", (ii) at den "*lægger sig op ad en allerede eksisterende trend*", og (iii) at den er "*uden ekstraordinære elementer*". Ingen af disse kriterier har imidlertid nogen som helst relevans for den ophavsretlige vurdering. Ophavsretten belønner ikke "*innovation*" eller "*brud med det kendte*", og "*ekstraordinære elementer*" er ikke en forudsætning for at opnå en ophavsretlig beskyttelse. Der er solid retspraksis for, at sammensætningen af endog meget få og allerede fuldt ud kendte enkeltelementer er tilstrækkeligt, for at der er skabt et værk. Skønsmandens besvarelse afspejler således også her nogle afgørende misforståelser af en række grundlæggende og for sagens ophavsretlige del helt væsentlige forhold, og retten kan derfor ikke lægge vægt herpå.

Når spørgsmålet om originalitet skal vurderes, er kravet nemlig alene, at frembringelsen (henholdsvis Long Jacket og Parka Coat) er et resultat af ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Heri indgår to betingelser: (i) at frembringelsen er *skabt* af ophavsmanden i den forstand, at en ubearbejdet gengivelse af "*det åndelige fællesseje*" ikke beskyttes, og (ii) et krav om en vis kreativitet, idet en ren håndværksmæssig/rutinemæssig indsats ikke er tilstrækkeligt. Ifølge retspraksis fra EU-domstolen skal frembringelsen afspejle ophavsmandens personlighed, hvilket er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg (C-05/08, Painer, præmis 87 ff. ...)

For Rains-jakkernes vedkommende er det statistisk usandsynligt, at en anden designer ville komme frem til et design omfattende "alle detaljer", idet der er tale om mindst 18 designelementer, som alle har alternative udformningsmuligheder. Daniel Brix Hesselagers skitser ... viser med al tydelighed i sig selv, at jakkerne Long Jacket og Parka Coat har været resultatet af en kreativ og designmæssig proces, hvor der er gjort både til og fravalg.

#### *Skønsmandens besvarelse af spørgsmål SS 2*

At det rent faktisk forholder sig sådan, at både betingelse (i) og betingelse (ii) nævnt ovenfor er opfyldt, fremgår af skønsmandens besvarelse af Rains' spørgsmål SS 2.

Dette spørgsmål var foranlediget af svaret på Zaras spørgsmål IS, hvor skønsmanden blev bedt om at "vurdere, om en eller flere af de i spørgsmål IA-IR omhandlede detaljer må anses for funktionelt bestemte". Skønsmanden vurderede som svar på dette spørgsmål, at 14 ud af de af Zara udvalgte i alt 18 designelementer "må anses for at være af funktionel karakter". Det drejer sig om elementerne IA, IB, ID, IE, IF, IG, IH, IJ, IK, IL, IM, IN, IO og IP.

Dette er imidlertid ikke et relevant kriterium for vurderingen af, om jakkerne er originale i ophavsretslovens forstand. Det er derimod graden af valgfrihed for ophavsmanden i skabelsesprocessen, der er afgørende, jf. lige ovenfor. Rains stillede derfor det supplerende spørgsmål SS 2 og bad skønsmanden – for hver af de enkeltelementer, der var karakteriseret som 'funktionelt bestemte' – vurdere, om elementerne, uanset funktion, er udtryk for et designmæssigt valg i den forstand, at Daniel Brix Hesselager havde et valg mellem flere udseendemæssige muligheder, der kunne have løst samme funktion.

Skønsmandens konstaterede i sit svar herpå, at størstedelen af de 'funktionelt bestemte' designmæssige enkeltelementer, som Daniel Brix Hesselager har valgt at benytte, vil kunne erstattes af andre designmæssige løsninger, uden at funktionaliteten derved forringes eller forsvinder. Ifølge skønsmanden gælder dette for ikke færre end 11 ud af de 14 – ifølge skønsmanden funktionelle – enkeltelementer, som indgår som væsentlige designelementer i Long Jacket, nemlig elementerne IA, ID, IF, IG, til dels IH, IJ, IK, IL, IM, IN og til dels IP.

Daniel Brix Hesselager har således efter skønsmandens vurdering haft en betydelig valgfrihed i frembringelsen af værkerne/jakkerne. Dette understøtter tillige – og understøttes tillige af – Daniel Brix Hesselagers forklaring om skabelsesprocessen for Long Jacket i forbindelse med Tif & Tiffy-sagen.

#### *Skønsmandens besvarelse af spørgsmål SS 4*

Skønsmandens besvarelse af SS 4 illustrerer endnu en misforståelse, idet skønsmanden her skriver følgende: "Tøj, der alene består af en sammenstilling af allerede kendte elementer kan være udtryk for designerens 'egen intellektuelle frembringelse', hvis designeren formår at skabe et produkt, som ikke ligner allerede eksisterende produkter" (vores fremhævelse). Ophavsretten er en efterligningsbeskyttelse, og som en konsekvens heraf anerkender man såkaldte dobbeltfrembringelser (identiske frembringelser, der er blevet til uafhængigt af og uden kendskab til "hverandre"). Det er altså ikke relevant om et produkt "ligner" et eksisterende produkt.



I krænkelsspørgsmålet er det efterligningen, der er relevant, og her skeler man utvivlsomt til ligheden i den forstand, at det har formodningen for sig, at der er sket en efterligning og dermed en krænkelse, hvis de to produkter er identiske eller noget nær identiske. Denne væsentlige del af krænkelsslæren har imidlertid ingen berettigelse eller relevans i værks-/originalitetsvurderingen, jf. også det ovenfor anførte herom. ...”

For Zara, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 18. februar 2020, hvoraf fremgår blandt andet:

” ...

## 2. ZARAS AFVISNINGSPÅSTAND

To af de tre regnjakker fra Zara, som Rains' justerede påstand 1 vedrører, hhv. art. 0706/437 (bilag 14, ...) og art. 0049/410 (bilag 15, ...), var en del af Zaras Man Autumn Winter kollektion 2015 og Spring Summer kollektion 2016. Disse kollektioner var for længst afsluttet ved sagens anlæg, og de af forbudspåstanden omfattede handlinger foretoges derfor ikke på tidspunktet for nærværende sags anlæg i forhold til disse regnjakker.

Rains' justerede forbudspåstand 1 må herefter (i det mindste for så vidt angår disse to regnjakker) afvises på grund af manglende aktualitet.

Der henvises til fx Den civile Retspleje (Bang-Pedersen m.fl., 4. udgave, 2017, s. 128, ...), hvoraf det tilsvarende følger, at: *”Et fuldbyrdelsessøgsmål har ikke aktualitet, hvis sagsøgte allerede har opfyldt den forpligtelse, som sagsøgeren påstår dom for”*.

Art. 0049/410 (bilag 15, ...) er desuden aldrig blevet solgt eller udbudt på det danske marked. Både markedsføringsloven og ophavsretsloven finder alene anvendelse på handlinger rettet mod det danske marked. Også af denne grund må Rains' justerede forbudspåstand 1 (i det mindste for så vidt angår denne regnjakke) afvises.

...

Det bestrides først og fremmest, at art. 0049/410 (bilag 15, ...) og art. 3286/300 (bilag 16, ...) er identiske eller noget nær identiske. For det andet er det uden betydning, hvorvidt regnjakkerne minder om hinanden eller ej. Med sin justerede påstand 1 omhandlende art. 0049/410 (bilag 15, ...) forsøger Rains at få retten til at træffe afgørelse om en hypotetisk situation, hvilket retten hverken kan eller skal. Rains mangler såvel aktuel som konkret interesse heri. At hypotetiske forhold ikke kan påkendes af domstolene er et klart og grundlæggende princip i dansk ret. ...

Rains' justerede forbudspåstand 1 må herefter (i det mindste for så vidt angår denne regnjakke) afvises, fordi hverken markedsføringsloven eller ophavsretsloven finder anvendelse på handlinger, som ikke er rettet mod det danske marked.

