



SØ- OG HANDELSRETTEEN DOM

afsagt den 6. november 2020

Sag BS-8811/2020-SHR

Nordbæk ApS
(advokat Johan Løje v/ advokatfuldmægtig Doga Cansi)

mod

Detail-service v/ Dorthe Kirchner
og
Detail-service ApS
(advokat Mikkel Kleis v/ advokatfuldmægtig Christoffer Lindhardt Larsen for
begge)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Claus Forum Petersen sammen med de sagkyndige dommere Karin Schou Andersen og Tina Bøggild.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 25. februar 2020, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS har krænket Nordbæk ApS' rettigheder til badekåberne (vinterbadekåber) Deluxe Windy Ocean og Shorty Sky Captain i henhold til designforordningen og markedsføringsloven ved produktion, salg og markedsføring mv. af badekåben HAVET (vinterbadekåbe) og i bekræftende fald, om Nordbæk har ret til erstatning og vederlag herfor.

Nordbæk ApS har nedlagt følgende påstande:

1) Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS forbydes at producere, lade producere, markedsføre, formidle salg af og sælge, herunder

importere og eksportere, samt udlevere til sine kunder den i bilag 3 gengivne badekåbe benævnt HAVET i alle farver.

2) Det lager af de i påstand 1 omfattede produkter, som måtte forefindes dels i Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS besiddelse beslaglægges og destrueres for de sagsøgtes regning.

3) Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS betaler in solidum til Nordbaek kr. 100.000 med procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS har heroverfor nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Sagens parter

Nordbaek ApS (herefter Nordbaek) er en dansk designvirksomhed stiftet den 15. november 2017. Ifølge udskrift fra Erhvervsstyrelsen er selskabets formål udvikling, produktion og handel med beklædning og fodtøj, kropspøje og wellness, fritids- og sportsudstyr samt anden hermed forbundet virksomhed. Ida Østergaard Krause og Barbara Bentzen Ehlers udgør selskabets direktion.

Nordbaek udvikler, producerer og sælger bl.a. badekåber (vinterbadekåber) til mænd og kvinder via hjemmesiden nordbaek.com samt gennem udvalgte butikker og forhandlere.

Detailservice v/ Dorthe Kirchner er stiftet den 22. august 2016 under kode 461600 Agenturhandel med tekstiler, beklædning, pelsværk, fodtøj og lædervarer.

Dorthe Kirchner producerer, markedsfører og sælger bl.a. badekåber (vinterbadekåber) til mænd og kvinder via hjemmesiden vinterbaderen.dk samt en række fysiske butikker.

Detailservice ApS er stiftet af Dorthe Kirchner den 1. december 2019. Ifølge udskrift fra Erhvervsstyrelsen er selskabets formål at udøve konsulentvirksomhed samt handel og er tillige registreret under kode 461600.

Detailservice v/ Dorthe Kirchner og Detailservice ApS omtales herefter samlet som Dorthe Kirchner.

Nordbaeks design

Nordbaek har designet badekåben Deluxe Windy Ocean (herefter Deluxe), som blev introduceret for offentligheden ved Instagramopslag af 17. november 2017.



Badekåben Shorty Sky Captain (herefter Shorty) er ligeledes designet af Nordbæk og introduceret ved Instagramopslag af 28. august 2018:



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et eksemplar af begge designs i henholdsvis sort og grå i str. M.

Om design- og frembringelsesprocessen for Deluxe-badekåben er det oplyst, at modelskitser (bilag 8) blev udarbejdet i august 2017, og at den første prototype forelå 14. november 2017. Der er som bilag 11 fremlagt fotos til illustration af udviklingsarbejdet i 2017.

Modelskitsen til Shorty (bilag 12) er udarbejdet i april 2018.

Dorthe Kirchners design

Dorthe Kirchner udviklede i løbet af sommeren og efteråret 2019 i samarbejde med designer Stina Birthe badekåben Havet (Bilag 3):



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et eksemplar af Havet i blå str. S.

Om design- og frembringelsesprocessen er det af Dorthe Kirchner oplyst, at hun har ladet sig inspirere af andre badekåber, herunder den såkaldte Læsøbadekåbe, kviltede badekåber og jakker samt termotøj. Der er i sagen fremlagt et udateret billede af prototypen til Havet samt fotos til illustration af designprocessen (bilag L).

Sammenligningsbilag

Både Nordbaek og Dorthe Kirchner har fremlagt sammenligningsbilag til belysning af ligheder og forskelle mellem Deluxe og Havet hhv. Shorty og Havet.

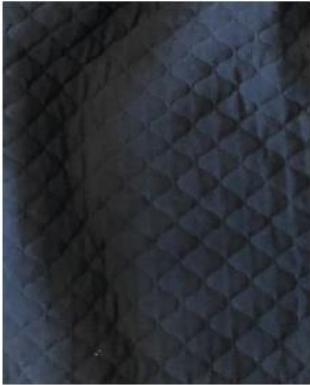
Nordbaek har som "støttebilag 1" fremlagt blandt andet følgende billeder af Deluxe i farven navy (venstre), Shorty i farven sort (midtfor)(som berigtiget under hovedforhandlingen, da det af teksten fremgår, at der er tale om Deluxe) over for Havet i farven blå (højre):





<p>NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde</p> 	<p>NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand</p> 	<p>Vinterbaderen Badekåbe Havet</p> 
<p>NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde</p> 	<p>NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand</p> 	<p>Vinterbaderen Badekåbe Havet</p> 

<p>NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde</p> 	<p>NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand</p> 	<p>Vinterbaderen Badekåbe Havet</p> 
<p>NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde</p> 	<p>NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand</p> 	<p>Vinterbaderen Badekåbe Havet</p> 

NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde	NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand	Vinterbaderen Badekåbe Havet
		
NORDBAEK k�be - deluxe, navy, kvinde, samt NORDBAEK k�be - deluxe, sort, mand, og Vinterbaderen Badekåbe Havet		

Dorthe Kirchner har i bilag O foretaget en sammenligning mellem Havet og Deluxe:

Materiale:



(HAVET tv., Deluxe th.)

Hætter:



(HAVET tv., Deluxe th.)

Form:



(HAVET tv., Deluxe th.)

Lukkeband:

(HAVET tv., Deluxe th.)

Øvrige forskelle:

(HAVET tv., Deluxe th.)

Markedsføring

Nordbaek

Nordbaek markedsfører sig på bl.a. egen hjemmeside, sociale medier, i modeblade samt gennem influencere. Der er fremlagt eksempler på artikler fra Alt for Damerne, Femina, Elle og Frederiksborg Amts Avis fra 2018 samt fra Commonsense, Designbase og Se&Hør. Endvidere Instagramopslag fra influenceren Ursula Bach i marts-maj 2020.

Dorthe Kirchner

Dorthe Kirchner sælger og markedsfører Havet samt andre produkter på sin hjemmeside vinterbaderen.dk og markedsfører tillige Havet via Instagram og Facebook samt forhandlere. Dertil kommer udstillinger i fysiske butikker.

Nordbaek har under sagen gjort gældende, at Dorthe Kirchner efterligner Nordbaeks markedsføring på bl.a. Instagram. Dorthe Kirchner har til imødegåelse heraf fremlagt eksempler på den generelle markedsføring på markedet.

Nordbaek har derudover fremlagt en korrespondance på Instagram mellem influencer Ursula Bach og Dorthe Kirchner i juli 2020, hvor Dorthe Kirchner tilbød Ursula Bach et samarbejde om hendes udstyr i form af badehåndklæde og taske, hvilket Ursula Bach afslog.

Markedet for tøj til vinterbadere

Nordbaek har gjort gældende, at der ikke før introduktionen af Deluxe og Shorty blev produceret tilsvarende badekåber og har henvist til søgeresultater på Google på søgeordene "badekåber" henholdsvis "kviltet badekåbe" (bilag 14 og 15) samt bl.a. illustreret ved Google-søgninger.

Dorthe Kirchner har hertil fremlagt udaterede udskrifter af kviltede badekåber og jakker, eksempler på morgenkåber med dropped shoulders og indbyggede luffer i ærmerne på løbetrøjer samt et Instagramopslag med en kviltet badekåbe dateret den 21. oktober 2019 og en artikel fra ugebladet Søndag fra marts 2020.

Tvisten

Den 26. juni 2019 bestilte Dorthe Kirchner en Deluxe badekåbe hos Nordbaek i grå str. M med følgende note: "Jeg vil gerne vide hvor den er produceret."

I november 2019 fik Nordbaek kendskab til Dorthe Kirchners markedsføring af Havet og sendte herefter et advarselsbrev af 25. november 2019 til Dorthe Kirchner vedrørende påstået krænkelse af Nordbaeks rettigheder til Deluxe. Dorthe Kirchner bestred i et brev af 4. december 2019, at der forelå en krænkelse af Nordbaeks rettigheder.

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Ida Østergaard Krause, Barbara Bentzen og Dorte Kirchner.

Ida Østergaard Krause har forklaret blandt andet, at hun er administrerende direktør i Nordbaek, hvor hun har med alt fra bogføring til kundeservice, IT og drift at gøre. Hun er uddannet cand.mag. i kommunikation og har tidligere beskæftiget sig med markedsføring og HR.

Hun startede Nordbaek sammen med Barbara Bentzen i sommeren 2017. De er en del af en gruppe kvinder, der bor på samme vej, og som bader i havet sammen året rundt. De har tit stået på en kold badebro og talt om, at de savnede praktisk tøj til brug for badning hele året.

De undersøgte derfor, hvad der var på markedet, og opdagede, at der kun fandtes klassiske badekåber. De spurgte også medlemmerne af Vedbæk Vikingelaug, som brugte en dry-kåbe/poncho, så de kunne tage vådragten af indenunder. De fornemmede, at medlemmerne af vikingelaugene ikke følte sig velklædte i denne kåbe/poncho, og at den heller ikke var helt hensigtsmæssig til vinterbadning. De fandt således ingen badekåber med hætte, luffer mv., som kunne holde på varmen.

De fik herefter ideen til Nordbaek, som skulle gøre en hobby til deres levevej og målrettes helårsbadere / koldtvandsbadere. Målgruppen fordeler sig i dag ca. 60/40 på hhv. kvinder og mænd, som gennemsnitligt er over 35 år.

