



SØ- OG HANDELSRETTEEN KENDELSE

afsagt den 24. august 2020

Sag BS-16630/2020-SHR

Zhuhai Runwin Electric Co., Ltd
(advokat Christian Skadborg)

mod

Schou Company A/S
(advokat Lisbet Andersen)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Mads Bundgaard Larsen sammen med de sagkyndige medlemmer Annette Krath Poulsen og Peter Kim Jensen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 21. april 2020, angår spørgsmålet, om betingelserne for at nedlægge et midlertidigt forbud mod, at Schou Company A/S sælger og markedsfører mv. en bestemt elterrassevarmer, er opfyldt. Sagen rejser navnlig spørgsmål om krænkelse af et registreret EF-design samt spørgsmål om beskyttelse og i givet fald krænkelse af rettigheder efter op-havsrets- og markedsføringsloven.

Zhuhai Runwin Electric Co. Ltd (herefter Runwin) har nedlagt følgende påstand:

Principal: Det forbydes rekvisitus, Schou Company A/S, at udbyde, markedsføre, indføre (importere), eksportere, udbyde til salg eller gøre brug af den på bilag 6 viste terrassevarmer.

Subsidiært: Nedlæggelse af forbud efter rettens skøn.

Schou Company A/S (herefter Schou) har nedlagt følgende påstand: Afvisning, subsidiært frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Sagens parter

Runwin er en kinesisk producent af elektriske varmere. Runwin blev stiftet i 1995 og har siden 2004 produceret terrassevarmere.

Schou, der oprindeligt var en isenkrammerforretning, blev stiftet i 1961 og er i dag efter det oplyste en af Europas største leverandører af nonfood-artikler til detailkæder.

Runwins registrerede design

Runwin ansøgte den 15. december 2014 om EF-designregistrering af en terrassevarmer, og den 18. december 2014 opnåede Runwin registrering (nr. 002598052-0003) med følgende fem grafiske afbildninger:



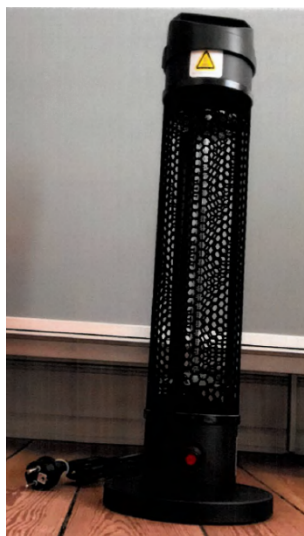
Der er ikke registreret nogen bestemt designer, men Sun Jiawei er registreret som rettighedshaver. Sun Jiawei har ved erklæring af 20. april 2020

blandt andet bemyndiget Runwin til at håndhæve EF-designregistreringen (nr. 002598052-0003) i Danmark.

Retten har under hovedforhandlingen fået forevist to eksemplarer af Runwins terrassevarmer, der efter det oplyste er produceret i henhold til EF-designregistreringen. Den ene var sort, mens den anden, ligesom billederne i EF-designregistreringen, var sølvmetal.

Schous elterrassevarmer

Schous elterrassevarmer markedsføres under varemærket *Outfit* og er blandt andet afbildet i bilag 6:



Retten har under hovedforhandlingen fået forevist et eksemplar af Schous terrassevarmer.

Billedet af Schous elterrassevarmer i bilag 6 er efter det oplyste taget efter leveringen af et testkøb foretaget af vidnet Claus Rude den 12. marts 2020. Der er i den forbindelse fremlagt en faktura udstedt af Byghjemme.dk, der vedrører køb af en "*Outfit Ane el-terrassevarmer i sort 800w*". Prisen inkl. levering er angivet til 695 kr. inkl. moms.

Af EU-varemærkeregistret (nr. 009128042) for varemærket *Outfit* fremgår det, at ejeren er Schou Company A/S, og at det blev registreret den 29. december 2010.

Sammenligningsbilag

Schou har fremlagt et sammenligningsbilag, hvor henholdsvis Runwins (til venstre) og Schous (til højre) terrassevarmere er opstillet ved siden af hinanden:



Korrespondance mellem parterne forud for forbudsagens anlæg

Af brev dateret den 23. marts 2020 fra advokat Christian Skadborg til Camola ApS fremgår følgende blandt andet:

“

My client is the owner of the EU design registration 002598052-0003 registered in class 23.03 for electric heaters under the Lugano classification. Attached hereto as Exhibit (...) please find a copy of the registration certificate.

We have recently made test purchases from the online store byghjemme.dk, see invoice attached as (...) (hereinafter "the Product"). Attached as (...) you will find a picture of the terrace heater purchased in byghjemme.dk (left) and my clients terrace heaters (the silver and black from the right).

After reviewing the Product purchased in Camola, it is evident that the Product marketed and sold by Camola infringes my client's intellectual property rights, including the registered design rights described above.

”

Advokat Christian Skadborgs brev af 23. marts 2020 til Camola ApS blev videresendt til Schou. Ved svarbrev af 31. marts 2020 anfører Christina Østbjerg, juridiske rådgiver for Schou, følgende blandt andet:

“

Your letter of 23 March 2020 to Carmola ApS has been forwarded to us, as we Schou Company A/S, supply the goods in question and as such responsible for handling of this matter. Please direct further correspondence in this matter to me.