...

## 3. DET AFHOLDTE SYN OG SKØN

...

Overordnet indebærer erklæringerne, at bortset fra en enkelt designdetalje fremstår hverken Long Jacket eller Parka Coat efter skønsmandens opfattelse som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse.

...

Det er Zaras synspunkt, at der ikke af Rains er påvist fejl i skønserklæringerne, som kan medføre, at erklæringerne ikke skal tillægges vægt. ...

### 3.1.1 Long Jacket og Parka Coat består af allerede kendte elementer

...

Foranlediget heraf stillede Zara en række spørgsmål til skønsmanden om, hvorvidt alle disse karakteristika/elementer, som Rains selv havde identificeret, var kendt inden for overtøjsbeklædning forud for lanceringen af hhv. Long Jacket (spørgsmål IA-ID) og Parka Coat (spørgsmål IE-IL). Spørgsmål IM-IR vedrører fælles karakteristika for Rains' to regnjakker.

Skønsmanden svarer på samtlige spørgsmål, med undtagelse af tre, at de pågældende karakteristika må anses at have været kendte inden for overtøjsbeklædningsbranchen forud for lanceringen af både Long Jacket og Parka Coat. De pågældende karakteristika er dermed ikke selvstændigt designet af Daniel Brix Hesselager eller resultatet af hans skabende indsats.

...

I forhold til tekstilmaterialet og spørgsmål IM henviser Zara bl.a. til Susse Fischers erklæring, ..., hvoraf det bl.a. følger, at *"Jakken er fremstillet af 50 % polyurethane og 50% polyester. ..."*

Også dette karakteristikon var således kendt, før Rains lancerede Long Jacket og Parka Coat.

...

Med hensyn til detaljen omkring "Parka Coatens 'fishtail', gør Zara gældende, at det ikke var nyt i 2012 at arbejde med trekantede udtryk i overtøjsbeklædningsbranchen, jf. bl.a. [regnjakke fra Nike]. Under alle omstændigheder gøres det gældende, at 'fishtailen' ikke i sig selv giver hele regnjakken værkshøjde.

...

Samtlige de karakteristika/elementer, som Rains gør gældende, at regnjakkerne Long Jacket og Parka Coat besidder eller indeholder, må anses for kendte inden for overtøjsbeklædningsbranchen forud for lanceringen af både Long Jacket og Parka Coat. Det faktum har Rains nu selv erkendt i sit andet afsluttende processkrift ..., hvor det anerkendes, at *"Rains er således enig i, at de pågældende karakteristika – enkeltelementer – var kendte forud for lanceringen af både Long Jacket og Parka Coat, og at de pågældende karakteristika ikke selvstændigt er designet eller på anden måde skabt af Daniel Brix Hesselager, [...]"*.

Regnjakkerne fra Rains er derfor ubestridt alene udtryk for en sammenstilling af allerede kendte designelementer.

### 3.1.2 Long Jacket og Parka Coat består næsten udelukkende af funktionelt bestemte elementer

I sin første skønserklæring (spørgsmål IS, ...), vurderer skønsmanden, at 14 ud af 18 kendte detaljer i Long Jacket og Parka Coat er af funktionel karakter. To detaljer anser skønsmanden for at være af designmæssig karakter

(logoknapper og v-cut). To detaljer er ikke kategoriseret af skønsmanden som værende enten funktionelle eller designmæssige.

For en række af disse funktionelle detaljer kunne der, ifølge skønsmandens besvarelse på spørgsmål SS 2 ..., anvendes andre løsninger (fx en almindelig ikke-vandtæt lynlås i stedet for den anvendte vandtætte folie-lynlås). For en række af de funktionelt bestemte detaljer gælder dog, at de alternative løsninger, som skønsmanden anfører, enten medfører en nedsat funktion (fx i forhold til at holde vand ude) eller at funktionen, hvis den alternative løsning vælges, ikke længere er til stede (fx fjernelse af snørekanal i hætte eller skygge på hatten).

Når Rains således konkluderer i sit første afsluttende processkrift, at Daniel Brix Hesselager efter skønsmandens vurdering har haft en betydelig valgfrihed i frembringelsen af jakkerne, er der med andre ord tale om, at Daniel Brix Hesselager i begrænset omfang kunne have valgt andre formgivningsmæssige udtryk med bibevarelse af samme funktionalitet.

Det forhold, at der for visse elementer i Long Jacket og Parka Coat har eksisteret en valgfrihed, ændrer imidlertid ikke på, at regnjakkerne (med undtagelse af to ubetydelige detaljer) i deres helhed er udtryk for en sammenstilling af kendte designelementer, der alle er af funktionel karakter.

### 3.1.3 Det er sandsynligt at en anden designer kunne været nået frem til en regnjakke lignende Long Jacket

Skønsmanden svarer ..., at "Long Jacket er designmæssigt hverken innovativ eller bryder med kendte designtiltag, og Long Jacket lægger sig op ad en allerede eksisterende trend, jf. førnævnte bilag. ..." (fremhævet her).

Med to årtiers erfaring konkluderer skønsmanden herefter, at "Long Jacket er designet med baggrund i klassiske regnjakker og uden ekstraordinære elementer, hvilket derfor gør det sandsynligt, at en anden designer med inspiration fra allerede eksisterende regntøj kunne frembringe et lignende design indeholdende alle eller væsentlige detaljer." (fremhævet her).

Det forhold, at skønsmanden senere på forespørgsel herom vurderer det mindre sandsynligt, at en anden ville kunne designe en identisk regnjakke indeholdende *alle* enkeltelementer i Long Jacket (spørgsmål SS 1), er logisk. Det ændrer imidlertid ikke på den omstændighed, at en anden person *sandsynligt* ville kunne nå til samme resultat som Daniel Brix Hesselager ifølge skønsmandens svar på spørgsmål SS1. Det ændrer heller ikke på, at Long Jacket ikke er udtryk for en særlig designmæssig eller kunstnerisk indsats af Daniel Brix Hesselager.

### 3.1.4 En egen intellektuel frembringelse?

...

Det er Zaras opfattelse, at skønsmandens svar skal forstås sådan, at alene designdetaljen "fishtail" i Parka Coat efter skønsmandens vurdering kan betragtes som værende et udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse.

Som allerede nævnt ovenfor gør Zara gældende, at det ikke var nyt i 2012 at arbejde med trekantede udtryk i overtøjsbeklædningsbranchen. Under alle omstændigheder gøres det gældende, at 'fishtailen' ikke i sig selv giver hele regnjakken værkshøjde.

Som allerede nævnt har Rains da også selv erkendt i sit afsluttende proceskrift 2, at ingen af designelementerne i Long Jacket eller Parka Coat er designet eller på anden måde skabt af Daniel Brix Hesselager, hvorfor ingen af detaljerne således er udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse.

Rains har som opfølgning på skønsmandens ovennævnte svar stillet to supplerende spørgsmål (SS 3 og SS 4). ...

Zara må forstå skønsmandens udtalelse sådan, at Rains' regnjakker grundlæggende fremstår for skønsmanden som en gengivelse af allerede eksisterende produkter, og at Rains' regnjakker ikke adskiller sig fra andre regnjakker.

På ovenstående baggrund gør Zara gældende, at Long Jacket og Parka Coat ikke fremstår som udslag af en kreativ indsats af, eller originalitet hos Daniel Brix Hesselager, og at regnjakkerne således ikke udgør en egen intellektuel frembringelse.

#### 4. INGEN OPHAVSRETTLIG BESKYTTELSE

Zara bestrider på den anførte baggrund, at Long Jacket og Parka Coat er ophavsretligt beskyttede, jf. ophavsretslovens § 1.

Rains' regnjakker fremstår i al væsentlighed som en sammenstilling af enkeltstående designelementer, som alle var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet, hvilket understreges af skønsmandens erklæringer, og er erkendt af Rains selv. Der er derfor ikke tale om nogen selvstændig skabende designindsats, og der kan derfor ikke blive tale om nogen ophavsretlig beskyttelse af Rains' design, jf. nærmere nedenfor.