De har været igennem en klassisk designproces med spørgsmål til brugergrupper mv. Det var her, at de fandt frem til behovet for f.eks. luffer og hætter. Derudover kom ideen med lufferne fra flyverdragter til børn. De testede udseendet undervejs, inden de nåede frem til det endelige resultat.

De anvender primært en web-strategi med online markedsføring, Google søgeord og sociale medier som Instagram og Facebook.

De sælger deres produkter via egen webshop og lidt via forhandlere samt spa- og livsstilsbutikker. Deres primære forhandlere findes i Aalborg, Aarhus, Helsingør og Skodsborg. De vil gerne udvide deres forhandlernetværk med forhandlere, der er i tråd med deres onlineunivers.

De har fra starten været meget opmærksomme på, hvad deres DNA er. Navnet Nordbaek fortæller, at de bader på Nordstranden i Vedbæk.

Inden Vinterbaderen kom på markedet, havde de reelt ingen konkurrenter. De blev opmærksomme på Vinterbaderen i november 2019, hvor de researchede på hashtags på instagram, som de anvender til markedsføring på Instagram, og

fandt derigennem en forhandler, der fremviste Vinterbaderen som et nyt brand til vinterbadere. De klikkede derefter videre til Vinderbaderens profil og blev overraskede over badekåben, som fuldstændigt lignede deres badekåbe, ligesom Vinterbaderens univers mindede om deres overordnede udtryk.

På Vinterbaderens Instagramprofil fremgik et opslag fra en fabrik, hvor en kvinde stod iført en mørkeblå badekåbe, som hun selv mente var deres. Efter at have set dette opslag, undersøgte hun, hvem der stod bag, og fandt frem til Dorthe Kirchner, hvis navn virkede bekendt. Da hun slog hendes navn op i deres system, fandt hun en ordre fra Dorthe Kirchner på en grå badekåbe, hvori hun samtidigt spurgte til, hvor deres badekåber blev produceret. De ekspederede dengang ordren og besvarede Dorthe Kirchner pr. mail omkring deres produktion i Kina, hvor de har syersker og en fabrik. De henviste derudover til deres Code of Conduct. De har oplevet nogle andre kunder spørge ind til deres produktionsforhold, men ikke selve produktionsstedet, som Dorthe Kirchner gjorde.

Et forventet salg uden Vinterbaderen ville være ren spekulation. De har mistet forhandlere, som de var i dialog med, men som i stedet har valgt at føre Vinterbaderens produkter. Flere kunder har kontaktet dem omkring badekåbernes farve, som viste sig at være fra Vinterbaderens sortiment, hvorved der var sket en forveksling af deres brands.

Vinterbadning er en fritidsaktivitet, som har haft en stigende popularitet i Danmark og udlandet. Hun vil ikke karakterisere deres badekåber som et modeprodukt, da de ikke arbejder med kollektioner. Det ændrer sig måske om 10 år, men bliver nok ikke revolutionerende anderledes.

Barbara Bentzen har forklaret blandt andet, at hun er direktør i Nordbaek og står for produktion og produktudvikling samt design. Hun er uddannet industriel designer fra Danmarks Designskole. Hun har tidligere arbejdet som designer og haft sin egen designvirksomhed.

De ville med Nordbaek skabe et brand med et stærkt design, ligesom Rains og deres regnjakke. Der fandtes ikke før dem et stærkt badekåbebrand, og hidtil har de øvrige badekåber på markedet været af enten frotté eller fleece.

Hos Nordbaek arbejder hun helt klassisk med designs, herunder ved hjælp af brugerundersøgelser, hvor de bl.a. har talt med medlemmerne af Vedbæk Vikingelaug samt udarbejdet prototyper og modeller.

Hun har kigget på klassiske beklædningsnit på billeder, syet modeller på symaskine og afprøvet dem på vikingerne, som hun spurgte til om bl.a. ærmer,

herunder længde og bredde. Der blev truffet mange beslutninger undervejs, eksempelvis om der skulle være to kåber i én, som kunne vendes.

De er glade for deres 3-lags kvilt, fordi kviltet gør det tydeligt, at der er tale om en Nordbaek-badekåbe. På den måde skabes et genkendeligt designobjekt og et stærkt brand.

Deluxe blev introduceret den 17. november 2017. Den har en såkaldt onion kvilt.

De syede først hættten på helt klassisk, men de ville gerne have, at den stod mere ud. Derfor indsatte de et midterfelt. De lavede snittet med dropped should-ers, så kåben er rar at tage på og falder pænt på kroppen. Ærmernes længde varierer og er 10 cm på Deluxe til kvinder og 11 cm på Shorty til mænd begge med et genkendeligt opsmøg.

Frontpartierne på de fleste badekåber er firkantede, hvilket deres også var i starten, men det kan komme til at se lidt sjustket ud, og derfor afrundede de deres fronter med en bestemt radius.

Sømmene er et helt kapitel for sig. Hun har ikke arbejdet meget med tekstiler før, så de tog ud til deres leverandør i Kina, som syede mange forskellige sømme til dem. De endte med at vælge cap-stitching, som man kender fra jeans. Det er en dyr måde at gøre det på, men det giver en clean finish indeni.

Derudover har de valgt kantebånd fremfor ombuk i samme farve som resten af kåben.

Efter Deluxe-badekåben til kvinder kom på markedet, henvendte mange mænd sig til dem. De vidste, at de skulle lave et helt nyt produkt med et anderledes fokus, og de startede derfor forfra i designprocessen.

Kviltet er afgørende for dem, og de ville derfor også lave en kviltet udgave til mænd, men en model, der passede bedre til dem. De fandt bl.a. inspiration i jagttøj. Hun har selv tegnet den kvadratiske kvilt, som er ret atypisk. Det overordnede snit fik mere bredde foroven og blev indsnævret forneden. De ville have et meget smalt bagstykke, hvor midterlinjen gik bagud og dermed gjorde kåben smal fortil. De forkortede den totale længde, men ærmerne blev 1 cm længere end på Deluxe. Shorty er også afrundet forneden, men markant mindre end på Deluxe. Shorty adskiller sig ligeledes fra Deluxe derved, at bæltet er placeret et andet sted og har et lidt mere sporty udtryk. Den kan dog også siges at være en unisex-model, som har fastholdt Nordbaeks DNA med bl.a. kvilt og luffer. Både Deluxe og Shorty har magneter til at lukke dem helt tæt.

Shorty blev introduceret den 28. august 2018 i forbindelse med "Christiansborg Rundt".

Dorthe Kirchner har forklaret blandt andet, at hun i 17 år og indtil for 5 år siden, har undervist i salg, service og oplevelsesøkonomi på handelsskolens HG-linje. Hun har derudover solgt eksklusive tørklæder for et andet firma.

Hun blev introduceret til vinterbadning i marts 2019 og blev straks fanget. Hun manglede sin badekåbe, som på det tidspunkt var en såkaldt Læsø-badekåbe i frotté, men hun ville gerne lave sin egen kollektion ud fra, hvad hun selv kunne tænke sig.

Det var naturligt for hende at vælge ren bomuld. Bomuld gør, at kåben er meget tung, og at man kan mærke den. Derudover suger bomuld vandet. Polyester er lettere. Det er særligt materialevalget, der adskiller hendes badekåbe fra Nordbaeks.

Hun blev henvist til Stina Birthe, som er selvstændig designer med erfaring fra store virksomheder. På baggrund af hendes ideer kom Stina Birthe med forslag til forskellige designs. Det skulle være en badekåbe, man først og fremmest kunne holde sig varm i.

Hun gav Stina Birthe sin Læsø-badekåbe, hvis rummelighed hun var vild med, men hun ville gerne lave en badekåbe, der var anderledes end dem, der allerede var på markedet. Hun søgte på "vinterbader" og "badekåber" på nettet for at finde inspiration. Hun fandt også inspiration i dunjakker. Hætten med mellemstykket er inspireret af hendes skijakke og tommerfingerhullet af jakker til børn. Hun ønskede en badekåbe, der næsten var en jakke. Hun opdagede også Nordbaeks kviltede kåber på nettet og fandt særligt kviltningen interessant. Stina Birthe foreslog afrundingen på badekåben fortil, hvilket hun var enig i. Hun har aldrig forholdt sig til, at Læsø-badekåben ikke har en sådan afrunding, da hun har kendt til problemet med, at det kan se skævt ud med kantede nedre stykker.

HAVET er lavet i en blå model med hætte inspireret af skijakker. HAVET findes også i en grå udgave uden hætte. Længden er ens og modellen er unisex. Der er en lille vinterbadeklub tæt på, hvor hun bor, men hun har ikke i udviklingen af HAVET haft kontakt med nogen derfra. Hun har talt med venner og familie og har haft et tæt samarbejde med Stina Birthe.

Finish'en er væsentlig, og hun ville gerne bruge naturmaterialer, selvom det forhøjede prisen.

Hun får produceret sine produkter i Tyrkiet. Skitser og mål er sendt derned, og de fik i første omgang en silkekåbe retur. De måtte derfor rejse derned, hvor de havde den hvide jakke, som ses i Instagram-opslaget i bilag 24, med, som er blevet til den blå udgave af HAVET. Billedet er fra Tyrkiet, og den blå kåbe herpå er en prøve fra producenten.

Stina Birthe ville gerne se nærmere på kviltningen på Nordbaeks badekåbe. På det tidspunkt havde Nordbaek ikke en forhandler i Aarhus, og hun købte derfor en af deres badekåber online. Hun har aldrig fået produceret tøj før og har aldrig lagt skjul på interessen i kviltningen. Stina Birthe havde derimod købt ind mange steder og syntes at kunne genkende kviltets finish, hvorfor hun spurgte til produktionsstedet. De havde selv valgt Tyrkiet, fordi det skulle være nemt at rejse dertil.

Hun har lært Instagram at kende igennem sin datter. Hun blev anbefalet at finde influencere til markedsføringen. Hun har skrevet ud til flere, hvilket er helt almindeligt. Hendes henvendelse til Ursula Bach angik alene håndklæde og taske. Hun spurgte hende, fordi hun har ekstremt mange følgere.

Hendes sortiment består af to badekåber, håndklæde, taske og slippers, som kan købes samlet som et kit. Hun har kørt ud til forhandlere, som hun vurderede, at hun matchede med, og har på den måde bygget sin forretning op. Hendes målgruppe er naturelskere.