We strongly disagree with your view that the product marketed by Carmola ApS should infringe your client's intellectual property right or your client's product.

“

I Schous svarbrev af 31. marts 2020 er der henvist til en række billeder med tilføjet tekst, der fremhæver forskelle på Schou og Runwins elterrassevarmer. Der henvises bl.a. til at fødderne ikke er ens, at størrelsen på bundstykket er forskellig, at der er forskel på designet af tænd/sluk knappen, at designet af gitteret er forskellig, at håndtagene er forskellige, og at der er ifølge Schou er en højdeforskel på varmernes øverste cylinder samt den totale højde.

Af Advokat Christian Skadborgs svar af 2. april 2020 fremgår følgende blandt andet:

“

I have reviewed the exhibits attached to your letter dated 1 April 2020 and it is evident that your assessment of the infringement is fundamentally flawed, as you do not take into consideration the most important element when assessing designs protected by COUNCIL REGULATION (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

...

If Schou Company A/S do not comply with the above my client has instructed me to initiate interim legal proceedings (in Danish: fagedforbudssag) before the Maritime and Commercial Court (in Danish: Sø- og Handelsretten) without further notice.

“

Ved e-mail af 8. april 2020 svarer Christina Østbjerg, juridisk rådgiver for Schou, følgende blandt andet:

“

In reply to your letter of 2 April 2020, we can only maintain that there is no infringement as already explained in my letter of 31 March 2020.

...

We are not prepared to comply with your – unreasonable – demands and we uphold our previous stated in the letter of 31 March 2020

“

Øvrige produkter på markedet

Der indgår i sagen et betydeligt antal billeder af andre elterrassevarmere på markedet, herunder blandt andet følgende, som blev særligt fremhævet i et til retten udleveret støttebilag:



Det fremgår ikke af støttebilaget eller sagens bilag i øvrigt, hvornår de i støttebilaget afbildede produkter kom på markedet.

Runwin har desuden fremlagt et bilag, der i forhold til Runwins elterrassevarmer oplyser om alternative designelementer på markedet for elterrassevarmere, herunder navnlig de forskellige elterrassevarmeres fod, tænd/sluk knap, varmekilde, gitter, samt håndtag.

Øvrig dokumentation

Schou har under sagen indhentet og fremlagt en udtalelse af 25. juni 2020 fra industriel designer Christian Hvidt. Heraf fremgår blandt andet:

”

Udtalelsen er baseret på telefonsamtaler med og tilsendt materiale fra Aumento Advokatfirma samt fysisk besigtigelse og gennemgang af de i sagen omhandlede produkter. Column heather ZHQ0888- HD-65-B fra Zhuhai Runwin Electric Co og terrassevarmer Outfit el-terrassevarmer 48589 fra Schou Company A/S.

...

Undertegnede har af advokat Lisbet Andersen Aumento Advokatfirma fået følgende opdrag til sagen: *Som advokat for Schou Company A/S skal jeg til brug for en sag om midlertidigt forbud ved Sø- og Handelsretten bede dig vurdere, om terrasse varmeren markedsført af Schou Company A/S skal anses for en slavisk efterligning af eller fon/ekslelig med Runwin-terrassevarmeren. Til brug for din vurdering har du modtaget et eksemplar af hver af de to terrassevarmere, der også ses på bilag B. Endvidere refereres til bilag A, der viser et udvalg af terrassevarmere på markedet.*

...

Column Heather ZHQ0888-HD-65-B importeres til Danmark fra Kina og tilbydes på detailmarkedet af blandt andre Harald-Nyborg.dk og Lomax.dk.

...

Der findes på både det danske og internationale marked en række terrassevarmere, der både i størrelse, form og opbygning svarer til sagens to omtalte produkter - se side 8.

...

Runwin Heathers udseende og detaildimensionering virker udpræget funktionelt betinget.

...

Runwin Heathers design og formbearbejdning er i vid udstrækning styret af og indordnet under produktets forskellige funktionelt betingede delelementer og deres formgeometri. Fodens formudtryk er kendetegnet ved en tynd skarpkantet cirkulær bundplade. Den ligeledes cirkulære sokkelpart er i en fordybning påmonteret en afbryderknap samt på modsat side en aflastet ledningstilgang. Både afbryder og led-

ningstilgang virker udført af standardkomponenter. Det for produktet dominerende beskyttelsesgitter er udført med en perforering med karakteristiske langovale huller, hvilket giver produktet et vist transparent udseende.

...

Håndtagets design er baseret på en buet konveks form, og virker i øvrigt ret småt dimensioneret for brug af voksen hånd.

...

Outfit terrassevarmerens design og formbearbejdning er i vid udstrækning styret af og indordnet under produktets forskellige funktionelt betingede delelementer og deres formgeometri.

...

Topparten afsluttes af et håndtag udformet i en kombination af en konkav nedadrettet runding og et greb sammensat af et vandret og et 45°vinklet forløb. Denne udformning giver god frigang for hånden ved brug. Overgangene mellem sokkel, gitter og toppart er udført med en flade samleringe, der fastholder og styrer delemnerne.