Allerede før Rains begyndte sine aktiviteter, fandtes på markedet regnjakker, der minder om Rains'. Zara har til dokumentation herfor fremlagt en lang række bilag med billeder af udvalgte regnjakker fra år 2009 - 2012. [Der] ... er endvidere fremlagt oversigter, der sammenstiller en række af disse billeder af regnjakker.

##### 4.1.1 Fast dansk retspraksis afviser ophavsretlig beskyttelse af sammenstilling af kendte elementer

Det følger af fast dansk retspraksis, at der skal tages hensyn til den markeds-mæssige bevægelsesfrihed for at modvirke monopolisering, når der tales om ophavsretlig beskyttelse for modeartikler.

Der henvises i den forbindelse til UfR 2012.129H (Nørgaard) ..., hvor såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret (der tiltrådte Sø- og Handelsrettens bemærkninger) fastslog, at: "*Under hensyn til den markeds-mæssige bevægelses-*

*frihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler, som begrebsmæssigt er skabt til at være markedsført flygtige."*

En sådan originalitet/kunstnerisk indsats er ikke til stede, når der er tale om en sammenstilling/formgivning bestående af kendte elementer, således som i nærværende sag. Der kan henvises til en række yderligere afgørelser fra retspraksis:

UfR 1981.946H ...: Højesteret anfører i sine præmisser, at: "*Det tiltrædes, at de af appellanten fremstillede stel, som efter skønsmændenes udtalelse beror på kendte principper og ingen nyskabelse indeholder, ikke kan anses tilvejebragt ved en sådan selvstændig kunstnerisk indsats, at de nyder beskyttelse efter ophavsretsloven.*"

UfR 2007.951H ...

Sø- og Handelsrettens dom af 14. december 2009 (utrykt) (Inter Leather) ...: "*De formgivnings-elementer, herunder den afrundede frontklap, som parternes pungmodeller er sammensat af, må anses for almindelige og basale og frit tilgængelige for den enkelte producent at benytte. Ingen af elementerne kan således anses for nye, og sammensætningen af disse kan ikke antages at give nogen af modellerne noget væsentligt særpræg. Under de anførte omstændigheder er Poul Hansens Lædervarers pungmodel 7333 ikke beskyttet efter ophavsretsloven [...]."*

Sø- og Handelsrettens kendelse af 20. marts 2017 (utrykt) (Rains) ...: "*Retten lægger efter bevisførelsen, herunder Daniel Brix Hesselagers forklaring, til grund, at den selvstændige frembringelsesproces for Rains' regnjakker i alt væsentligt bestod i at sammenstille enkeltstående designelementer, som var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet. Retten finder ikke, at Rains har sandsynliggjort, at dette arbejde er udtryk for en sådan selvstændig skabende designindsats, at de to regnjakker, Long Jacket og Jacket, nyder ophavsretlig beskyttelse. Retten har herved også lagt vægt på, at regnjakkerne i form og udtryk er forholdsvis enkle frembringelser, som er sammensat af et begrænset antal designelementer, der som anført kan henføres til det almindelige formforråd. Retten finder således ikke, at ophavsretslovens krav om en vis nyhed og individualitet er opfyldt. Det kan ikke føre til andet resultat, at Rains som materiale til regnjakkerne har valgt at anvende et tyndt PU-materiale, hvilket til dels er funktionsbestemt.*"

...

Zara gør gældende, at både Long Jacket og Parka Coat udelukkende eller i overvejende grad er udtryk for en sammenstilling af enkeltstående designelementer, der var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet. Der er ikke ydet nogen kreativ indsats ved sammenstillingen heraf, idet sammenstillingen alene kan karakteriseres som en idé (se udførligt herom pkt. 4.1.4). Regnjakkerne fra Rains har derfor ikke værkshøjde i ophavsretlig forstand. Skønsmanden må med sine erklæringer anses at have bekræftet dette. Allerede af denne grund foreligger der derfor ingen ophavsretlig beskyttelse.

#### **4.1.2 Dansk retspraksis yder begrænset ophavsretlig beskyttelse til funktionelt prægede produkter**

Skønsmanden har i sin erklæring vurderet, at 14 ud af 18 kendte detaljer i Long Jacket og Parka Coat er af funktionel karakter. I sit afsluttende proceskrift 2 har Rains også selv beskrevet regnjakker som et funktionelt bestemt (mode)produkt. Da designdetaljerne i Long Jacket og Parka Coat således i langt overvejende grad er dikteret og/eller præget af tekniske eller praktiske hensyn, foreligger der også af denne grund ingen ophavsretlig beskyttelse, jf. Produkterfterligninger (Borcher, 2. omarbejdede udgave, 2003, s. 95, ...) og eksempelvis højesterets præmisser i UfR 1956.237/2H ... Landsretten fandt ikke, at en brødkærer var ophavsretligt beskyttet ... Højesteret nåede til samme resultat med begrundelsen, "[...] at brødkæreren er et rent arbejdsredskab, ved hvilket den skete kunstneriske udformning af en del af redskabet må anses som værende af ganske underordnet betydning i forhold til det praktiske formål [...]."

Tilsvarende fandt Sø- og Handelsretten i UfR 1981.946H ..., at et stel ikke nød beskyttelse efter ophavsretsloven. Det fremgår af Sø- og Handelsrettens præmisser, at "*Ideen kan efter det oplyste ikke anses for ny, og sagsøgerens udformning har ikke givet stellingen et sådant særpræg udover det funktionelt nødvendige, at det af denne grund kunne opnå beskyttelse som brugskunst.*" Højesteret stadfæstede Sø- og Handelsrettens dom.

Da elementerne i Long Jacket og Parka Coat udover at være kendte samtidig også er funktionelt betingede (med henblik på bl.a. at holde vand ude), foreligger der ingen kunstnerisk indsats i forhold til regnjakkerne, hvorfor ophavsretlig beskyttelse også af denne grund konkret må afvises.

Hvis retten mod forventning måtte finde, at den ene detalje ("fishtail"), som skønsmanden som svar på spørgsmål 2 fremhæver ved Parka Coat, kunne være udtryk for en kunstnerisk udformning/udgøre en egen intellektuel frembringelse, er denne detalje af ganske underordnet betydning i forhold til regnjakkens praktiske formål, jf. tilsvarende højesterets præmisser citeret ovenfor i UfR 1956.237/2H ..., hvorfor der ikke foreligger nogen ophavsretlig beskyttelse af regnjakken som helhed.

#### **4.1.3 Long Jacket og Parka Coat havde i 2012 samme overordnede fremtoning som andre produkter på markedet**

Zara har fremlagt en række bilag i sagen, der dokumenterer, at der var regnjakker på markedet på frembringelsestidspunktet som samlet set havde samme overordnede fremtoning som Long Jacket og Parka Coat. Der henvises til oversigtsbilagene ..., der sammenstiller en række af de bilag, som Zara har udarbejdet og fremlagt i sagen.

Regnjakkerne fra Rains mindede således på frembringelsestidspunktet i 2012 meget om andre regnjakker på markedet og var dermed uden fornødent særpræg. Daniel Brix Hesselager har således ikke foretaget kreative og frie valg ved udvælgelsen og sammenstillingen af de almenkendte- og funktionelle elementer, som begge Rains jakkerne består af. Regnjakkerne er følgelig uden værkshøjde/originalitet, jf. også Sø- og Handelsrettens dom af 4. juni 2019 i sag BS-1498/2016 modsætningsvist, Anne Black (utrykt) ...

#### **4.1.4 Dansk retspraksis er i overensstemmelse med EU-retten**

Det er tilsyneladende Rains opfattelse, at det vil være i strid med EU-rettens originalitetskrav, hvis en sammenstilling af enkeltstående designelementer, som var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet, ikke er ophavsretligt beskyttet. Det bestrider Zara.