I starten solgte hun sine varer i kommission, bl.a. gennem butikken Fleur i Sønderborg. De fremgår som Femina blandt de fremlagte fakturaer.

På hendes hjemmeside vinterbaderen.dk fremgår 13 forhandlere. Mange forhandlere har kun haft et mindre salg, og alene nogle få har købt hendes produkter.

Hun har muligvis solgt sin første badekåbe til Nordbaek.

Hun opgjorde salget efter jul til i alt 25 badekåber.

Det fremgår af de fremlagte fakturaer i bilag J, at der er solgt 3 badekåber hos Femina (Fleur) i Sønderborg, 8 badekåber hos Stokværk i Espergærde, 4 badekåber hos Frk. Brøndum ApS i Vejle, 10 badekåber til Novicell ApS, som er hendes mands firma, yderligere to privat samt en enkelt badekåbe gennem hendes webshop.

Parternes synspunkter

Nordbaek har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med "sammenfattende påstandsdokument" af 17. august 2020, hvoraf fremgår blandt andet:

" ...

2. DISKUSSION

...

2.2. Beskyttelsen

Nordbaeks badekåbedesigns Deluxe og Shorty nyder både beskyttelse efter designforordningen og markedsføringsloven.

2.2.1. Beskyttelse efter designforordningen

Det følger af designforordningens art. 11(1), at et design, der opfylder de almindelige betingelser for designbeskyttelse, er beskyttet som et ikke-registreret design i tre år fra offentliggørelsesdatoen. Som dokumenteret i hhv. Bilag 30 og 31, blev henholdsvis:

- Nordbaek Deluxe badekåben offentliggjort den 17. november 2017 og nyder dermed beskyttelse indtil 17. november 2020, såfremt de almindelige betingelser for designbeskyttelse er opfyldt.
- Nordbaeks Short badekåbe offentliggjort den 12. oktober 2018 og nyder dermed beskyttelse indtil 12. oktober 2021, såfremt de almindelige betingelser for designbeskyttelse er opfyldt.

Detail-Services badekåbe Havet blev introduceret 29. september 2019, hvor begge Nordbaeks designs i udgangspunktet nød beskyttelse.

Betingelserne for at et design er beskyttet er, at det skal være nyt og have individuel karakter, jf. designforordningens art. 5 og 6.

Nordbaek gør gældende, at der før introduktionen af Nordbaeks Deluxe badekåbe ikke fandtes et lignende design, der gav det samme helhedsindtryk. Nordbaeks Deluxe design består af:

- Quiltet, cirkulende syning.
- Særegent snitmønster og pasform, herunder dropped shoulders
- Brug af kantebånd som aflukning af kanter
- Anvendelsen af luffer, hvilket giver et synsmæssigt særpræget udtryk, når badekåben iklædes.
- Syning i hætte og design omkring skulderparti
- Særpræget runding foran på badekåben

Nordbaek gør ikke gældende, at de nyder beskyttelse for hvert enkelt designelement, men i stedet den sammensætning af designelementerne

og dermed det helhedsindtryk, som badekåben efterlader. Det ses fra årelang dansk retspraksis, at tilstedeværelsen af kendte designelementer ikke udelukker beskyttelse, såfremt sammensætningen af designelementerne og helhedsindtrykket har individuel karakter (eller særpræg efter markedsføringsloven). Der henvises som eksempler herfor til følgende sager, hvor Retten i alle tilfælde bekræftede dette synspunkt:

- Sag SH2017.A-4-17 (BS-9667/2017-SHR): Rains ApS mod Zara Danmark A/S m.fl. (Deldom) (...)
- Sag BS-42938/2018-SHR: Baum und Pferdgarten A/S mod DK Company Vejle A/S (...)
- Sag V-58-17: Ravn & Ravn ApS mod Saint Tropez af 1993 A/S (...)
- SH2017.V-10-16 og V-66-16: House of SAKI AB mod Denasia Europe ApS (...)

Der fandtes ikke andre badekåber til vinterbadere, der havde den samme sammensætning af de ovennævnte designelementer, og som gav det samme designmæssige helhedsindtryk. Der henvises til Bilag 14 og 15, der viste de søgeresultater, som fremkom på Google ved søgning på henholdsvis "Badekåber" og Kviltet Badekåber". Ingen af de badekåber, der ses iblandt søgeresultaterne, gav samme helhedsindtryk som Nordbaeks Deluxe badekåbe.

Bevisbyrden for, at et uregistreret design ikke har individuel karakter, påhviler sagsøgte, "såfremt rettighedshaveren har fremlagt bevis for, at de i artikel 11, stk. 2, omhandlede betingelser er opfyldt, og påviser, hvorved designet har individuel karakter.", jf. designforordningens art. 85(2). EU-Domstolen udtalte hertil i C-345/13 (Karen Millen) ..., at:

"Artikel 85, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 skal fortolkes således, at for at en EFdesigndomstol kan anse et ikke-registreret EF-design for gyldigt, er indehaveren af det omhandlede design ikke forpligtet til at påvise, at det har individuel karakter i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i denne forordnings artikel 6, men derimod alene forpligtet til at påvise, hvorved designet har individuel karakter, dvs. identificere den eller de bestanddele i designet, som ifølge rettighedshaveren giver det individuel karakter."

Nordbaek har ovenfor identificeret de bestanddele i designet, som giver designet helhedsmæssig individuel karakter. Bevisbyrden for, at Nordbaeks designs ikke har individuel karakter påhviler derfor nu Detail-Service, hvilket de ikke har kunnet løfte.

Det er først og fremmest af Detail-Service gjort gældende, at tøj generelt og særligt badekåber i høj grad bærer præg af tekniske funktioner, der giver en meget begrænset beskyttelse. Ved vurdering af om et design er beskyttet og hvor omfangsrigt beskyttelsen er, skal der tages højde for den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet, jf. designforordningens art. 6(2) og 10(2). Det bestrides helt generelt, at en designer ikke har en stor grad af designfrihed ved designudvikling af badekåber. Næsten alle teknisk betonedede elementer i en badekåbe kan varieres meget ved forskellige designvalg, så som badekåbers ærmer, hætter, luffer, snore. Det samme gør sig gældende for valget af snitmønstre, pasformen, materialevalg og farver. At der findes en betydelig designfrihed for badekåber ses ved, hvor forskellige badekåberne, der er fremvist som eksempler af begge parter i denne sag, er.

Detail-Service har fremlagt flere badekåber i Bilag B, C og M. Ved gennemgang af samtlige af de badekåber, der er fremlagt, kan det dog konstateres, at produkterne enten:

- Ikke er badekåber, men morgenkåber, som ikke har samme fremtoning som de omtvistede produkter i denne sag.
- Kun deler et enkelt designelement med Nordbaeks design, i stedet for mange designelementer som giver samme helhedsindtryk på den måde som Havet badekåben gør.
- Ikke er dateret, hvorfor det ikke vides om de blev introduceret før eller efter Nordbaeks design blev introduceret.

Med Bilag C (E200) har Detail-Service forsøgt at fremhæve, at der findes mange quiltede badekåber, og at Nordbaeks badekåber dermed ikke har individuel karakter, hvilket bestrides af Nordbaek, da:

- Det af Nordbaek ikke gøres gældende, at de har eneret til quiltede kåber.
- Ingen af de fremlagte kåber efterlader det samme helhedsindtryk som Nordbaeks badekåber – modsat Havet kåben, der netop efterlader det samme helhedsindtryk.
- De fleste af kåberne er ikke badekåber, men morgenkåber med et andet synsmæssigt udtryk.
- Ingen af de fremlagte kåber er badekåber til vinterbadere.

Med Bilag D (E228) og E (E190) har Detail-Service fremlagt en række irrelevante eksempler på, at quiltet tøj er på mode. Dette er ikke tilstrækkeligt dokumenteret og bestrides således. Det er dog samtidig irrelevant for denne sag. Ingen af produkterne i Bilag D er i øvrigt dateret, ligesom det heller ikke fremgår, hvor de stammer fra. Bilag E er på samme måde uden relevans og er desuden fra marts 2020, hvilket er flere år efter Nordbaek introducerede deres designs.

Med Bilag G (E246) har de sagsøgte forsøgt at vise, at indbyggede luffer ikke er unikt. De sagsøgte har dog alene formået at vise eksempler på dette fra en meget specifik produktkategori, nemlig løbetrøjer. Det er altså noget, som tilsyneladende er begrænset til et specifikt produkt henvendt til en snæver forbrugergruppe. De sagsøgte har i øvrigt ikke formået at datere nogle af produkterne i Bilag G, hvorfor bilaget er helt uden relevans.

Alle fremlagte eksempler i Bilagene B, C, D, E, G og M er alle uden relevans for denne sag og bør ses bort fra. Der henvises her til EU-Domstolens afgørelse i Karen Millen (C-345-13) (**M102**), hvor Domstolen udtalte:

”Artikel 6 i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design skal fortolkes således, at for at et design kan anses for at have individuel karakter, skal det helhedsindtryk, som dette design giver en informeret bruger, adskille sig fra det helhedsindtryk, som en sådan bruger får ikke af en kombination af enkelte bestanddele taget fra flere tidligere design, men af et eller flere tidligere design individuelt set.”

Det forhold, at enkelte detaljer af Nordbaeks badekåbe kan have været set før indebærer ikke, at de frembragte badekåber ikke som helhed kan være beskyttet. Det gøres altså samlet gældende, at Nordbaeks Deluxe badekåbedesign var både nyt og havde individuel karakter, da designet blev offentliggjort den 17. november 2017, og at det herefter nyder beskyttelse som uregistreret design.

Nordbaek gør samtidig gældende, at Shorty badekåben tillige nyder beskyttelse efter designforordningen. Shorty badekåben er tilstrækkelig anderledes fra Deluxe badekåben, idet den er kortere (til låret), har en anden pasform og har quiltet syning i harlekinmønster. Disse designelementer, særligt den quiltede harlekinyning, gør samlet, at Shorty badekåben efterlader et andet helhedsindtryk end Deluxe badekåben, hvorfor Shorty badekåben også nyder beskyttelse efter designforordningen.