...

Produktionsteknisk benytter begge terrassevarmere sig af almindelige og velkendte principper.

...

Hvad angår formgivningen og helhedsindtrykket, er der dog tydelige forskelle mellem de to terrassevarmere. Overordnet er der tale om et teknisk apparat, hvor opbygning, dimensionering og materialer er styret af apparatets funktioner og krav til sikkerhed. Produktets højde og diameter er ligeså styret af den ønskede varmeeffekt og fordelingen af denne.

...

Sammenfatning

Det kan næppe undgås at omtalte to produkter, der i deres fremtoning er stærkt reguleret af funktionelle krav, vil fremstå med en vis ensartethed, dette især hvis produkterne er udført med sort overflade, hvor form og designdetaljer udviskes.

Til trods for en sådan ensartethed er undertegnede af den opfattelse, hvad angår formgivning og helhedsindtryk, at produktet Outfit el-terrassevarmer 48589 fra Schou Company A/S ikke er en efterligning af det allerede markedsførte produkt Column Heather ZHQ0888-HD-65-B fra Zhuhai Runwin Electric Co. Der er derimod tale om to selvstændige produkter.

Det er ligeledes undertegnede af den opfattelse, at en forbruger ikke vil forveksle de to terrassevarmere, dertil er de for forskellige. En forbruger vil opfatte dem som forskellige, men tilhørende samme produktgruppe på lige fod med markedets andre lignende produkter.

Sammenfattende er undertegnede af den opfattelse, at begge produkter fremstår med et vist individuelt særpræg, dog med lav værkshøjde og hvad helhedsindtrykket angår stærkt domineret af de funktionelle krav produkterne er underlagt.

”

Det fremgår af en række fakturaer udstedt af Runwin til Schou, at der i et vist omfang har været samhandel mellem parterne. Fakturaerne vedrører ikke de elterrassevarmere, der indgår i sagen, men efter det oplyste hovedsageligt terrassevarmere, der kan hænge i f.eks. en parasol.

Af e-mails fra juni 2017 mellem repræsentanter fra Schou og Runwin fremgår det, at Schou skulle have besøgt Runwins showroom den 17. juni 2017. Der er dog blandt parterne enighed om, at mødet blev aflyst.

Af e-mail dateret den 3. juli 2017 med emne *”runwin: Schou offer”* fra Oliver, Runwin, til Torben Batz, indkøber ved Schou, fremgår følgende blandt andet:

”

Dear Torben,

Hope you're doing well since our meeting in your office.

We forgot to send you the pricelist of the range you have chosen during the meeting. Sorry for this delay.

Please find attachment our best offer for the outdoor heaters.

You also have our catalogue and if you can select more products if you want.

As mention to you in the meeting we focus on quality and development of new designs.

I hope you have time to isit our factory or we can meet in the Canton fair.

Olivier

”

E-mailen af 3. juli 2017 fra Olivier, Runwin, har i autosignaturen et billede af blandt andet følgende terrassevarmer:



Senere samme dag – den 3. juli 2017 – svarer Torben Batz og skriver til Olivier følgende blandt andet:

”

Hi Olivier,

I'm screening the Scandinavian market and think we should do similar models as Solamagic.

Are you familiar with the Solamagic products?

”

Det fremgår af e-mail af 10. april 2020 fra Sundear til Claus Rude følgende blandt andet:

”

Hi, Claus Rude,

How are you, hope all your family and friends are stay safe and health in the COVID-19 pandemic.

Noted NSH NORDIC are already in the heating market,
Here the new develop small portable tower as attached.
”

E-mailen af 10. april 2020 fra Sundear til Claus Rude var vedhæftet markedsføringsmateriale fra Sundear, herunder blandt andet følgende uddrag:



PORTABLE TABLE HEATER

Holst, Advokat

- Product size: 31*20*65cm
- Power option: 800W / 1000W
- Voltage: 220-240V / 50-60Hz
- Filament: Carbon fiber lamp
- Heating area: 2-3M
- Safety device: tip over function
- Certified: CE,ROHS,IP44
- Color option: Black

- Cool touch technology on the tower
- Carbon fiber lamp 10000h lifespan guarantee
- With low operating costs, it is much cheaper to use than a propane heater
- Tip-over protection, IP44 for both indoor and outdoor use



360° HEAT DISTRIBUTION

Practical, compact and portable, the new under the table infrared heater is efficient and economical.

It is safe for the environment with zero carbon monoxide emissions and hardly affected by wind, making this unit cost effective and environmentally friendly.

The heater tower is covered with cool-touch technology material which makes it safe to the touch and prevents accidental burning.

Designed to fit under most tables, it can be used indoor as well as outdoor. Its compact size makes it easy to transport from one room to the next.