EU-Domstolen anerkender ikke, at sammenstillingen af kendte elementer på en ny måde i alle tilfælde kan karakteriseres som original, ligesom EU-Domstolen ikke anerkender, at originalitetskravet er opfyldt, hvis udtryksformen er bestemt af den tekniske (funktionelle) funktion, ligesom det er tilfældet for Long Jacket og Parka Coat, hvor skønsmanden har vurderet, at regnjakkernes elementer i langt overvejende grad er kendte og funktionel bestemte.

Ifølge EU-retten er det op til de nationale domstole at vurdere, hvornår en frembringelse er et værk og dermed opfylder originalitetskravet. Det EU-retlige originalitetskrav er dog heller ikke opfyldt ved en sammenstilling/formgivning bestående af kendte elementer, jf. bl.a. Generaladvokat M. Szpunar, der i sit forslag til afgørelse fremsat 2. maj 2019, ECLI:EU:C:2019:363 ... vedrørende EU-Domstolens dom af 12. september 2019, Cofemel, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, har udtrykt det således, at:

*"58. For det andet er ophavsretten baseret på en sondring mellem idéen og dens udtryk, hvoraf alene udtrykket er beskyttet. For brugskunstværker kan dette modsætningsforhold efter min opfattelse mindske de konkurrenceskadelige effekter af deres ophavsretlige beskyttelse."*

[...]

*60. Kvalificering af de omhandlede frembringelser som værker, der kan beskyttes, og konstatering af en eventuel krænkelse, hvilket er rent formelle elementer, henhører selvfølgelig fuldt ud under den nationale domstols vurdering. Det forekommer mig imidlertid, at kendetegn såsom »specifik sammensætning af former, farver, ord og tal«, »farvesammensætningen«, placering af »lommen på maverregionen« eller »samling af [...] tre stykker stof«, som det er foreholdt Cofemel, at denne skulle have reproduceret, bør analyseres som idéer, der kan have forskellige udtryk, eller endda som funktionelle løsninger, og ikke dækkes af den ophavsretlige beskyttelse."*

Med andre ord er det Generaladvokatens opfattelse, at en sammenstilling (jf. benævnelsen "specifik sammensætning", "reproduceret") af kendte elementer (jf. benævnelsen "»former, farver, ord og tal«, »farvesammensætningen«, placering af »lommen på maverregionen« eller »samling af [...] tre stykker stof«") er udtryk for en idé (eller som "funktionelle løsninger"), som ikke beskyttes efter ophavsretten. En sådan sammenstilling af kendte elementer kan således være udtryk for en ny idé, der dog ikke hører til under den ophavsretlige beskyttelse ifølge EU-retten.

Derudover har EU-Domstolen op til flere gange statueret, at en frembringelse bestemt af tekniske hensyn/funktionelle løsninger ikke kan anses for at have den nødvendige originalitet til at kunne udgøre et værk. Det følger således bl.a. af EU-Domstolens dom af 22. december 2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 ..., at :

"45 Domstolen har udtalt, at ophavsretten efter direktiv 2001/29 kun kan finde anvendelse i relation til en genstand, der er original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse [jf. i denne retning for så vidt angår artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 Infopaq International-dommen, præmis 33-37].  
[...]

49 Som generaladvokaten har anført i punkt 75 og 76 i forslaget til afgørelse, er originalitetskriteriet ikke opfyldt, såfremt de nævnte komponenters udtryksform er bestemt af den tekniske funktion, idet de forskellige måder, hvorpå idéen kan virkeliggøres, er så begrænsede, at idéen og udtrykket er sammenfaldende.

50 I en sådan situation giver den grafiske brugergrænseflades komponenter ikke ophavsmanden mulighed for at udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der udgør hans egen intellektuelle frembringelse."

Af nylig retspraksis kan endvidere henvises til EU-Domstolens dom af 12. september 2019, Cofemel, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, præmis 31 ..., hvoraf fremgår, at:

"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 [...]."

For at en sammenstilling af kendte og funktionelle elementer overhovedet kan medføre ophavsretlig beskyttelse kræves således, at ophavsmanden gennem udvælgelsen eller struktureringen på original vis udtrykker sine kreative evner ved at foretage frie og kreative valg og dermed sætter sit personlige præg, jf. til sammenligning bl.a. EU-Domstolens dom af 1. marts 2012, Football Dataco m.fl., C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, præmis 38 ...

Generaladvokat Y. Bots anfører i sit forslag til afgørelse af 14. oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:611, præmis 76 ... til ovennævnte sag, *Bezpečnostní softwarová asociace*, i forhold til ophavsretlig beskyttelse af tekniske komponenter, at:

"[...] Hvis en sådan mulighed stod åben, ville dette have til følge, at visse selskaber ville opnå en eneret på markedet for edb-programmer, hvorved opfindelser og innovation på dette marked ville blive hæmmet væsentligt, hvilket strider mod formålet med direktiv 2001/29."

Tilsvarende vil være tilfældet, hvis Rains får en ophavsretlig beskyttelsesperiode på 70-årig fra ophavsmandens død til et simpelt regnjakkeprodukt, hvilket må anses at ville begrænse innovation og konkurrence på det danske marked for regnjakker væsentligt, og må anses for stridende mod formålet med direktiv 2001/29.

EU-retten anerkender også, at der er en tærskel for originalitet, hvilket Generaladvokat M. Szpunar bemærker i sit forslag til afgørelse af 2. maj 2019, ECLI:EU:C:2019:363, præmis 57 ... til ovennævnte sag, Cofemel, hvoraf det følger, at:



*"For det første er der en tærskel for originalitet i ophavsretten, selv om denne normalt ikke er særlig høj. For at kunne beskyttes, skal ophavsmandens indsats være fri og kreativ. [...] Ethvert brugsmæssigt produkt besidder et visuelt aspekt, som er et resultat af udviklerens arbejde. Imidlertid vil ikke ethvert visuelt aspekt være ophavsretligt beskyttet."*

Det er desuden uden betydning, at sammenstillingen af de enkelte elementer – fx sammenstillingen af elementerne i Rains' jakker – har nødvendiggjort et betydeligt arbejde og kunnen fra ophavsmandens side, hvis dette arbejde ikke udtrykker nogen form for originalitet i udvælgelsen, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 1. marts 2012, *Football Dataco m.fl.*, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, præmis 42 ...

Dansk retspraksis ses således at være i overensstemmelse med fast EU-retspraksis.

Endelig har EU-Domstolens dom af 1. december 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 ..., som Rains i sine processkrifter under sagen har henvist til, da heller ikke medført ændringer i dansk ophavsretspraksis i forhold til brugskunst eller modetøj, jf. de ovenfor refererede danske domme, hvoraf flere er afsagt efter *Painer*-dommen.

At dansk retspraksis ikke giver anledning til tvivl om sin overensstemmelse med EU-retten følger endvidere af Sø- og Handelsrettens kendelse af 7. september 2017, *Würtz* (utrykt) ..., hvorved en anmodning om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen vedrørende netop den ophavsretlige beskyttelse af brugskunst blev afslået. *Painer*-dommen ..., blev påberåbt til støtte for forelæggelse. Det anføres i Sø- og Handelsrettens præmisser, at *"[...] retten finder ikke, at EU-rettens regulering af betingelserne for ophavsretlig beskyttelse, herunder af brugskunst, af beskyttelsesomfanget eller krænkelsevurderingen giver anledning til tvivl af en sådan karakter, at det er nødvendigt at forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål [...]."*

Ved kendelse af 21. marts 2018 (utrykt) ... stadfæstede Vestre Landsret denne afgørelse, idet landsretten bemærkede, at *"Landsretten tiltræder Sø- og Handelsrettens vurdering af, at EU-retten ikke giver anledning til en sådan tvivl, at der er behov for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-retten."*

Dansk retspraksis er således i overensstemmelse med EU-retten. Rains har da heller ikke konkret anmodet om en præjudiciel forelæggelse i nærværende sag.