2.2.2. Beskyttelse efter markedsføringsloven

Markedsføringslovens § 3 regulerer blandt andet spørgsmålet om god markedsføringskik mellem virksomheder. En betingelse for, at et produkt er beskyttet mod produktefterligning i medfør af markedsføringslovens § 3, er, at det har særpræg. Produktets fremtoning skal være egnet til at adskille en producents vare fra en anden. Det anføres på en anderledes måde, at et produkt skal have kommerciel adskillelsesevne på markedet. Modsat i designretten er der for den markedsføringsretlige beskyttelse ikke et absolut nyhedskrav.

Markedsføringsretlig beskyttelse imod produktefterligninger er ikke betinget af et særligt intensivt og omfangsrigt salg. Der stilles alene

krav om, at produktet skal aktuelt markedsføres i Danmark. Et produkts indarbejdelse og markedsposition i Danmark kan dog indgå ved vurderingen af, om et produkt nyder beskyttelse efter markedsføringsloven. Dette skal ses i sammenhæng med, at beskyttelsesbehovet i markedsføringsloven er at standse snyltende markedsadfærd og illoyal markedstilegnelse af en markedsindsats. Der henvises her til Borchert & Bøggild, Markedsføringsloven, 3. udgave, side 66 (M116), hvor det anføres:

”Produktet skal derfor besidde en passende grad af særpræg eller kommerciel adskillelsesevne, der typisk vil ligge i selve produktets fremtoning, men også indarbejdelse spiller en rolle.”

Som gennemgået i afsnit 2.2.1.1. består Nordbaeks badekåbedesigns af sammensætninger af designelementer, der samlet giver produkterne særprægede fremtoninger. Det gøres gældende, at Nordbaeks designs besidder særpræg og kommerciel adskillelsesevne, idet der ikke fandtes andre på det danske marked, der markedsførte badekåber med samme fremtoning.

Der kan også i denne sammenhæng ses bort fra rigtig mange af de af Detail-Service fremlagte designs fra andre virksomheder, da de enten er udateret eller det ikke er dokumenteret, at de er markedsført på det danske marked eller til danske forbrugere, hvilket er sådanne forhold, som markedsføringsloven vedrører.

At Detail-Service ikke har formået at finde badekåber med samme overordnede fremtoning som Nordbaeks designs og samtidig dokumenteret deres datering og markedsføring på det danske marked, hænger sammen med, at Nordbaeks designs var de første til at introducere badekåber i det design som modellerne Deluxe og Shorty har. Det gøres altså samlet gældende, at Nordbaeks modeller Deluxe og Shorty har særpræg og kommerciel adskillelsesevne, hvorfor de nyder beskyttelse imod produktefterligninger efter markedsføringslovens § 3.

Nordbaeks badekåber har også opnået kommerciel adskillelsesevne på grund af Nordbaeks store markedsføringsindsats og den markedsposition, som der er opnået. Der henvises til Bilag 16-22. Nordbaeks badekåbe er nævnt og afbildet i en artikel i det landsdækkende Alt for Damerne i oktober 2018, jf. Bilag 16 ... Der er også afbildet i en artikel om vinterbadning i landskendte Se & Hør, jf. Bilag 17 ... Nordbaek er nævnt og afbildet på forsiden af Frederiksborg Amts Avis den 20. januar 2018, jf. Bilag 18 ... Nordbaeks design er omtalt i Designbase, et erhvervsmedie inden for design og interiør, jf. Bilag 19 ... Nordbaeks badekåbe er også markedsført i en artikel i Common Sense, jf. Bilag 20 ... Dette er blot eksempler på Nordbaeks markedsføring i trykte medier. Nordbaek markedsfører sig også intensivt på sociale medier, som Facebook og Instagram, hvor de har indgået samarbejde med flere influencere til at markedsføre deres produkter.

2.3. Krænkelsen

Det gøres gældende, at Detail-Services Havet badekåbe udgør en krænkelse af Nordbæks rettigheder efter såvel designforordningen som markedsføringsloven.

2.3.1. Krænkelsen efter designforordningen

Det følger af designforordningens art. 10, at designbeskyttelse omfatter ethvert design, der ikke giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk. Der skal ved vurderingen tages hensyn til designerens grad af frihed ved udformningen af en badekåbe.

Det gøres gældende, at Detail-Services Havet badekåbe krænker Nordbæks rettigheder efter designforordningen til både Deluxe- og Shorty-designet.

For så vidt angår Havet badekåbens ligheder og forskelle med Nordbæks Shorty badekåbe, kan der konstateres følgende ligheder:





De eneste forskelle på de to designs er valget af stoftype og lommerne.

De mange ligheder i særprægede designelementer gør, at Havet badekåben ikke efterlader et andet helhedsindtryk end Nordbaeks Shorty badekåbe, hvorfor Nordbaeks rettigheder efter designforordningen er krænket.

Det gøres tillige gældende, at Havet badekåben ikke efterlader et andet helhedsindtryk end Nordbaeks Deluxe badekåbe.

2.3.2. Krænkelsen efter markedsføringsloven

Ved vurderingen af en krænkelse efter markedsføringslovens § 3 tages udgangspunkt i en vurdering af de to designs helhedsindtryk på grundlag af en lægmands opfattelse af de to designs, når de ikke ses samtidigt – også betegnet – ”det udviskede erindringsbillede”. Der henvises til Borchert, *Produktefterligninger*, side 188 (...), hvoraf det fremgår:

”Den markedsføringsretlige sammenligningsmodel er, hvad enten der anlægges et forvekslingskriterium eller fokuseres på praktisk kommerciel substitution, baseret på en helhedsvurdering af de fysiske sammenfald mellem originalproduktet og efterligningen. Bedømmelsen foretages i almindelighed ved en direkte sammenligning af produkterne, men også kundens udviskede erindring om sammenfaldet af produkterne inddrages i vurderingen.”

Sammenligningen minder om den fra designretten, men er anderledes, idet man ikke skal sammenligne produkterne direkte ved siden af hinanden. Det er sjældent, at en forbruger besidder begge produkter ved siden af hinanden på samme tid. Derfor skal man sammenligne ud fra princippet om det udviskede erindringsbillede, hvilket er udtryk for en realistisk og praktisk købsituation. Det er altså en helhedsvurdering af produkternes fremtoning, ikke detailforskelle, som der skal lægges vægt på ved sammenligningen af originalproduktet og efterligningen. Detailforskelle skal alene tillægges vægt, såfremt de samlet set ændrer på helhedsindtrykket.

Det gøres gældende, at Havet badekåben har så mange ligheder med både Deluxe badekåben og Shorty badekåben, at den fremstår som en produktefterligning efter markedsføringsloven. Der henvises til den nærmere gennemgang af lighederne og forskellene i afsnit 2.3.1. En forbruger vil med altovervejende sandsynlighed forveksle Havet badekåben med Nordbaeks to badekåber ud fra princippet om det udviskede erindringsbillede. Forskellene er så ubetydelige, at en forbruger ikke vil

opdage dem uden at have Nordbaeks badekåbe ved siden af Havet badekåben.

...

Det er ubestridt, at Dorthe Kirchner få måneder før introduktionen af Havet badekåben havde indkøbt Nordbaeks badekåbe og tillige spurgt ind til, hvor produktet var produceret. Det er dermed ubestridt, at Dorthe Kirchner havde forudgående kendskab til Nordbaeks design, og hun har samtidig også vist interesse for produktionsmæssige forhold, hvilket er sjældent iblandt almindelige forbrugere. Der er intet ulovligt i at spørge en virksomhed, hvor deres produkt er produceret, men det kan og bør i denne sag tillægges stor vægt, at Dorthe Kirchner spurgte ind til produktionsforhold inden hun selv fik produceret et produkt af identisk type og med stor fremtoningsmæssig lighed. Dette bør ses som en skærpende omstændighed, der taler stærkt for, at Dorthe Kirchner havde hensigt til at illoyalt tilegne sig Nordbaeks marked og snylte på det renommé, som Nordbaek har oparbejdet.

2.3.2.1. Sammenlignelig markedsføring

Detail-Services markedsføring af deres Havet badekåbe og brand generelt ligner Nordbaeks markedsføring. Der henvises til sammenligningen af markedsføringen i Bilag 32 og 33, hvor det ses, at Detail-Services markedsføringsbilleder ligner Nordbaeks markedsføringsbilleder til forveksling. Nordbaek gør ikke gældende, de nyder selvstændig beskyttelse for de fremviste markedsføringsbilleder. Den nærgående markedsføring understreger og skærper dog, at Detail-Service er bevidste om Nordbaeks markedsføring og forsøger at efterligne den.

Det er af Detail-Service gjort gældende, at de fremviste eksempler er generiske og at ligheden er tilfældig, hvilket de har forsøgt at dokumentere med Bilag 180. Det bemærkes, at ingen af eksemplerne er markedsføring fra danske virksomheder eller fra virksomheder, der specifikt markedsfører til danske forbrugere. Ingen af de fremlagte eksempler i Bilag 180 vedrører heller ikke et produkt, der ligner Nordbaeks designs, sådan som Detail-Services produkt gør.

Det bemærkes slutligt, at i alle de fremviste eksempler i Bilag 32 og 33 var Nordbaek først til at offentliggøre markedsføringen. Såfremt der alene var ligheder imellem tilfældige, generiske billeder, så ville det være sandsynligt, at Detail-Service også ville have kunnet fremfinde eksempler på, at Nordbaeks markedsføring ligner Detail-Services tidligere markedsføring. Især henset til hvor hyppigt begge parter anvender sociale medier, som fx Instagram. Sådan et eksempel er dog ikke fremlagt, da Nordbaek netop ikke forsøger at efterligne direkte konkurrenters markedsføring.

2.3.2.2. Konkurrencerelationen

Begge parter i denne sag henvender sig til den voksende, men stadig niche marked af vinterbadere i Danmark. Der er tale om en speciel gruppe af identiske kunder. Produkterne sælges af parterne til identiske priser. Produkterne markedsføres og sælges på lignende måde. Kravet om en konkurrencerelation for markedsføringsretlig beskyttelse er utvivlsomt opfyldt.

Det er af Detail-Service gjort gældende, at der ikke består en konkurrencerelation, da Detail-Service har fokus på bæredygtige materialer og henvender sig til den miljøbevidste forbruger. Det bestrides både, at dette rent faktisk skulle være tilfældet og at det ville betyde, at der ikke er substituerbarhed imellem de omtvistede produkter. Der henvises til Detail-Services egen markedsføring, som der er fremlagt eksempler af i Bilag 32.