Der indgår i sagen uddrag af markedsføringsmateriale fra Sundear, der efter det oplyste også er producent af elterrassevarmere. Materialet vedrører Sundears kollektion for 2019/2020, og der er i materialet afbildet følgende elterrassevarmer med produktbeskrivelse:

25

SUNDEAR TBH

ELECTRIC TABLE HEATER

Design for indoor& outdoor heating

- Product size: 20*20*65cm
- Power option: 800W / 1000W
- Voltage: 220-240V / 50-60Hz
- Filament: Carbon fiber lamp
- Heating area: 2-3㎡
- Safety device: tip over function
- Certificated: CE,ROHS,IP44
- Color option: Black or Silver




- Portable Tower Heater
- Economical to run with minimum 10,000 hours lifetime carbon fiber bulbs
- 10000 hours service life guarantee
- IP44 suit in both indoor & outdoor area

- Cool-touch design
- Portable handle



Af e-mail dateret den 10. juni 2020 fra James Mapson fra La Hacienda, britisk forhandler af Runwins produkter, til Olivier Cochet, hvori James Mapson besvarer spørgsmål stillet af Oliviet Cochet i en tidligere mail, fremgår følgende blandt andet:

“

Hi Olivier,

Yes the Tauri is from Runwin and in our catalogue.

I want to understand the following

-are you the one (La hacienda) to take the picture? Is it with Runwin heater? - Yes the picture was taken by our photographer and for use with UK online sellers stocking the product.

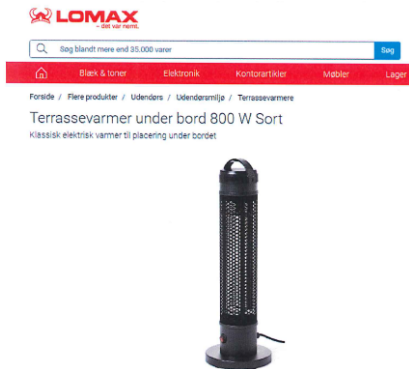
-Did you give the authorization to the manufacturer to use your picture? — Absolutely not! We often find other people steal our photo's to advertise products.

We are making a legal action against one importer in Denmark (Schou). Maybe you are familiar with this brand. - No I am not familiar with this brand, I will CC in Sam who is our export manager to see if he has heard of them. You can inform them that they are not allowed to use our images!

As you know my long term strategy is to produce more products with Runwin and ideally be your UK exclusive supplier. We will always be open and honest with you.

”

Der indgår i sagen desuden et skærmpoint dateret den 22. juni 2020 fra hjemmesiden www.lomax.dk, hvorpå følgende elterrassevarmer er afbildet:



Der er blandt parterne ikke enighed om, hvem der har produceret den pågældende elterrassevarmer, som kan købes på www.lomax.dk.

Claus Rude har ifølge Runwin købt følgende elterrassevarmer fra Lomax's hjemmeside:



I et uddrag af markedsføringsmateriale fra Schou vedrørende såkaldte "patio heaters", herunder gas- og elvarmere, er følgende elterrassevarmer afbildet med produktbeskrivelse:



Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Thomas Larsen Lyckhage, Morten Gisselmann, Claus Rude samt Torben Batz.

Thomas Larsen Lyckhage har forklaret blandt andet, at han er kommerciel direktør i Schou, hvor han har været ansat siden 1997. Schou har ca. 250 medarbejdere fordelt på forskellige lande og et stort showroom i Kolding på 5.000 kvm. Schou har fire produktkategorier; 'alt til have', 'power tools', 'home and kitchen', samt 'garden and leisure', og inden for hver produktkategori er der en ansvarlig produktchef. Schou sælger primært til bygge- og supermarkeder og lagerfører fast ca. 8.000-10.000 varenumre fordelt på samtlige kategorier.

Schou sælger stangvarer, ikke "haute couture", hvor særligt prisen er vigtig. Alligevel prøver de at lave deres produkter en smule unikke, sådan at Schou har sin egen DNA i markedet. De samarbejder med en række faste leverandører og har et stort leverandørkartotek på ca. 3.000-5000 aktive og passive leverandører. Derfor modtager Schou også en masse markedsføringsmateriale fra leverandørerne. Selvom han ikke længere sidder med produktudvælgelse, modtager han dagligt, qua sin tidligere position i firmaet, 10-15 kataloger fra Schous leverandører.

Terrassevarmere er ikke nyt for Schou, men de bestemte sig for at udvide sit varesortimentet inden for denne kategori. En sortimentsudvidelse starter med at man sætte rammerne for varesortimentet, som bl.a. skal opfylde forskellige behov, f.eks. varmere, der kan hænge inde under huset, en varmer til et telt og en til at varme under bordet. I denne fase drøfter man også behovet for el- eller gasvarmere. Når varesortimentet er fastlagt, efterspørger man varerne ved leverandørerne i Asien. Herefter får man et stort udvalg tilbage, hvor alle modellerne af terrassevarmere ligner hinanden. De adskiller sig måske kun 10-15 %. For Schou handler det mere om behovet

end produktet. Og derfor spørger de generelt heller ikke leverandørerne om bestemte designs, men kun til funktionalitet, f.eks. at de har brug for en varmer til fødderne under bordet. I forhold til Runwins terrassevarmer, så ved han ikke, om Schou har været opmærksom på Runwins design.

Schou producerer ikke sine egne produkter. Hvis Schou står som producent ('manufacturer') på Schous produkter, er det noget Schou gør for at overholde lovgivningen om f.eks. produktsikkerhed.