#### 4.1.5 Konklusion

Zara bestrider på baggrund af gennemgangen ovenfor, at Long Jacket og Parka Coat har værkshøjde, er udtryk for en selvstændig skabende designindsats eller udgør en egen intellektuel frembringelse. Begge Rains' regnjakker er uden originalitet pga. manglende kreativ, skabende og fri indsats fra Daniel Brix Hesselagers side. Der kan derfor ikke blive tale om en ophavsretlig beskyttelse.

Både Long Jacket og Parka Coat fremstår som en sammenstilling af almindeligt kendte designelementer uden værkshøjde. Ingen af elementerne kan anses for nye/originalt, og heller ikke sammenstillingen af disse almindelige detaljer kan antages at give nogen af modellerne noget væsentligt særpræg eller at være udtryk for ophavsmandens intellektuelle frembringelse. Regnjakkernes fremtoning var desuden ikke ny på lanceringstidspunktet i 2012, og designelementerne i regnjakkerne er derudover i altovervejende grad funktionelt/teknisk betingede.

Regnjakkerne Long Jacket og Parka Coat er derfor ikke udtryk for Daniel Brix Hesselagers egen intellektuelle frembringelse.

## 5. INGEN OPHAVSRETTLIG KRÆNKELSE

### 5.1.1 Zaras regnjakker udgør ikke en efterligning, jf. ophavsretslovens § 2

Hvis retten måtte finde, at Long Jacket og/eller Parka Coat har værkshøjde/er udtryk for en egen intellektuel frembringelse, er den ophavsretlige beskyttelse heraf stærkt begrænset i flere henseender.

Som det anføres i Markedsretten (Larsen m.fl., 1. udgave, 2019, s. 79, ...), har "*Originalitetskravet [...] betydning for krænkelsevurderingen i den forstand, at beskyttelsen afhænger af graden af originalitet [...]. Hermed menes, at værker med stor originalitet giver bredere beskyttelse, mens værker med lille originalitet [...] giver smallere beskyttelse. Dette er en fundamental IP-retlig grundsætning [...]*".

Da såvel Parka Coat som Long Jacket har ringe (hvis nogen) originalitet, idet begge jakker er i en enkelt stil, som indeholder alment kendte elementer, der i den grad er præget af funktionalitet, jf. det tidligere anførte herom, er en eventuel beskyttelse yderst smal. Det betyder ifølge retspraksis, at beskyttelsen er begrænset til alene meget nærgående efterligninger.

Højesteret anførte således i sine præmisser i UfR 2001.747H ..., at "*Da stolen som anført af Peter Opsvik er skabt i et funktionalistisk formsprog, bør den ophavsretlige beskyttelse herefter begrænses til meget nærgående efterligninger.*"

Dette gentages i UfR 2014.954H ..., hvor Højesteret anførte, at: "*Vola KV1 er en funktionsbestemt genstand skabt i et funktionalistisk formsprog, og den ophavsretlige beskyttelse er derfor begrænset til meget nærgående efterligninger. [...]*".

Endelig kan nævnes UfR 2014.3539H ..., hvor det af Højesterets præmisser fremgår, at: "*MONTANA er et funktionsbestemt produkt skabt i et funktionalistisk formsprog, og den ophavsretlige beskyttelse er derfor begrænset til meget nærgående efterligninger. [...]*".

Det bemærkes, at en sådan begrænsning er i overensstemmelse med EU-retten. I Markedsretten (Larsen m.fl., 1. udgave, 2019, s. 80, ...) anføres således, at "*Ikke desto mindre har [EU-]Domstolen udfordret dette princip på det ophavsretlige område ved at fastslå, at "når det drejer sig om et portrætfotografi [med en ofte lav grad af originalitet], kan beskyttelsen i henhold til [INFOSOC-D] ikke være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker" [...]. Præmissen kan fortolkes sådan, at alle værker uanset graden af originalitet skal have samme*

*beskyttelse [...]. En sådan fortolkning har dog næppe været Domstolens hensigt, da der ikke synes at være holdepunkter for at behandle IP-retten forskelligt i denne henseende." (min tilføjelse og fremhævet her). Det bemærkes, at den refererede litteratur er udkommet efter den nylige EU-dom Cofemel ..., som er refereret ovenfor.*

Beskyttelsen gælder alene de elementer, der har værkshøjde. ...

Fra retspraksis kan bl.a. nævnes UfR 2001.747H ..., hvor Højesteret udtalte: "beskyttelsen efter ophavsretsloven § 1 kan [...] kun angå de former, der ikke er en nødvendig følge af den konstruktive idé".

Tilsvarende fandt Højesteret i UfR 2014.954H ..., at " [...]. Højesteret finder herefter, at Osier og BLANCO ikke kan anses som efterligninger af Vola KV1 ved en helhedsbedømmelse baseret på de punkter, der er særegne for Vola KV1."

Ligeledes UfR 2015.992H ..., hvor Højesteret anfører: "Om der foreligger en krænkelse af ophavsretten må herefter, [...] bero på, om den eventuelt krænkende stols formmæssige design indebærer en tilstrækkelig frigørelse fra det særegne ved TRIPP TRAPP stolens udformning, hvorved der som anført ikke indgår formelementer, der følger af den konstruktive idé, og heller ikke formelementer, der følger af stolens funktion. [...] Sammenligningen beror [...] på en helhedsbedømmelse baseret på de formelementer, der er særegne for TRIPP TRAPP stolen, og som har betinget den ophavsretlige beskyttelse."

Zara gør gældende, at ingen designelementer i Long Jacket eller Parka Coat selvstændigt har værkshøjde eller kan bibringe regnjakkerne som helheder værkshøjde. Hvis retten måtte finde, at elementer i Long Jacket eller Parka Coat selvstændigt har værkshøjde eller bidrager til, at Rains' regnjakker har værkshøjde, gør Zara gældende, at regnjakkerne fra Zara ikke ligner Long Jacket eller Parka Coat på de punkter, der skulle være særegne, og/eller at Zaras jakker ikke udgør meget nærgående efterligninger. Der foreligger derfor ikke nogen ophavsretlig krænkelse. Der henvises nærmere til det i pkt. 7.1.2 nedenfor anførte om forskellene mellem regnjakkerne fra Rains og Zara.

## 6. INGEN MARKEDSFØRINGSRETTLIG BESKYTTELSE

Zara bestrider, at Long Jacket og/eller Parka Coat er markedsføringsretligt beskyttet, jf. den nugældende markedsføringslovs § 3 (tidligere § 1).

### 6.1.1 Long Jacket og Parka Coat er og var del af en generel markedstrend og mangler særpræg

Zara har fremlagt en lang række bilag, der dokumenterer, hvordan regnjakker på markedet generelt lignede og fortsat ligner hinanden. Der henvises til oversigtsbilagene ..., der sammenstiller billederne i en række af de bilag, som Zara har udarbejdet og fremlagt i sagen. Long Jacket og Parka Coat minder således om alle andre regnjakker på markedet og er uden fornødent særpræg i markedsføringsretlig forstand.

Selv i de tilfælde, hvor der kan være tale om mindre forskelle mellem Rains' produkter og andre produkter på markedet, er der tale om forskelle af så beskeden karakter, at dette ikke giver et særpræg, der beskyttes efter markedsføringslovens § 1.

Det følger af fast dansk retspraksis, at beskyttelsesbetingelsen om særpræg/kommerciel adskillelsesevne er en absolut beskyttelsesforudsætning. Er betingelsen om særpræg ikke opfyldt, gives der ingen markedsføringsretlig beskyttelse, selv ikke mod bevidste efterligninger, jf. Markedsføringsloven (Borcher m.fl., 3. udgave 2013, s. 67 ...).