At de sagsøgte nævner, at deres produkter er fremstillet af økologisk bomuld, betyder næppe i sig selv, at produktet særligt henvender sig til forbrugere, der går op i bæredygtighed. Såfremt bæredygtighed var så stor en del af sagsøgtes brand, måtte det forventes, at der måtte være et særligt fokus på dette på sagsøgtes hjemmeside eller i sin markedsføring. Der findes dog ingen særlig del af sagsøgtes hjemmeside om bæredygtighed, en artikel om sagsøgtes bæredygtighed eller en CSR-politik (Corporate Social Responsibility), der detaljeret beskriver sagsøgtes bæredygtige tiltag. Det bestrides derfor, at Detail-Service særligt markedsfører sig med bæredygtighed. Af denne grund kan det heller ikke siges, at parterne i denne sag har forskellige kundesegmenter, og at en forbruger, der har købt sagsøgtes produkter ikke kunne finde på at Nordbæks produkter.

Parternes kundesegmenter er allerede et meget specifikt og relativt lille kundesegment, nemlig vinterbadere i Danmark. Parterne er derfor i en meget tæt konkurrencesituation, hvor sagsøgtes efterligning af Nordbæks design udgør en grov krænkelse.

2.3.2.3. Varighed af beskyttelse

Det er af Detail-Service gjort gældende, at Nordbæks designs ikke kan nyde beskyttelse efter markedsføringsloven i længere varighed end efter designretten. Dette bestrides. Markedsføringsret og designret er to forskellige regelsæt med forskellig beskyttelseserhvervelse, forskellige beskyttelsesbehov og forskelligt beskyttelsesomfang og varighed. At drage sådan en forbindelse imellem designretlig beskyttelse og

markedsføringsretlig beskyttelse er hverken funderet i retspraksis eller den juridiske litteratur.

Beskyttelse efter markedsføringsloven imod produkt efterligninger består så længe, at produktet opfylder betingelserne for markedsføringsretlig beskyttelse. Den bortfalder ikke, når en evt. designretlig beskyttelse udløber. Det fremgår af Borchert, Produkt efterligninger, side 135 (...), om designlovens forhold til markedsføringsloven, at:

”Såfremt betingelserne for ophavsretlig beskyttelse er til stede, består denne efter udløbet af designregistreringen i 70 år efter ophavsmændens død, (...) På tilsvarende måde er der kumulativ beskyttelse via designloven og markedsføringslovens § 1, jf. NIR 90.269 S og NIR 96.335 S.”

Det fastholdes, at Nordbæks designs begge nyder kumulativ beskyttelse efter designforordningen og markedsføringsloven, hvorfor det er ligegyldigt, at designrettighederne udløber i fremtiden.

At designrettighederne udløber i fremtiden er ikke til hinder for, at Nordbæk kan kræve forbud imod salg og markedsføring af krænkende produkter, så længe designrettighederne er gældende, hvilket de er i dag.

Der henvises her til Sø- og Handelsretsafgørelsen, BS-42938 2018-SHR (...), hvor det fandtes, at det originale produkt var beskyttet efter såvel designforordningen som ikke-registreret design og efter markedsføringsloven, da det krænkende produkt blev introduceret på markedet. Ved domsafældelse var originalproduktet ikke længere markedsført og på markedet, hvorfor retten gav et tidsbegrænset forbud for salg og markedsføringen af det krænkende produkt. Retten udtalte dog samtidig, at

”Eftersom Bellona-fracken dog ikke har været markedsført af Baum und Pferdgarten siden 2018, er det rettens opfattelse, at der ikke er grundlag for at udvide forbuddet efter markedsføringsloven.”

Det kan heraf udledes, at såfremt originalproduktet ved domsafsigelse fortsat nød beskyttelse efter markedsføringsloven, så kunne forbuddet strækkes længere end designrettens udløb. I denne sag markedsføres Nordbæks design fortsat, hvorfor det fortsat er beskyttet efter markedsføringsloven.

2.4. Erstatning

Det følger af markedsføringslovens § 24, stk. 3 og designlovens § 37, stk. 1, nr. 1, at den, der krænker eller uberettiget udnytter en andens ret i strid med denne lov, skal betale et rimeligt vederlag herfor. Det følger endvidere også af markedsføringslovens § 24, stk. 2 og designlovens § 37, stk. 1, nr. 2, at handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler. Det følger tillige af EP/Rdir 2004/48 (Retshåndhævelsesdirektivet) art. 3(2), at nationale retsmidler skal have en "afskrækkende virkning".

Designlovens § 37 er påberåbt, idet den tillige hjemler betaling af rimeligt vederlag og erstatning for designindgreb over for EU designretigheder.

2.4.1. Rimeligt vederlag

Størrelsen af det rimelige vederlag fastsættes som udgangspunkt ud fra ophavsmandens sædvanlige honorar for retmæssige udnyttelser jf. U2002.911Ø, U2010.60Ø, U 2011.955H, U2014.1396H.

Nordbaek gør gældende, at Nordbaeks royalty skal beregnes på baggrund af den licensafgift, som Dorte Kirchner ville have licenseret sit design for. Nordbaek har ikke før licenseret sit design og påtænker det heller ikke. I denne sag har Nordbaek fastsat det til 10 % henset til den design- og markedsføringsindsats, som ligger bag Nordbaeks designs samt den popularitet, som Nordbaeks designs på tidspunktet for krænkelsen allerede var omgivet af. Denne popularitet har medført en stor mulig omsætning for Detail-Service. De 10% udregnes fra rettighedskrænkerens omsætning, hvilket i denne sag er kr. 1.500 pr. solgt Havet badekåbe.

Detail-Service har under retssagen påstået, at der maksimalt er solgt 25 eksemplarer af Havet med bilagene J og K. Dette indikerer som tidligere anført et rod, hvor man ikke engang er sikker på, hvor mange man har solgt af et specifikt produkt på trods af det angiveligt meget lave antal. Der er på trods af Nordbaeks opfordring ikke fremlagt en revisorattesteret erklæring, hvilket er betænkeligt, da netop sådan en erklæring ville være fordelagtig for Detail-Service, såfremt salget var så lavt som påstået. Det ses også i de fremlagte fakturaer i Bilag J, at der generelt er rod i varebetegnelserne. Henset til, at Detail-Services produkter er solgt og udstillet i adskillige detailbutikker, synes det fremlagte salgstal usandsynligt. Retten bør dermed ikke tillægge dette salgstal bevismæssig vægt. Det bør tillægges processuel skadevirkning, at Detail-Service ikke har fremlagt en revisorerklæring.

Det rimelige vederlag bør således fastsættes skønsmæssigt af Retten med hensyn til den grove krænkelse og retshåndhævelsesdirektivets art. 3(2), der dikterer, at retsmidler ved immaterialretlige krænkelser skal have en afskrækkende effekt.

2.4.2. Erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse

Nordbaek gør gældende, at Nordbaek har krav på erstatning for yderligere tab, idet Nordbaek har lidt et afsætningstab og et tab som følge af markedsforstyrrelse, som går ud over det rimelige vederlag, som Nordbaek ville modtage for de af Detail-Service solgte produkter.

Afsætningstabet udgør det tab, som Nordbaek er blevet påført ved krænkerens salg af de krænkende produkter. Rettighedshaverens omsætningstab udregnes ved, at antallet af de af krænkeren solgte enheder ganges med rettighedshaverens fortjeneste pr. enhed.

Nordbaek gør endvidere gældende, at betingelserne for at opnå erstatning for afsætningstabet er opfyldt. Der består 1) et tab, 2) et ansvarsgrundlag, 3) adækvans og 4) årsagsforbindelse (markedsfortrængning).

Det gøres gældende, at der i denne sag foreligger en betydelig markedsfortrængning - substitution nær 1:1. som følge af, at produkterne er nærmest identiske og sælges til samme niche kundekreds. Der er tillige ingen prisforskel mellem de to badekåber, hvorfor det heller ikke giver anledning til at ændre substitutionsprocenten. Nordbaek sælger desuden sine produkter online til hele landet, hvorfor parterne konkurrerer i hele landet om de samme kunder.

Som følge af overstående er betingelserne for erstatning opfyldt, og idet der foreligger en substitution nær 1 til 1, gør Nordbaek gældende, at Nordbaek skal modtage fuld erstatning for hvert solgt krænkende produkt. Da Detail-Service ikke har fremlagt troværdig, revisorattesteret opgørelse over antallet af solgte produkter, bør Retten skønne antallet af solgte produkter ud fra, at Detail-Services badekåbe er solgt til og udstillet i adskillige detailbutikker og via egen webshop.

Detail-Services salg har også medført en betydelig markedsforstyrrelse, idet der allerede er tale om et niche marked med en identisk, begrænset kundekreds. Da de omtvistede produkter ligner hinanden i sådan grad som de gør, og henset til Detail-Services onde tro, bør Retten tildele Nordbaek erstatning for den markedsforstyrrelse, der er sket, da Detail-Service forsøgte at tilegne Nordbaeks marked. Hertil er det en skærpende omstændighed, at Detail-Service også har efterlignet Nordbaeks markedsføring.

2.4.3. Erstatningsopgørelse

Vinterbaderens produkter forhandles i skrivende stund igennem 16 forhandlere og via Vinterbaderen.com. Det synes realistisk, at hver forhandler har minimum indkøbt gennemsnitligt 4-5 eksemplarer af Havet badekåben. Nordbaeks erstatningsopgørelse er dermed foretaget ud fra eget skøn på, at der minimum må være solgt 75 stk. Det er dog lige så sandsynligt, at der er blevet solgt et større antal end det. Vinterbaderen Havet badekåber til udsalgspris kr. 1.500 og en gennemsnitlig avance på Nordbaeks egne badekåbedesign på kr. 900 (for et modeprodukts udsalgspris på kr. 1.500):

Rimeligt vederlag	Kr. 1.500 x 75 x 0,1	Kr. 11.250
Afsætningstab	Kr. 900 x 75	Kr. 67.500
Markedsforstyrrelse	Skøn	Kr. 21.250
Samlet		Kr. 100.000

Såfremt Retten imod forventning lægger Detail-Services salgstal på 25 eksemplarer til grund, bør erstatningen som absolut minimum være:

Rimeligt vederlag	Kr. 1.500 x 20 x 0,1	Kr. 3.750
Afsætningstab	Kr. 900 x 20	Kr. 22.500
Markedsforstyrrelse	Skøn	Kr. 13.750
Samlet		Kr. 40.000

..."