Han har selv været med til messer i Kina. På messerne er der en hel hal kun med terrassevarmere, der alle ligner hinanden. Derfor handler det meget om pris. Når Schou ikke er på messer, besøger de showrooms ved forskellige leverandører i Asien. Han anslår, at der i Fjernøsten er 200-300 leverandører af terrassevarmere.

Han kender til billederne i markedsføringsmaterialet fra Schou, der er fremlagt i sagen. Det er internt materiale, fordi man normalt køber Schous produkter online blandt andet via Schous egen hjemmeside, Bilka eller Harald Nyborg. Ham bekendt har Schou aldrig solgt terrassevarmeren, som der er et billede af i materialet. Kataloget blev i øvrigt trukket tilbage, da Schou fandt ud af, at billedet viste den forkerte terrassevarmer.

Den Lomax elterrassevarmer, der er fotografier af i sagen, er ikke et Schou produkt, og Schou har ikke solgt den til Lomax.

Schous elterrassevarmere har generelt klaret sig godt på markedet, selvom det primært er gasmodeller, som kunderne efterspørger.

Morten Gisselmann har forklaret blandt andet, at han er direktør i handelsvirksomheden NSH Nordic, der handler med detailbutikker og bygge-markeder. NSH Nordic har ca. 30-40 forskellige terrassevarmere i sit sortiment under varemærket Hortus, og han har generelt et stort kendskab til markedet for terrassevarmere, herunder de forskellige producenter i Fjernøsten og Europa.

NSH Nordic har samarbejdet med Runwin siden 2016 og har haft Runwins terrassevarmer i sit sortiment fra samarbejdets begyndelse. Normalt udvælger NSH Nordic sine leverandører på messer i Fjernøsten eller sourcing fra distancen. Det var dog agent, Claus Rude, der præsenterede NSH Nordic for Runwin, og de valgte Runwin, fordi de havde et bredt sortiment.

NSH Nordic modtager ikke længere fysiske kataloger osv. fra leverandørerne. I dag foregår det mere på mail.

Da NSH Nordic gik ind på markedet for terrassevarmere var det primært modellerne fra Silverline (L og M i støttebilag), der dominerede markedet. De kan dreje 120 grader. Modellerne fra Imus (D og E i støttebilag) var også på markedet dengang, som han husker det. Han kan også huske en af de andre modeller (T i støttebilag), men den har et mere tungt design. Model J i støttebilaget kender han ikke.

Han betragter Runwins terrassevarmer som et nyt design, også fordi det var gasstandere, der var det traditionelle dengang i 2016. Det med at få terrassevarmerne ind under bordet, var relativt nyt i 2016.

Han kender til Canton-messen og har et begrænset kendskab til Sundear. Han ved, at Sundear producerer terrassevarmere, mere ved han ikke. Han har bl.a. besøgt deres stand på forskellige messer, men han har aldrig besøgt Sundears fabrik.

Han har ingen ide om, hvorvidt det er den teknologiske udvikling, der har gjort, at der er kommet flere forskellige varmere på markedet, men det er korrekt, at det er et produkt, der er under løbende udvikling.

Claus Rude har blandt andet forklaret, at han er agent, bl.a. for NSH Nordic, og at han har handlet med Kina i 35 år.

NSH Nordic har en eneforhandleraftale med Runwin, hvis de køber en vis mængde af produkter.

Han købte den Schou elterrassevarmer, der er fotografier af i sagen, på hjemmesiden Byghjemme.dk. Det er også derfor fakturaen af 12. marts 2020 er udstedt til ham. Terrassevarmerne fra Runwin, der er med i sagen, er købt af NSH Nordic.

Inden for branchen er der to årlige messer i Kina (Canton-messerne). Desuden er der en stor messe i Köln. På messer skal man være på vagt overfor kopier, da det er meget almindeligt i branchen. Der kopieres i stor stil. Når han kigger efter nye producenter, kigger han mest på om de i forvejen har kunder eller forhandlere i Danmark.

Han har beskæftiget sig med markedet for terrassevarmere i fem år og har besøgt de fleste fabrikker, så han har en god ide om, hvad de hver især producerer. Markedet for elterrassevarmere startede i 2014-2016.

Silverline-modellerne (L og M i støttebilag) samt model K i støttebilaget var i 2015 de mest markante terrassevarmere på markedet. Model Ø og Å var også på markedet dengang. Model J er fra Runwin og er storebroren til den

Runwin model, der indgår i sagen. Det er stort set den samme model, den er bare forlænget og er med askebægre til det sydeuropæiske marked. Model S, der umiddelbart er den samme som Ø, er også fra dengang tilbage i 2015. Modellerne V, W og X er først kommet til senere.

I 2014-2015 var Runwins model relativt nyskabende. Der var andre mere gammeldags typer på markedet dengang, som modellerne C, F og G i støttebilaget, men det nyskabende var, om de kunne være under bordet.

Han mødte Sundear på messen i Köln september 2019. Han var dog ikke interesseret, idet han fik det indtryk, at de solgte til andre forhandlere i Danmark. I april 2020 fik han imidlertid en mail med et tilbud fra Sundear, hvor de gerne vil sælge en bestemt model, som samtidigt var afbildet i det vedhæftede markedsføringsmateriale fra Sundear. En af modellerne afbildet i materialet ligner en Runwin model, selvom det er svært at se på billederne. Det ser dog til, at det er forskellige modeller, der er afbildet.