Der er for Long Jacket og Parka Coat tale om sammenstillinger af i forvejen kendte designelementer, jf. tilsvarende pkt. 4.1.1 ovenfor og skønsmandens erklæringer. Dette betyder, at Rains' regnjakker ikke har noget særpræg, jf. UfR 2007.951H ..., hvor såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret (der tiltrådte Sø- og Handelsrettens bemærkninger) fastslog, at: "... *Selvom det fremgår af skønsmandens erklæring, at der er en indsats i udformningen af [...], finder retten efter en samlet vurdering, at der er tale om anvendelse af så velkendte formprincipper, at [...] heller ikke har særpræg. [...]*" (fremhævet her).

Tilsvarende fremgår af Sø- og Handelsrettens dom af 8. juli 2008 (utrykt) (Style Butlers) ..., hvor det af rettens præmisser bl.a. følger, at: "*Style Butlers toppe, bluser, trøjer og cardigans har således ligesom også Rosemundes toppe, bluser, trøjer og cardigans betydelig lighed med andre tilsvarende produkter på markedet. Retten finder det på denne baggrund ikke godtgjort, at Style Butlers produkter i forhold til andre tilsvarende produkter på markedet har et sådant særpræg og er resultatet af en sådan selvstændig indsats, at de er til hinder for Rosemundes markedsføring af de produkter, som sagen angår. ....*" (fremhævet her).

De af Zara fremlagte bilag viser et væsentligt antal regnjakker, der alle indeholder en række af de designelementer, der genfindes i Long Jacket og Parka Coat. Regnjakkerne fra Rains har således betydelige ligheder med tilsvarende produkter på markedet og mangler derfor særpræg. Dette er også skønsmandens vurdering, idet skønsmanden i sin supplerende skønserklæring på spørgsmål SS 1 svarede, at "*Long Jacket er designmæssigt hverken innovativ eller bryder med kendte designtiltag, og Long Jacket lægger sig op ad en allerede eksisterende trend [...]*" samt at "*Long Jacket er designet med baggrund i klassiske regnjakker og uden ekstraordinære elementer [...]*". Endvidere fandt skønsmanden som svar på spørgsmål 4, at "*Regnjakken Parka Coat er bygget op omkring allerede eksisterende elementer kendt fra regnjakker og funktionsovertøj*".

...

Da designdetaljerne i regnjakkerne Long Jacket og Parka Coat tillige i langt overvejende grad er dikteret og/eller præget af tekniske eller praktiske hensyn (at holde vand ude), foreligger der af denne grund heller ikke noget markedsføringsretligt særpræg, jf. eksempelvis UfR 2012.1983H ...

...

Zara gør gældende, at Rains' regnjakker aldrig har haft særpræg, og at Long Jacket og Parka Coat ikke i tilstrækkeligt omfang adskiller sig fra eksisterende produkter. Hvis der nogensinde har været særpræg i markedsføringsretlig forstand, er dette endvidere under alle omstændigheder udvandet og tabt i dag som følge af markedets almindelige anvendelse af de designelementer, som Rains mener giver særpræg, jf. tilsvarende princippet i

varemærkelovens § 26, stk. 1, nr. 1. Til sammenligning henvises til Produkt-efterligninger (Borcher, 2. omarbejdede udgave, 2003, s. 164, ...) hvoraf følger, at "Produkter, der i det hele er uden særpræg, og som tilhører det almindelige formforråd, nægtes markedsføringsretlig beskyttelse. SHD af 24. januar 1996, V-0003-95 (Polstersofa 1): »... det må lægges til grund, at møbelproducenterne generelt orienterer sig gennem messebesøg ... og indretter deres produkter herefter ... Sofamodellen med skråt afskårne armlæn og løse armpuder må betragtes som en model, der gennem de adskillige år på markedet har udviklet sig til en klassisk sofa-model«. Fraværet af særpræg er således konkret baseret på et udvandingssynspunkt."

Zara bestrider på denne baggrund, at Long Jacket og Parka Coat i dag har kommerciel adskillelsesevne i forhold til de mange, mange andre regnjakker, der findes på det danske marked.

...

## 7. INGEN MARKEDSFØRINGSRETTLIG KRÆNKELSE

### 7.1.1 Fast dansk retspraksis beskytter kun mod slaviske efterligninger af mo-deprodukter

...

Det følger af meget klar højesteretspraksis, at når der er tale om enkle mo-deprodukter (som det er tilfældet i nærværende sag), er kriteriet for krænkelse efter markedsføringslovens § 3 (tidligere § 1), slavisk efterligning og hvad der må sidestilles hermed, jf. bl.a. UfR 2004.737H ..., UfR 2004.1302H ..., UfR 2008.446H ... og UfR 2012.129H ...

Selv en nærliggende efterligning, som Rains gør gældende, at der foreligger her, er ikke i strid med markedsføringslovens § 3.

I Højesterets præjudikat, UfR 2004.737H ..., anføres: "Således som bukserne fremtræder, er der tale om en modevare med et meget ringe særpræg i forhold til en række andre lignende bukser, der blev markedsført i Danmark i 1998/1999 og måske tidligere. En sådan vare kan efter markedsføringslovens § 1 være beskyttet mod slaviske efterligninger og hvad der må sidestilles hermed, men ikke mod selv forholdsvis nærgående efterligninger." (fremhævet her).

Højesterets udtalelser gentages i UfR 2004.1302H ..., hvor det anføres, at: "Den fremtræder som en almindelig modevare med et meget enkelt design og med ringe særpræg. Som fastslået i Højesterets dom af 4. december 2003 i sag nr. 278/2002 er en sådan vare efter markedsføringslovens § 1 kun beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed." (fremhævet her).

Retstilstanden fastslås igen af Højesteret i UfR 2008.446H ...: "Således som Avanti-skoen fremtræder, er der tale om en modevare med ringe særpræg. En sådan vare er efter markedsføringslovens § 1 kun beskyttet mod slavisk efterligning, og hvad der må sidestilles hermed." (fremhævet her).

Også i UfR 2012.129H ... gentages dette princip, idet det anføres at: "Som anført af Sø- og Handelsrettens flertal i forbindelse med spørgsmålet om beskyttelse efter ophavsretsloven er Nørgaards T-shirt en frembringelse af betydelig enkelhed, og den består udelukkende af velkendte design- og formelementer. Efter vores opfattelse er en sådan vare – selv om den er velkendt – efter markedsføringslovens § 1

kun beskyttet mod slaviske efterligninger, og hvad der må sidestilles hermed ..."  
(fremhævet her).

Selv "nærgående efterligninger" beskyttes således ikke efter markedsføringslovens § 3.

### 7.1.2 Regnjakkerne fra Zara udgør ikke slaviske efterligninger

...

Som det med al tydelighed kan ses af [Zaras sammenligningsbilag], foreligger der så mange forskelle mellem regnjakkerne fra Rains og Zara, at der klart ikke er tale om slaviske efterligninger, eller hvad der må sidestilles hermed. At selv få forskelle mellem produkter medfører, at der ikke er tale om produktefterligninger i markedsføringslovens forstand følger eksempelvis af UfR 2004.737H ..., hvor det fremgår af præmisserne, at "*Bestsellers Streetpocket P-bukser adskiller sig fremtoningsmæssigt fra Kannothe-bukserne ikke blot ved, at de ikke er forsynet med udvendigt varemærke, men også bl.a. ved, at de har en anden lukning og lidt anderledes sidelommer, ligesom bomuldsstoffet er af en anden kvalitet. Højesteret finder, at Bestseller under disse omstændigheder ikke har handlet i strid med god markedsføringsskik ved sin markedsføring af Streetpocket P-bukserne. Højesteret tager derfor Bestsellers frifindelsepåstand til følge.*"

... Hvis retten måtte finde, at Rains' regnjakker overhovedet er markedsføringsretligt beskyttede, er det Zaras opfattelse, at forskellene mellem regnjakkerne fra Rains og Zara er så tydelige, at der konkret ikke er tale om ulovlige produktefterligninger.