Dorthe Kirchner har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. august 2020, hvoraf fremgår blandt andet:

" ...

2. Anbringender

Detail-Service bestrider overordnet, at markedsføring af kåben HAVET krænker Nordbaeks rettigheder i henhold til Designforordningen og markedsføringsloven.

2.1 Designforordningen

Ifølge Designforordningens art. 11 (1) vil et design, der opfylder de grundlæggende krav til nyhed og individuel karakter være beskyttet som et ikke-registreret EF-design i tre år fra den dato, hvor designet først er blevet offentliggjort inden for EU.

Til belysning af omfanget af den beskyttelsesperiode, som kåberne Deluxe og Shorty måtte nyde, såfremt de findes at være beskyttede som uregistrerede EU-designs, har Nordbaek fremlagt bilag 30 og 31.

Heraf fremgår, at Deluxe blev introduceret på markedet den 17. november 2017, og at Shorty blev introduceret den 12. oktober 2018.

I denne forbindelse gør Detail-Service gældende, at i hvert fald Shorty ikke er beskyttet som uregistreret EU-design, idet den ikke har individuel karakter.

Det følger af Designforordningens Art. 4, stk. 1, at:

"Et design beskyttes af et EF-design, hvis designet er nyt og har individuel karakter".

Endvidere følger det af Designforordningens Art. 6, stk. 1, at: "Et design anses for at have individuel karakter, hvis det helhedsindtryk, det giver den informerede bruger, adskiller sig fra en sådan brugers helhedsindtryk af alle andre design, som er blevet offentliggjort:

a) inden den dato, hvor det design, for hvilket der påberåbes beskyttelse, første gang er blevet offentliggjort, hvis det er et ikke-registreret EF design."

Deluxe blev offentliggjort ca. 11 måneder inden Shorty, jf. bilag 30 og 31.

Da det helhedsindtryk, som Shorty giver den informerede bruger, ikke adskiller sig fra denne brugers helhedsindtryk af Deluxe, må det lægges til grund, at Shorty ikke opfylder betingelserne om individuel karakter i Designforordningens Art. 4 og 6.

Herefter kan Nordbaek ikke påberåbe rettigheder til Shorty efter Designforordningen. Såfremt retten finder, at Nordbaek er i besiddelse af rettigheder efter Designforordningen, må disse således anses for at udløbe senest den 17. november 2020.

I denne forbindelse gøres det endvidere gældende, at Nordbaek ikke kan påberåbe rettigheder til produkter efter markedsføringsloven, der går videre end rettighederne til de samme produkter efter Designforordningen. Dermed må eventuelle rettigheder, som Nordbaek måtte have efter markedsføringsloven, udløbe senest den 17. november 2020.

Som følge af ovenstående gøres det gældende, at den nedlagte forbuds-påstand er så uklart og bredt formuleret, at påstanden ikke kan føre til

en dom efter sin ordlyd. Som påstanden er formuleret, vil et forbud gælde efter den eventuelle beskyttelse af Nordbaeks design er udløbet. Forbudspåstanden skal derfor afvises.

Forudsat at en eller flere af Nordbaeks kåber findes at nyde en beskyttelse efter Designforordningen, gøres det gældende, at der mellem kåberne Shorty og HAVET samt Deluxe og HAVET kan konstateres flere væsentlige forskelle, der både hver for sig og særligt tilsammen giver HAVET et helhedsindtryk, der adskiller sig væsentligt fra det, som den informerede bruger får af Shorty og Deluxe, jf. Designforordningens art. 10. Kåbernes væsentligste forskelle gennemgås nedenfor.

2.1.1 Designerens frihedsgrad

Nordbaek har anført, at en designer af en badekåbe har meget stor frihed til frembringelse af designet. Dette bestrides.

Tøj generelt, og særligt badekåber, der i høj grad bærer præg af tekniske funktioner, der skal tilpasses den specifikke anvendelse af disse produkter, nyder en meget begrænset beskyttelse efter designlovgivningen. Der henvises til Erling Borchert, *Produktefterligninger*, Forlaget Thomsen, 2. omarbejdede udgave, 2003, s. 148:

”Det må således antages, at design af en enkel fremtoning eller design for produkter som f.eks. tøj, hvor variationer følger tæt på hinanden, vil blive givet en ganske begrænset beskyttelse, hvorimod design af mere kompleks eller original karakter kan gives en bredere beskyttelse som f.eks. stole. [...] Hvor designet således i vid udstrækning er bundet af tekniske hensyn i sin form, må beskyttelsessfæren gøres ganske snæver, og i givet fald må der ses bort fra de dele af designets udseende, der udelukkende er tekniske betinget [...]”

Det gøres gældende, at samtlige de af Nordbaek oplyste ligheder mellem kåberne udgør allerede kendte designmæssige elementer og/eller elementer, der er begrundet i en teknisk funktion.

Det quiltede print, der er anvendt på samtlige kåber, er et hyppigt anvendt element både inden for badekåber (eksempler fremlagt som **bilag C**) og tøj generelt (eksempler fremlagt som **bilag D**) og er særligt fremme i tidens mode. Dette understøttes bl.a. af **Bilag E**, der er et udklip fra ugebladet SØNDAG, udgivet den 23. marts 2020. SØNDAG trykkes ugentligt i et oplag på over 78.000 eksemplarer og vurderes at have 386.000 læsere. I en artikel omhandlende forårets mode inden for frakker er særligt fremhævet en quiltet frakke/morgenkåbe, jf. bilagets side 2, hvilket understreger tidens trend for quiltet print.

Brugen af "dropped shoulders" udgør et allerede kendt princip inden for mode- og tekstilbranchen (eksempler fremlagt som **bilag F**), der er særligt oplagt at anvende i forbindelse med den posedede pasform, der er karakteristisk for badekåber.

Brugen af kantebånd tjener udelukkende den tekniske funktion at af-lukke kanterne, hvilket er nødvendigt for kåbernes holdbarhed.

Brugen af indbyggede luffer tjener udelukkende det tekniske formål at bidrage til, at man som vinterbader kan holde varmen på hænderne. Desuden er funktionen allerede kendt og hyppigt anvendt, særligt i forbindelse med løbetøj med samme formål (eksempler fremlagt som **bilag G**).

Kåbernes syning i hættten og design omkring skulderpartiet adskiller sig væsentligt fra hinanden, jf. nedenfor i pkt. 2.2.2 under "Hætter".

På baggrund af ovenstående gøres det gældende, at Nordbaeks badekåbe nyder en meget begrænset grad af beskyttelse, idet den består af allerede kendte designmæssige elementer og/eller elementer, der er begrundet i tekniske funktioner.

2.1.2 Sammenligning af kåberne

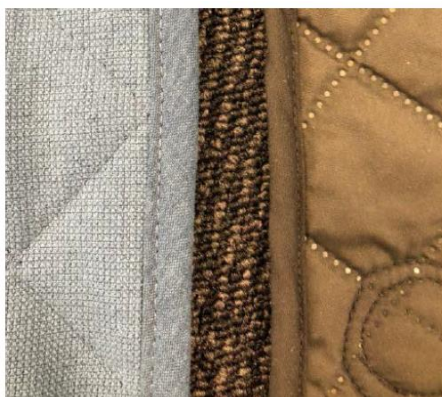
Nordbaek har gjort gældende, at kåben HAVET krænker Nordbaeks rettigheder til både kåben Deluxe og kåben Shorty i henhold til Designforordningen og markedsføringsloven.

2.1.2.1 Sammenligning med Shorty

Materiale:

HAVET er fremstillet i tæt vævet økologisk bomuld i tre lag, hvorimod Shorty er fremstillet i 100 % polyester med en vindtæt yderskal og fleecelag indvendigt.

Forskellen i materialevalg kommer ikke kun til udtryk ved fysisk berøring af kåberne, men vil også tydeligt blive opfattet visuelt. Hvor overfladen på Shorty fremstår syntetisk, glat, let og "plastikagtig", fremstår overfladen på HAVET som naturlig, ru, tung og "stofagtig":



(HAVET tv., Shorty th.)

Hætter:

(Shorty tv., HAVET th.)

Kåbernes respektive hætter er udformet helt forskelligt, idet hættten på HAVET fremstår meget firkantet og formløs, hvorimod hættten på Shorty er afrundet på toppen og buer tydeligt indad ned langs åbningen, hvorfor den fremstår som mere tilpasset brugerens hoved.

Derudover adskiller hættternes form sig tydeligt ved påsyningen ved halsen, idet HAVET's syning er foretaget helt lige og vertikalt, mens Shorty's syning knækker ved nakken og fortsætter diagonalt nedad mod brystet.

Form:



(Shorty tv., HAVET th.)

Som det fremgår af ovenstående billeder adskiller selve formen på de respektive kåber sig primært derved, at HAVET fremstår mere firkantet, hvorimod Shorty fremstår mere trekantet.

HAVET's bundstykke munder ud i næsten retvinklede kanter, der former en blød bue op mod hættten, hvorimod Shorty's kanter er skarpere og skærer skråt mod hættten.

Lukkeband:

(HAVET øverst, Shorty nederst)

Brug af lukkeband tjener den essentielle funktion for badekåber, at de kan lukkes. At der ved begge kåber er gjort brug af lukkeband vil dermed ikke have betydning for kåbernes designmæssige helhedsindtryk.

Imidlertid kan selve lukkebandets designmæssige udformning være relevant. Også her adskiller kåberne sig, på trods af den meget begrænsede designmæssige frihed, der må findes for udformning af lukkeband.

Som det fremgår af billedet ovenfor er lukkebandet på HAVET tydeligt smallere end Shorty's tilsvarende. Forskellen i brugen af materiale medfører endvidere, at Shorty's lukkeband fremstår stift og glat, mens HAVET's fremstår mere ru og polstret.

Øvrige forskelle:



(Shorty tv., HAVET th.)

HAVET's visuelle helhedsindtryk adskiller sig endvidere fra Shorty's ved, at der på forsiden af HAVET er påført to store, firkantede lommer med hul foroven, hvorimod Shorty's lommer er skjult på siderne i syningerne og lukket med lynlås.