Markedsføringsmaterialet fra Sundear vedrørende kollektionen for 2019/2020 modtog han elektronisk. Han kan huske materialet, fordi han havde snakket med Sundear på Spoga messen sidste år, hvor de fortalte, at de var ved at udvikle en "under-bordet" model, men at de ikke havde en prøve klar endnu. Derfor ville de sende nogle billeder i stedet, og det gjorde de straks efter. Modellen, der er afbildet i materialet fra Sundear, er tydeligvis en Runwin model. De havde jo heller ikke nogen model, som de kunne fotografere.

Det er generelt hans indtryk, at Sundear vil sælge til hvem som helst. De er ligeglade med, om der er andre forhandlere i et land, hvor andre leverandører måske kun ønsker en enkelt forhandler per land. Sundear har lavet nogle originale produkter selv, mens de ved andre produkter lader sig inspirere lidt.

Runwin har solgt et enkelt parti terrassevarmere til Harald Nyborg, mod at NSH Nordic fik et agenthonorar. Han ved ikke, om Runwin sælger til Lomax.

Det er ham, der har købt terrassevarmeren fra Lomax, der er billeder af i sagen. Det er efter hans opfattelse Sundear, der har produceret den.

Torben Batz har forklaret blandt andet, at han er ansat ved Schou som indkøber for outdoor produkter, herunder terrassevarmere. Schou producerer ikke terrassevarmere. Han kender til Runwin, og i hans tid hos Schou har de købt en lampe af Runwin. Han har selv senest været i kontakt med

Runwin i foråret 2020 for at indhente en opdateret pris på en lampe, som skulle sælges til en norsk kunde.

Når han vælger produkter, så starter han med at tænke grundigt over, hvilke varer de mangler, og hvilke de gerne vil sælge. For så vidt angår Schous sortiment af terrassevarme, tænker de f.eks. over, om de skal have en, der kan hænge, en stander, og måske en, der kan stå under bordet. Når først varsortimentet er fastlagt, så starter jagten i Kina. På Canton-messerne i Kina er der måske 60-70 stande med terrassevarmere.

Mailen til Olivier fra Runwin skrev han 6-8 måneder efter sin ansættelse hos Schou. Før det arbejdede han ved Davidsen, hvor han, selvom han ikke var ansvarlig for indkøb af elterrassevarmere, hørte snak om et godt salg af terrassevarmerne fra Solamagic. Det var overraskende, idet produkterne var meget dyre. Det var altså ved Davidsen, at han skiftede bekendtskab med elterrassevarmere og fik blik for, at high-end kunne være noget for varmere. Han ved ikke, om Solamagic er en dansk producent, han har kun set nogle tv-reklamer og tænkt, at de gør noget rigtigt. På tidspunktet for mailen, var det endnu ikke besluttet, at Schou skulle have terrassevarmere i sit sortiment. Når han i mailen skrev, *"I'm screening the Scandinavian market"*, så betyder det, at han har kigget på internettet. Det er rigtigt, at Runwin, som også nævnt i mailen, var til møde ved Schou. Og det er også rigtigt, at han modtog et katalog, og muligvis har set modellen med det sølvfarvede stel afbildet i mailen.

Sundear er Schous leverandør af terrassevarmere, men Schous produkter er ikke fundet på Canton-messen. På messerne fungerer det normalt sådan, at han går ind på en leverandørstand for at aflevere sit visitkort og fortælle om, hvad han har brug for, og beder dem sende et tilbud. Efter en tur på messen modtager han typisk 30-40 tilbud, og man skal typisk, af omkostningsmæssige og praktiske hensyn, aftage mere end et produkt fra en leverandør. I forhold til Sundear var det for ham vigtigt, at de havde den samme leverandør af alle produkter, og så var han særligt interesseret i varmernes sekskantede gitterhuller. Han havde ikke set det mønster før. Samtidigt kunne de fås til en god pris. Han kan ikke huske, om han på Canton-messen i 2018 så et fysisk eksemplar af Schous terrassevarmer. Han får som nævnt tilsendt tilbud fra leverandørerne med miniature billeder, og dem vælger han så produkter ud fra.

Han genkender markedsføringsmaterialet fra Sundear, der var vedhæftet en mail til Claus Rude. Han modtog det måske for 1-2 måneder siden, men Schou har aldrig haft noget at gøre med Sundears markedsføringsmateriale.

Markedsføringsmaterialet fra Sundear vedrørende kollektionen for 2019/2020 husker han ikke, heller ikke om han fik det udleveret på Cantomessen i 2018.

Terrassevarmeren, der er et billede af i markedsføringsmaterialet fra Schou, er et fotografi af en vareprøve. I løbet af sommeren 2019 hørte han i branchen, at der var noget med, at der var nogen, der havde designbeskyttelse på en gulvmodel. Derfor tog han fat i Sundear og sagde, at vareprøven var for tæt på den designbeskyttede model. Derefter lavede Sundear en ny model, som er den Schou model, der indgår i sagen. Schou har altså aldrig haft eller solgt den model, der er afbildet i markedsføringsmaterialet fra Schou.