## 8. RAINS' BILAG ...

Rains har ikke med [købsaftalen af 20. november 2015 og fakturaer fra Kina] fremlagt dokumentation for, at Zara (eller andre selskaber relateret til Zara, herunder Inditex) skulle have haft nogen relation og/eller kontakt til de selskaber, som er anført i den ordrebekræftelse/købsaftale ... eller de fakturaer ..., som Rains har fremlagt, og dermed heller ikke til de to vidner ... som Rains agter at afhøre.

### 8.1.1 [Købsaftale af 20. november 2015]

Af den autoriserede oversættelse af [købsaftalen af 20. november 2015] ... fremgår, at parterne til denne ordrebekræftelse eller købsaftale ... er Zhejiang Jiatong Trading Co., Ltd (køber) og Yangzhou Haiyun Garment Co. Ltd (sælger).

Med andre ord er Zara (eller andre selskaber relateret til Zara, herunder Inditex) ikke angivet som part på ordrebekræftelsen/købsaftalen ... Herudover fremgår det ikke af [købsaftalen af 20. november 2015], at nogen af selskaberne skulle være "agent" for Zara ... Endelig er det uklart, hvilket køb [købsaftalen af 20. november 2015] vedrører, og om der er tale om regnjakker, herunder om det er de i sagen berørte jakker.

[købsaftalen af 20. november 2015] udgør dermed ikke bevis for, at Zara skulle have haft kontakt til Jiang Haijun, Jiang Wanxing eller Wu Xinqang, herunder vedrørende de i sagen berørte jakker.

Derudover bemærkes, at ingen af de parter, som Rains har anført som værende part til ordrebekræftelsen/købsaftalen ..., fremgår af den autoriserede oversættelse heraf.

### 8.1.2 [Fakturaer fra Kina]

Som det fremgår af den autoriserede oversættelse af [fakturaerne fra Kina] ..., er parterne til disse fakturaer Hefei Guanxiang Leather Trading Co., Ltd (køber) og Hefei Guanyi Coated Fabrics Co., Ltd (sælger). Altså er heller ikke disse fakturaer udstedt af eller til Zara (eller andre selskaber relateret til Zara, herunder Inditex). Desuden fremgår ingen steder, at nogen af de nævnte selskaber skulle være "agent" for Zara ... Endelig er det uklart, hvad fakturaerne vedrører. Den certificerede translator, Ping Li, har angivet, at fakturaerne vedrører "merværdiafgift".

[Fakturaerne fra Kina] udgør dermed ikke bevis for, at Zara skulle have haft kontakt til Jiang Haijun, Joang Wanxing eller Wu Xinqang, herunder kontakt vedrørende de i sagen berørte jakker.

### 8.1.3 Zaras leverandører

Zaras (via Inditex) leverandør af art. 0706/437 (bilag 14, ...) var det tyrkiske selskab MRM Konfeksiyon San. VE Ticaret A.S. ("MRM"). ...

Zaras (via Inditex/ITX Trading S.A.) leverandør af art. 0049/410 (bilag 15, ...) var det kinesiske selskab Shanghai W-Best Imp. & Exp. Co., Ltd ("Shanghai W-Best"). ...

Zaras (via Inditex/ITX Trading S.A.) leverandør af art. 3286/300 (bilag 16, ...) var det kinesiske selskab Suzhou Depride Trading Co., Ltd. ("Suzhou Depride"). ...

Zara, Inditex/ITX Trading S.A. eller Inditex' leverandører har ikke givet eller modtaget instrukser eller fremsendt/vist prøver af Rains-jakker til brug for produktionen af Zaras jakker ...

I øvrigt bemærkes, at tilblivelseshistorien ikke er afgørende for sagens bedømmelse. Det afgørende er, hvorvidt slutproduktet adskiller sig fra et eksisterende produkt i et sådant omfang, at der ikke er tale om en slavisk efterligning, eller hvad der må sidestilles hermed, jf. pkt. 7 ovenfor. Det er en grundbetingelse for domfældelse efter markedsføringslovens § 3 (eller ophavsretsloven), at der er tale om efterligning, men derudover er spørgsmålet om "efterligning" ikke af selvstændig betydning, hvis de i sagen omhandlede produkter adskiller sig fra hinanden på en sådan måde, at der ikke kan antages at være tale om slavisk efterligning, eller hvad der må sidestilles hermed.

## 9. HOVEDANBRINGENDER

Zara gør til støtte for den nedlagte påstand om afvisning over for Rains' justerede påstand 1 gældende:

- at der mangler aktualitet for så vidt angår Rains' justerede påstand 1 vedrørende to af Zaras regnjakker, idet de af forbudspåstanden omfattede handlinger i forhold til disse regnjakker ikke foretoges på tidspunktet for sagens anlæg; og
- at én af Zaras regnjakker ikke har været udbudt på det danske marked, hvorfor hverken markedsføringsloven eller ophavsretsloven finder anvendelse for så vidt angår denne jakke, ligesom retten ikke kan træffe afgørelse om hypotetiske forhold.

Zara gør til støtte for den nedlagte subsidiære frifindelsespåstand over for Rains' justerede påstand 1 gældende:

- at Rains' regnjakker fremstår som en sammenstilling af designelementer, som alle var en del af det almene formforråd på frembringelsestidspunktet;
- at Rains' regnjakker er funktionelt bestemte produkter bestående af overvejende funktionelle elementer;
- at sammenstillingen af disse kendte og funktionelle elementer ikke er udtryk for originalitet;
- der for Rains' regnjakker således ikke tale om nogen selvstændig skabende designindsats/at Rains' regnjakker således ikke er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse;
- at Rains' regnjakker følgerig ikke er ophavsretligt beskyttede, jf. ophavsretslovens § 1;
- at der foreligger en række tydelige forskelle mellem Zaras og Rains' produkter;
- at Zaras regnjakker på baggrund af ovenstående ikke udgør krænkende efterligninger, jf. ophavsretslovens § 2;
- at dansk retspraksis inden for ophavsretten er i overensstemmelse med EU-retten;
- at Rains' regnjakker ikke adskiller sig nævneværdigt fra, hvad der ellers findes på markedet for regnjakker, eller fandtes forud for Rains-produkternes markedsintroduktion, og selv i de tilfælde, hvor der kan være tale om mindre forskelle til markedets trend, er der tale om forskelle af så beskeden karakter, at disse ikke bibringer et særpræg;
- at regnjakkerne fra Rains er og var del af en generel markedstrend;
- at Rains' regnjakker følgerig ikke er markedsføringsretligt beskyttet, jf. den nugældende markedsføringslovs § 3 (tidligere § 1), grundet manglende særpræg;



- at selv hvis særpræg på et tidspunkt har foreligget for Rains' regnjakker, så er dette under alle omstændigheder udvandet og tabt i dag, som følge af markedets almindelige anvendelse af de designelementer, som Rains mener giver særpræg;
- at kriteriet for krænkelse af modeprodukter efter fast dansk retspraksis angående markedsføringsloven er slavisk efterligning, og hvad der må sidestilles hermed, hvorimod selv forholdsvis nærgående efterligninger ikke beskyttes;
- at regnjakkerne fra Zara ikke udgør slaviske efterligninger, eller hvad der må sidestilles hermed;
- at i det omfang, at Zaras regnjakker overfladisk set kan ligne Rains' regnjakker, beror dette i alt væsentligt på fællestræk, som både regnjakkerne fra Rains og Zara har med resten af markedet, hvorfor disse således er en del af den generelle markedstrend; og
- at tilblivelsesprocessen for Zaras produkter er irrelevant for bedømmelsen af sagen, men at Zara i øvrigt ikke, som hævdet af Rains, har instrueret sine leverandører om at kopiere Rains' produkter.

..."