Endvidere er der øverst og nederst på forsiden af Shorty påført runde magneter, der skal tjene som en yderligere lukkemekanisme. En tilsvarende mekanisme genfindes ikke på HAVET.

2.1.2.2 Sammenligning med Deluxe

Da kåberne Deluxe og Shorty kun adskiller sig på få visuelle punkter, jf. nedenfor, henvises til anbringenderne i pkt. 2.2.2.1 ovenfor angående bemærkninger til Shorty, der således finder tilsvarende anvendelse på Deluxe. For god ordens skyld er fremlagt Bilag O, der er en sammenligning mellem HAVET og Deluxe svarende til den i svarskriftet fremlagte sammenligning mellem HAVET og Shorty.

Herudover skal Detail-Service komme med følgende bemærkninger til Deluxe, idet denne på visse yderligere punkter adskiller sig væsentligt fra HAVET.

Quiltede mønster:

HAVET er udformet i et mønster bestående af skarpe firkantede quiltninger uden synlige syninger, hvorimod Deluxe er udformet i et mønster bestående af runde, bølgede streger, der danner cirkelformede quiltninger med åbne ender. Syningerne i Deluxe er hvide, hvorfor de let kan ses i det mørke polyestermateriale.



(HAVET tv., Deluxe th.)

Længde:

Deluxe er væsentligt længere end HAVET, hvilket adskiller kåberne yderligere fra hinanden. Længden på HAVET er af standard karakter for så vidt angår badekåber, hvorfor Deluxe vil skille sig særligt ud på

længden. Nordbaek oplyser desuden følgende på sin hjemmeside i beskrivelsen af Deluxe:

"NORDBAEK badekåben er en del længere end de fleste badekåber. Dette er den bevidst del af designet, så man kan få dækket benene helt ned til lidt over anklen."

Den yderligere længde i forhold til de fleste af markedets øvrige badekåber, herunder HAVET, vil dermed bidrage til at gøre den relevante forbruger i stand til at kunne adskille disse.



(HAVET øverst, Deluxe nederst)

Det bemærkes, at HAVET på ovenstående billede er af størrelsen L, hvorimod Deluxe er af størrelsen M. Dermed vil længdeforskellen være større, såfremt man sammenlignede tilsvarende størrelser.

De i pkt. 2.2.2.1 anførte anbringender sammenholdt med den ovenfor udformede sammenligning af særlige forskelle mellem HAVET og Deluxe må føre til den konklusion, at HAVET giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk end Deluxe, og at HAVET dermed hverken krænker eventuelle rettigheder, Nordbaek måtte have i henhold til Designforordningen eller markedsføringsloven.

2.1.3 Den informerede bruger

Afgørende for krænkelsesvurderingen er opfattelsen hos den informerede bruger. Ifølge fast praksis fra EU-Domstolen karakteriseres dette som et begreb, som ligger mellem den gennemsnitlige forbruger, der finder anvendelse på varemærkeområdet, hvor der ikke kræves nogen særlig viden, og hvor der som regel ikke foretages en direkte sammenligning af de omhandlede varemærker, og en fagmand, som er en ekspert med detaljeret sagkundskab. Begrebet den informerede bruger kan således opfattes som en bruger, der ikke er gennemsnitligt opmærksom, men som er særligt opmærksom, hvad enten det er på grund af personlige erfaringer eller omfattende kendskab til den omhandlede sektor, jf. C-281/10 P (PepsiCo), § 53.

Af samme praksis fremgår det, at den informerede bruger, hvor det er muligt, vil foretage en direkte sammenligning af de pågældende designs, jf. C-281/10 P (PepsiCo), § 55.

Endelig er dennes opmærksomhedsniveau højere end den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme, velunderrettede forbruger, og det formodes, at den informerede bruger er bekendt med forskellige designs i den pågældende sektor og udviser en vis grad af opmærksomhed ved anvendelse af produkterne, som følge af hans interesse for disse produkter, jf. C-281/10 P (PepsiCo), § 59.

På baggrund af den citerede praksis må det lægges til grund, at den informerede bruger har et relativt højt opmærksomhedsniveau, har godt kendskab til lignende produkter på markedet og, hvis muligt, vil foretage en direkte sammenligning.

2.1.4 Opsummerende

Det må lægges til grund, at der ved udformningen af badekåber til brug i forbindelse med vinterbadning er en meget begrænset grad af designmæssig frihed. Nordbaeks kåber Shorty og Deluxe er sammensat af usærprægede designelementer, og dens beskyttelsesomfang er dermed begrænset til slaviske kopier eller meget nærgående efterligninger.

Den informerede bruger har et relativt højt opmærksomhedsniveau, har godt kendskab til lignende produkter på markedet og vil, hvis muligt, foretage en direkte sammenligning. Dermed vil denne være bedre i stand til at bemærke forskelle – særligt den store forskel i brug af materiale, der utvivlsomt vil bemærkes ved direkte sammenligning af kåberne.

Sammenholdt med den ovenfor udformede sammenligning, der viser kåbernes mange, væsentlige visuelle forskelle, må det herefter konkluderes, at Detail-Services købe HAVET giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk end Nordbaeks kåber Shorty og Deluxe. Detail-Service har dermed ikke krænket Nordbaeks påståede rettigheder efter Designforordningen.

2.2. Markedsføringsloven

Nordbaek har gjort gældende, at Detail-Service har krænket Nordbaeks rettigheder efter markedsføringslovens § 3. Dette bestrides.

Ifølge praksis fra Højesteret nyder modeprægede produkter som beklædningsgenstande kun en beskyttelse efter markedsføringsloven mod identiske kopier, eller hvad der må ligestilles hermed.

2.2.1. Sammenligning af kåberne

Detail-Service gør gældende, at der mellem kåberne Shorty og HAVET samt Deluxe og HAVET kan konstateres flere væsentlige forskelle, der både hver for sig og særligt tilsammen giver HAVET et helhedsindtryk, der adskiller sig væsentligt fra det, som forbrugeren får af Nordbaeks kåber. Vedrørende kåbernes visuelle forskelle henvises til sammenligningen ovenfor i pkt. 2.1.2.

2.2.2. Materialet

Som nævnt under pkt. 2.1.2 er HAVET fremstillet i tætvet økologisk bomuld i tre lag, hvorimod Shorty og Deluxe er fremstillet i 100 % polyester med en vindtæt yderskal og fleece indvendigt. Vedrørende de visuelle forskelle i helhedsindtrykket, som materialevalget medfører, er henvises til afsnittet herom ovenfor.

Forskellen i materialevalg har ligeledes en stor betydning for det helhedsindtryk, som kåberne giver forbrugeren ved dennes fysiske besigtigelse af kåberne. Ved fysisk besigtigelse vil forbrugeren således tydeligt kunne mærke, at HAVET er væsentligt tungere end Shorty og Deluxe, idet polyester er et letvægtsmateriale, hvorimod tætvet bomuld er karakteriseret ved at være tungt og fyldigt.

Derudover vil forbrugeren ved fysisk besigtigelse tydeligt bemærke, at overfladen på HAVET vil føles blød, ru og "stofagtig", hvorimod overfladen på Shorty og Deluxe vil føles glat og "plastikagtig".

2.2.3. Detail-Services markedsføring

Nordbaek har anført, at HAVET er markedsført på Detail-Services hjemmeside på samme måde, som Nordbaek markedsfører sine designs på deres hjemmeside, og at dette bør udgøre en skærpende omstændighed i krænkelsevurderingen efter markedsføringsloven. Dette bestrides. Til støtte herfor har Nordbaek fremlagt bilag 33, der udgør en sammenligning af 5 udvalgte billeder fra Nordbaeks Instagram-profil med 5 udvalgte billeder fra Detail-Services hjemmeside og Instagram-profil.

Det bestrides, at denne sammenligning har nogen relevans for vurderingen af, om Detail-Service har overtrådt Nordbaeks rettigheder efter markedsføringsloven.

For det første består bilaget af en sammenstilling af blot 5 nøje udvalgte billeder blandt flere hundrede billeder anvendt af parterne i deres respektive markedsføring, hvorfor sammenstillingen fremstår søgt og med hensigt til at skabe en urigtig opfattelse hos Retten i strid med den virkelighed, som forbrugerne faktisk mødes af.

For det andet udgør samtlige billeder i bilag 33 åbenlyst generiske opstillinger, der, henset til en badekåbes karakter og funktion, er helt foruden beskyttelsesværdigt særpræg. 4 af billederne udgør blot øjebliksbilleder af brugere af badekåberne i helt almindelige positurer. At billederne er taget udendørs med vand i baggrunden er en naturlig følge af badekåbernes anvendelse i forbindelse med udendørs badning.

For at understrege den generiske karakter af de sammenstillede billeder i bilag 33 er fremlagt **Bilag N**, der viser tilsvarende billeder fra 4 andre producenter af badekåber, hhv. Swoodi Kids, Beach Robes Australia, Dryrobe og Kivikivi Design. Disse virksomheder har alle – uafhængigt af hinanden – anvendt billeder med samme vinkler og positurer som dem fremlagt i bilag 33. Bilag N illustrerer samtidig, hvor nemt det er at foretage en vildledende sammenligning tilsvarende den i bilag 33 fremlagte med nøje udvalgte, generiske billeder.

Endvidere har Nordbaek med samme formål fremlagt 2 videoer med skærmmklip i bilag 34, hvor hhv. Nordbaek og Detail-Service illustrerer brugen af badekåbernes luffefunktioner. At videoerne udelukkende tjener det formål at oplyse brugerne om en bestemt teknisk funktion ved de respektive produkter uden anvendelse af nogen former for særprægede virkemidler medfører, at Nordbaeks video savner ethvert tænkeligt markedsføringsretligt beskyttelses-behov. Af denne grund er også denne sammenligning uden relevans i vurderingen af, om Detail-Service har overtrådt Nordbaeks rettigheder efter markedsføringsloven.

Detail-Service gør endvidere gældende, at markedsføringen af HAVET i øvrigt adskiller sig væsentligt fra Nordbaeks markedsføring af Shorty og Deluxe på flere punkter.

For det første fokuserer Detail-Services markedsføring i høj grad på badekåbernes bæredygtige og naturlige karakter, hvor særligt brugen af økologisk bomuld fremhæves på hjemmesiden www.vinterbaderen.dk samt på Instagram, jf. **bilag H**.