Schou har ikke solgt terrassevarmere til Lomax, heller ikke den, der er billede af i sagen. Hvis man skal købe Schous modeller, så er de til salg på Schous hjemmeside.

Parternes synspunkter

Runwin har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med de anførte anbringender i påstandsdokumentet af 16. juni 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

"2.1 Ad påstanden, herunder den fremsatte afvisningspåstand

Det følger af artikel 19, stk. 1, i forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (designforordningen), at registreringen som et EF-design giver indehaveren eneret til at bruge det pågældende design og til at forbyde tredjemand at bruge det uden indehaverens samtykke. Ved brug af det pågældende design forstås navnlig fremstilling, udbud, markedsføring, indførsel, udførsel eller brug af et produkt, som designet indgår i eller finder anvendelse på, eller oplagring af et sådant produkt med de nævnte formål.

I den indleverede fagedrekvisition lyder påstanden således:

"Det forbydes rekvisitus at gøre tilgængelig for almenheden og/eller foretage hel eller delvis eksemplar fremstilling af den på bilag 6 viste terrassevarmer, som krænker rekvisitens retigheder."

Begreberne tilgængeliggørelse for almenheden og eksemplar fremstilling (blandt andet) dækker over fremstilling, udbud, markedsføring,

indførelse, udførelse eller brug af et produkt, og terminologien er velkendt fra ophavsretten (jf. herved ophavsretslovens § 2).

Da Schou i svarskriftet eksplicit har bekræftet, at Schou ikke fremstiller terrassevarmeren vist på bilag 6, har rekvirenten modificeret påstanden til følgende:

Det forbydes rekviritus, Schou Company A/S, at udbyde, markedsføre, indføre (importere), eksportere, udbyde til salg eller gøre brug af den på bilag 6 viste terrassevarmer, som krænker rekvirentens rettigheder.

Det bemærkes, at ovenstående – på ingen måde – udgør en udvidelse af påstanden, men derimod snarere en indskrænkning. Det kan i øvrigt ingenlunde tiltrædes, at den tidligere anvendte term ”tilgængeliggørelse for almenheden” er uklar, idet netop ophavsretsloven anvender denne formulering. Netop henset til Schous ubetingede bekræftelse af, at Schou ikke producerer terrassevarmeren (vist på bilag 6), synes det relevant at anvende en formulering af påstanden som ovenfor anført.

Schous indsigelser mod den nedlagte subsidiære påstand er aldeles uberettigede. Det er ganske sædvanligt, at der nedlægges en subsidiær påstand af denne karakter, og netop fordi påstanden er subsidiær, vil den indholdsmæssigt falde inden for den principale påstand.

2.2 Ad retsplejelovens § 413, nr. 1

Det gøres gældende, at Runwin har den ret, som søges beskyttet ved forbuddet, jf. retsplejelovens § 413, nr. 1, og at den af Schou på bilag 6 viste terrassevarmer krænker Runwins rettigheder.

Runwins beskyttelse hviler på følgende tre lovgrundlag:

- Designforordningen (afsnit 2.2.1)
- Ophavsretsloven (afsnit 2.2.2)
- Markedsføringsloven (afsnit 2.2.3)

2.2.1 Designforordningen

Indledningsvist bemærkes det, at det af Schou i svarskriftet indsatte sammenligningsbillede ikke giver et retvisende billede af lighederne mellem produktet markedsført af Schou og Runwins registrerede design. Nedenfor et retvisende sammenligningsbillede: (...)

2.2.1.1 Tekniske elementer

Det kan tiltrædes, at tekniske elementer naturligvis ikke er beskyttet, jf. herved designfor-ordningens artikel 8 (1). Det gøres gældende, at de elementer, som i Schous svarskrift beskrives som tekniske, ikke er tekniske, men derimod primært udtryk for æstetiske valg.

I *European Union Design Law, A Practitioners' Guide, Second Edition* af David Stone, fremgår følgende på side 98f., som omhandler undtagelser relateret til tekniske elementer: (...)

Som det fremgår af det citerede, er undtagelsen i artikel 8 (1) ganske snæver, og det afgørende bliver at vurdere, hvorvidt de tekniske funktioner udelukker andre designs. Dette er ingenlunde tilfældet i den foreliggende sag.

De enkelte elementer udgøres af følgende:

- Foden
- Gitteret
- Tænd- og sluk-knappen
- Håndtaget
- Varmekilden

Det gøres overordnet gældende, at de enkelte elementer ikke udgør tekniske funktioner i et sådant omfang, at designeren ikke har nogen valgfrihed. Som det fremgår af de i ekstrakten på side (...) fremlagte billeder af andre terrassevarmere, er der en ganske lang række andre terrassevarmere på markedet, hvor foden, gitteret, tænd- og sluk-knappen, håndtaget og varmekilden er udformet væsentligt forskelligt fra Runwin-terrassevarmerens design, men hvor samme funktionelle egenskaber bibeholdes.