## **Rettens begrundelse og resultat**

De omhandlede regnjakkemodeller er funktionsbestemte produkter, som er skabt ved anvendelse af et antal enkle designelementer, der i vidt omfang varetager funktioner i relation til regnjakkeprodukternes brug, og som alle har grundlag i det almene formforråd.

### *"Jakke 14"*

"Jakke 14" blev markedsført og solgt i Danmark af Zara forud for sagens anlæg den 17. april 2017. Det er ikke oplyst, hvornår markedsføringen ophørte, men det er ubestridt, at "jakke 14" ikke blev solgt eller markedsført på tidspunktet for sagens anlæg. Zara har ikke taget bekræftende til genmæle over for Rains' påstand, men har (subsidiært) påstået frifindelse. Zaras principale påstand om afvisning tages herefter ikke til følge.

Rains' Long Jacket blev udviklet af Daniel Brix Hesselager i 2012 og fremstår som regnjakke som et enkelt, stilrent produkt, der ubestridt er sammensat af en række designelementer, der på frembringelsestidspunktet var kendte i forvejen, og som alle havde grundlag i det almene formforråd. Blandt designelementerne kan peges på firkantede tildede lomme-flapper med knap, tredelt hætte med snørekanal og kasketskygge, todelt rygstykke, sorte logoknapper, v-cut i rygskjold og i bunden af jakken og ærmejustering med trykknop. Ved sammensætningen af de

valgte designelementer og det valgte PU-materiale, bestående af 50 % polyurethane og 50 % polyester, fremstår Long Jacket med et klassisk og samtidig moderne udtryk.

Efter sagens oplysninger, herunder det afholdte syn og skøn, finder retten imidlertid efter en samlet vurdering, at der ikke foreligger tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at produktet med de beskrevne designelementer som en regnjakke på markedet kan anses at opfylde kravene til ophavsretslig beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 1.

Resultatet af frembringelsesprocessen med anvendelse af de nævnte designelementer og PU-materialet er efter rettens vurdering et produkt med et kvalitetsmæssigt, selvstændigt og minimalistisk udtryk med en sådan grad af udtryksmæssigt særpræg og kommerciel adskillelsesevne, at det nyder beskyttelse mod efterligninger efter markedsføringsloven. Zaras henvisning til øvrige regnjakkers tilstedeværelse på markedet findes ikke at kunne føre til en anden vurdering. Det bemærkes hertil, at produktet efter det fremkomne må anses at have en stærk markeds-mæssig identitet.

Det er rettens opfattelse, at Zaras "jakke 14", der ganske vist udviser detailforskelle i forhold til Long Jacket, herunder med hensyn til jakkelængde, lommernes størrelse, manglende v-cut i bunden af regnjakken, trykknapper og snørestropper, efter en helhedsvurdering, hvori indgår rettens besigtigelse af de fysiske produkter, giver et fremtoningsmæssigt udtryk, som i alt væsentligt svarer til Rains' Long Jacket. På denne baggrund finder retten, at "jakke 14" udgør en så nærgående efterligning af Long Jacket, at salg og markedsføring af "jakke 14" krænker Rains' rettigheder efter markedsføringsloven.

Zara har derfor handlet i strid med god markedsføringsskik ved at markedsføre og sælge sin "jakke 14" i Danmark, jf. markedsføringslovens § 3 (tidligere § 1), og Zara forbydes herefter som påstået af Rains at markedsføre, sælge samt importere produkterne som afbildet i bilag 14 i Danmark.

#### *"Jakke 15"*

Ingen oplysninger peger på, at "jakke 15" har været markedsført i Danmark, eller at markedsføring af denne jakke skulle være planlagt. "Jakke 15" er ikke identisk med "jakke 16", og da det af Rains påberåbte forhold vedrørende fælles designelementer og identiske udtryk ikke findes at kunne føre til en anden vurdering, afvises Rains' påstand for så vidt angår "jakke 15".

#### *"Jakke 16"*

Parka Coat blev udviklet af Daniel Brix Hesselager i 2012 og har været markedsført siden 2015. Parka Coat, der efter Daniel Brix Hesselagers forklaring er en videreudvikling af Long Jacket, fremstår som et enkelt, stilrent produkt, der ubestridt er sammensat af en række designelementer, der var kendte i forvejen, og som har grundlag i det almene formforråd. Blandt de designmæssige detaljer findes tredelt hætte med snøre og kasketskygge, todelt rygstykke med taljesnøre, elastik ved håndleddet, firkantede lommer med flapper og trykknapper samt vandtætte og svejsede lynlåse, hvor lynlåsen på brystlommen er karakteristisk bred og afrundet. Regnjakken er fremstillet i PU-materiale bestående af 50 % polyurethane og 50 % polyester. På regnjakkens ryg ses Rains' signatur v-cut-element samt en lukket "fishtail"-detalje med snøre.

Efter sagens oplysninger, herunder det afholdte syn og skøn, finder retten imidlertid efter en samlet vurdering, at der ikke foreligger tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at produktet med de beskrevne designelementer som en regnjakke på markedet kan anses at opfylde kravene til ophavsretslig beskyttelse, jf. ophavsretslovens § 1. Den særlige "fishtail"-detalje, der fremstår som udtryk for designerens egen intellektuelle frembringelse, og som af skønsmanden omtales som re-design af den klassiske Parka Coats "fishtail", ændrer ikke på afgørende måde herved. Det forhold, at Parka Coat i øvrigt fremstår som et æstetisk og vellykket kvalitetsprodukt, kan heller ikke føre til andet resultat.

Resultatet af frembringelsesprocessen med anvendelse af de nævnte designelementer og PU-materialet er et produkt med udtryksmæssigt særpræg og kommerciel adskillelsesevne. Parka Coat fremstår med et karakteristisk, cool og sporty udtryk.

Herefter, og idet Zaras henvisning til øvrige regnjakkers tilstedeværelse på markedet efter 2015 ikke findes at kunne føre til en anden vurdering, finder retten det ubetænkeligt at fastslå, at Parka Coat nyder beskyttelse mod efterligninger efter markedsføringsloven.

Zaras "jakke 16" er teknisk fremstillet på samme måde som Parka Coat, herunder med hensyn til PU-materialet, der er skåret og svejset identisk. "Jakke 16" består overordnet af samme designmæssige enkeltelementer, placeret på samme måde som Parka Coat. Der er detailforskelle på de to regnjakker, herunder blandt andet tilstedeværelsen af rygskjold på Parka Coat, samt nogle forskelle på trykknapper og snørestropper.

Retten har imidlertid lagt afgørende vægt på, at de designmæssige enkeltelementer og det produktmæssige udtryk fra Rains' Parka Coat i al væsentlighed genfindes i Zaras "jakke 16", som derfor fremstår som en så nærgående efterligning af Parka Coat, at Zara ved at markedsføre "jakke 16" krænker Rains' rettigheder efter markedsføringsloven.

Zara har derfor handlet i strid med god markedsføringskik ved at markedsføre og sælge sin "jakke 16" i Danmark, jf. markedsføringslovens § 3 (tidligere § 1), og Zara forbydes herefter som påstået af Rains at markedsføre, sælge samt importere produkterne som afbildet i bilag 16 i Danmark.

Med henvisning til de ovenfor anførte bemærkninger tages Rains' påstand til følge for så vidt angår "jakke 14" og "jakke 16", som det fremgår nedenfor. Påstanden afvises for så vidt angår henvisningen til bilag 15.

Som følge af ovenstående resultat skal sagen fortsætte med henblik på afgørelse af Rains' påstand 2 om erstatning og vederlag, og retten tager derfor først stilling spørgsmålet om sagsomkostninger i forbindelse med sagens afslutning.

#### **THI BESTEMMES:**

Fashion Retail, S.A. og Zara Danmark A/S forbydes at markedsføre, sælge samt importere produkterne som afbildet i bilag 14 og 16 i Danmark.

Rains ApS' påstand afvises for så vidt angår henvisningen til bilag 15.