Nordbaeks badekåber markedsføres som bestående af 100 % polyester, der primært består af syntetiske materialer, hvilket står i skarp kontrast til det image, som Detail-Services produkter nyder som følge af materialevalg og markedsføringen heraf. Nordbaek omtaler i sin markedsføring ikke bæredygtighedshensyn, men lægger i stedet det primære fokus på fordelene ved anvendelsen af polyesteret – nemlig at produkterne er lette, vindtætte og vandafvisende.

Køb af bæredygtige produkter fremfor mere syntetiske produkter udgør ofte et principielt valg, og produkterne vil derfor sjældent være direkte substituerbare. Derudover vil virksomhedernes modstående image mindske forveksleligheden blandt de relevante forbrugere.

For det andet markedsfører Nordbaek sine to kåber Deluxe og Shorty som hhv. en kvinde- og en herrekåbe, hvorimod HAVET er unisex.

For det tredje er markedsføringen af parternes respektive kåber på deres købsider vidt forskellig. Mens Nordbaek udelukkende viser billeder af deres kåber som produktbilleder på neutral baggrund, gør Detail-Service brug af et enkelt produktbillede efterfulgt af adskillige "øjebliksbilleder", jf. **bilag I**.

Nordbaek har endvidere oplyst, at Detail-Service på sin Instagram-profil har anvendt Nordbaeks design i markedsføringen af sin egen badekåbe, jf. bilag 24. Dette er ukorrekt.

Den mørke kåbe vist i bilag 24 er en vareprøve fra Detail-Services tyrkiske producent, som blev frasorteret i løbet af designprocessen af kåben HAVET. Der er altså ikke tale om Nordbaeks design. Dette vil blive uddybet under partforklaring af Detail-Service.

2.2.4. Detail-Services henvendelse til Nordbaek

Det er ubestridt, at Detail-Service ved personlig henvendelse den 26. juni 2019 bestilte et eksemplar af Nordbaeks badekåbe Deluxe og i denne forbindelse spurgte, hvor kåben er produceret, jf. bilag 23.

Imidlertid bestrider Detail-Service, at denne henvendelse udgør en skærpet omstændighed i vurderingen af, om Nordbaeks rettigheder efter markedsføringsloven er overtrådt. Dette vil blive uddybet ved partsforklaring ved Dorthe Kirchner.

2.2.5. Opsummerende

Detail-Service gør gældende, at Nordbaeks beskyttelse efter markedsføringsloven alene omfatter identiske kopier, eller hvad der må sidestilles hermed. Der er mellem kåberne Shorty og HAVET samt Deluxe og HAVET flere væsentlige forskelle, der både hver for sig og særligt tilsammen giver HAVET et helhedsindtryk, der adskiller sig væsentligt fra det, som forbrugeren får af Shorty og Deluxe.

Detail-Service har endvidere hverken ved sin markedsføring eller øvrige ageren tilstræbt at lægge sig op ad Nordbaeks virksomhed. Særligt giver Detail-Services markedsføring og materialevalg dennes virksomhed og produkter et klimavenligt og bæredygtigt image, der, i en tid med stigende fokus på bæredygtighed inden for bl.a. tøj, bidrager til adskillelsen fra Nordbaeks produkter og virksomhed.

Detail-Service har ved produktudviklingen og i designprocessen, som det i øvrigt er helt sædvanligt, ladet sig inspirere af tidens trend og de produkter, der fandtes på markedet og i resten af verden. Dette er alene udtryk for en sædvanlig udviklingsproces, herunder i særdeleshed inden for tøjbranchen, og har således ikke karakter af en odiøs handling. Dette understøttes i øvrigt af retspraksis.

2.3. Erstatningsopgørelse

Eftersom der ikke foreligger en krænkelse af Nordbaeks rettigheder efter hverken designforordningen eller markedsføringsloven, skal Detail-Service frifindes for Nordbaeks erstatningskrav.

Til opfyldelse af Nordbaeks provokation er oplyst, at Detail-Service har omkring 20 eksemplarer af badekåben HAVET.

Såfremt retten finder, at Nordbaeks påståede rettigheder er blevet krænkede, gøres det, henset til Detail-Services meget begrænsede salg af kåben HAVET, gældende, at det foreløbige krav på kr. 75.000 ikke udgør en passende erstatning og rimeligt vederlag for den påståede krænkelse.

Nordbaek har anført, at der foreligger en substitution nær 1:1 mellem de respektive kåber. Dette bestrides.

Som ovenfor anført centrerer Detail-Services markedsføring sig om værdier som klimavenlighed og bæredygtighed, hvilket bl.a. kommer til udtryk på Detail-Services hjemmeside, Instagram og i materialevalget for kåben HAVET.

Ved markedsføring af disse værdier henvender Detail-Service sig til et særligt markedssegment, der netop vælger bæredygtige løsninger af ideologiske årsager, og som derfor principielt ikke anser produkter i det mere plastikbaserede polyestermateriale som et direkte alternativ. Går man eksempelvis specifikt efter en bæredygtig kåbe, der viser sig at være udsolgt, vil en forbruger ikke i stedet købe en badekåbe i polyester.

Såfremt retten finder frem til, at der foreligger en krænkelse, gøres det således gældende, at der ikke foreligger substitution nær 1:1, hvorfor Nordbaek ikke skal modtage fuld erstatning for hvert solgt produkt. ...”

Dorthe Kirchner har under hovedforhandlingen præciserende anført, at hun er enig i, at et produkt kan være beskyttet efter markedsføringsloven, også efter at en designbeskyttelse er udløbet. Men selve beskyttelsen hviler på en helt anden vurdering.

Rettens begrundelse og resultat

Efter de foreliggende oplysninger om markedet for de omhandlede produkter samt henset til de designmæssige træk og designelementer, som Nordbaeks badekåbedesign Deluxe er sammensat af, er det rettens opfattelse, at Deluxe på offentliggørelsestidspunktet, som ubestridt var den 17. november 2017, havde en ny og sådan individuel karakter, at det var beskyttet som ikke-registreret design i 3 år i henhold til EU-designforordningens art. 11(1).

Det er omvendt rettens opfattelse, at badekåbedesignet Shorty efter introduktionen af Deluxe, med hvilket design Shorty har en række overlappende punkter, ikke fuldt ud opfylder betingelserne for designbeskyttelse i henhold til EU-designforordningens art. 11(1), jf. art. 4(1).

Begge design må hver for sig anses for at besidde en sådan kommerciel adskillelsesevne, at de er beskyttet mod efterligninger fra andre aktører på markedet efter markedsføringsloven, jf. lovens § 3. Henset til produkternes karakter findes beskyttelsen at være begrænset til slaviske efterligninger eller hvad der må sidestilles hermed.

Vinterbadekåber er efter det fremkomne rettet mod et – stigende – nichemarked, hvor bestemte produktegenskaber må antages at skulle varetages som standard. Centralt for produkterne vil derfor generelt være, at de tilstræbes at være egnede til at beskytte mod kulde, vind og vejr, hvilket gør, at de naturligt vil kunne besidde fælles træk, eksempelvis - som i det foreliggende tilfælde - i form af en beskyttende hætte og luffer, som er i forvejen kendte designelementer.

Af design- og udtryksmæssige forskelle mellem Nordbaeks designbeskyttede Deluxe og HAVET fremhæves på grundlag af bevisførelsen og rettens besigtigelse af parternes fysiske produkter, at HAVETs quiltede syninger giver skarpe firkantede mønstre, mens mønstrene i Deluxe's quiltede syninger er cirkelformede med åbne ender ("onion quilt"). Syningerne imellem quiltningerne er forskellige med hensyn til synlighed, hvilket bidrager til et forskelligt udtryk. Forskellene med hensyn til det anvendte produktmateriale – henholdsvis polyester og tætvet bomuld – giver tydelige udtryksmæssige forskelle. Produkternes hætter er ikke ens med hensyn til udformning, og syningerne mellem hætte og produkternes "kropsdel" giver visuelt differentierede udtryk. Selve produkternes grundpasform er ikke ens, men har relativt betydelige forskelle. Deluxe, designet til kvinder, er forholdsmæssigt betydeligt længere end HAVET, designet til begge køn. Som en i størrelsesmæssig henseende mindre detalje ses betydelige forskelle med hensyn til produkternes lukkebånd. En efter rettens opfattelse markant udtryksmæssig detailforskel mellem produkterne udgøres af det forhold, at HAVET er forsynet med store, firkantede, ydre lommer, mens Deluxe's lommer er skjulte og lukket med lynlås.

Særligt med hensyn til vurderingen af Nordbaeks Shorty, designet til mænd, i forhold til HAVET bemærkes, at der alene er få designmæssige forskelle mellem Shorty og Deluxe, jf. også det ovenfor anførte om disse produkter i forhold til hinanden. Blandt disse forskelle fremhæves, at Shortys quiltning er i samme grundmønster som HAVETs quiltning, og at Shorty er væsentlig kortere end Deluxe. Disse forhold giver efter rettens opfattelse ikke grundlag for en anden samlet vurdering.

Under hensyn til det om produkterne anførte, jf. ovenfor, finder retten, at HAVET som produkt giver den informerede bruger et sådant andet udtryksmæssigt helhedsindtryk end Deluxe, at der ikke foreligger en krænkelse af designrettighederne til Deluxe, og at HAVET endvidere ikke fremstår som en sådan nærliggende efterligning af hverken Deluxe eller Shorty, at produktion, salg og markedsføring af HAVET etc., jf. Nordbaeks påstand 1, udgør en krænkelse af Nordbaeks rettigheder til disse to produkter efter markedsføringsloven.

Idet retten bemærker, at oplysningerne om parternes markedsføring ikke findes at give grundlag for en anden vurdering, er det en følge af det ovenfor anførte, at Dorthe Kirchner frifindes for Nordbaeks påstande.

Efter sagens udfald skal Nordbaek betale sagsomkostninger til Dorthe Kirchner. Sagsomkostningerne fastsættes efter sagens karakter, omfang, forløb og anslåede værdi med et passende beløb til dækning af Dorthe Kirchners advokatbi-stand med i alt 40.000 kr.

THI KENDES FOR RET:

Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS frifindes.

Nordbaek ApS skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til Detail-service v/ Dorthe Kirchner og Detail-service ApS med i alt 40.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.