2.2.1.2 Kompetence til vurdering af tekniske elementer

Som det fremgår af den ovenfor citerede tekst fra *European Union Design Law, A Practitioners' Guide, Second Edition* af David Stone s. 98f., er det retten, som skal vurdere, hvorvidt et element er teknisk eller æstetisk ("*Technical functions is asessed by the tribunal, not by the informed user*"). Allerede af denne grund er det ikke relevant for Runwin at dokumentere de æstetiske valg (i relation til de tekniske funktioner) udover at give retten det fornødne sammenligningsgrund ved fremlæggelse af eksempler på andre terrassevarmere på markedet, som op-

fylder samme funktionelle formål som de to for sagen relevante modeller.

2.2.1.3 Nyhedsværdi

Det gøres gældende, at nyhedskravet i designforordningens art. 4(1) er opfyldt. Dette støttes af designforordningens art. 5(1)b, hvoraf det fremgår, at et design anses for nyt, hvis intet identisk design er offentliggjort "inden den dato, hvor ansøgningen om registrering af det design, for hvilket der påberåbes beskyttelse, er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen".

Som det fremgår af registreringsbeviset i bilag 1, er ansøgningen indgivet den 15. december 2014.

Det kan hertil bemærkes, at der ikke er påvist bestemte tidligere designs, hvis helhedsindtryk ikke adskiller sig fra det helhedsindtryk, som fremkommer ved Runwin-designregistreringen. Som det vil blive belyst under forklaringerne fra Morten Gisselmann, NSH NORDIC A/S (Forhandler af Runwin produkter) og Claus Rude, Rudina ApS (agent for Runwin) under hovedforhandlingen, var Runwins terrassevarmer nyskabende på tidspunktet for lanceringen.

2.2.1.4 Rettens krænkelsevurdering i relation til designforordningen

Det gøres gældende, at Schou-terrassevarmeren er forvekslelig med Runwin-terrassevarmeren og er en produktefterligning i strid med designforordningens artikel 19, jf. artikel 10. Schou-terrassevarmeren har ikke et andet helhedsindtryk end Runwin-terrassevarmeren, hvorfor denne udgør en krænkelse i henhold til designforordningens artikel 10. Der er visse forskelle, men det overordnede formsprog og materiale er ens.

Denne helhedsvurdering er foretaget i Sø- og Handelsrettens dom af 4. november 2019 i sag BS-42938/2018-SHR, der omhandlede frakker i imiteret leopard-mønstret pels. I dommen konstaterede Sø- og Handelsretten, at der ved en umiddelbar sammenligning af de to frakker forelå en række forskelle, fx var mønstret på frakkernes pels ikke helt identisk, ligesom farverne på frakkernes ærmer ikke var helt ens. På trods af forskellene nåede Sø- og Handelsretten med følgende begrundelse frem til, at der forelå en produktefterligning i strid med designforordningens artikel 19: (...)

Den samme helhedsvurdering ses foretaget i Sø- og Handelsrettens dom af 15. januar 2020 i sag BS-10241/2017-SHR, der omhandlede nogle legemadrassers beskyttelse som uregistreret design efter designfor-

ordningen, hvor der dog ikke forelå en produktefterligning i strid med designforordningen.

Det skal i relation til krænkelsen tages særligt i betragtning, at designeren af Runwin-terrassevarmeren, Sun Jiawei, har haft en særdeles stor frihedsgrad i forbindelse med udarbejdelsen af designet.

Den omstændighed, at man (producenten eller Schou) har ændret mindre detaljer ved Schou-terrassevarmeren, ændrer ikke på ovenstående, da det afgørende er helhedsindtrykket. I relation hertil må det tillægges stor betydning af retten, at Schou-terrassevarmerens udformning ikke har været begrænset af Schou-terrassevarmerens tekniske funktioner, hvorfor der har været en bred vifte af muligheder for at designe Schou-terrassevarmeren, således at den ikke var og er forvekselig med Runwin-terrassevarmeren.

2.2.2 Ophavsretsloven

Det gøres gældende, at den af Runwin fremstillede terrassevarmer er brugskunst og dermed beskyttet efter ophavsretslovens § 1, stk. 1, hvorfor Runwin er beskyttet efter ophavsretslovens § 2.

Runwins terrassevarmer er på tidspunktet for dens offentliggørelse i 2014 udtryk for en nytænkende kunstnerisk og æstetisk udformning af en terrassevarmer.

Der skal hertil henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 17. juni 2004 i sag V-03/01 (refereret i U 2004.2464 S), hvor armaturer var brugskunst beskyttet efter ophavsretslovens § 1.

Der skal hertil henvises til Sø- og Handelsrettens dom af 17. juni 2004 i sag V-03/01 (refereret i U 2004.2464 S), hvor armaturer var brugskunst beskyttet efter ophavsretslovens § 1. Sø- og Handelsretten nåede også i dom af 27. oktober 1998 i sag V-95/95 (U 1999.158 S) frem til, at formgivningen af EVA-TRIO grydeserien var beskyttet brugskunst efter ophavsretslovens § 1 på trods af, at grydeserien byggede på en række allerede kendte elementer: (...)

I den foreliggende sag er der ikke behov for afholdelse af syn og skøn med henblik på vurdering af originalitet og kunstnerisk indsats, allerede fordi terrassevarmeren ikke bygger på tidligere kendte fordelelementer (jf. i øvrigt de i ekstrakten på side (...) viste terrassevarmere).

2.2.3 Markedsføringsloven

Det gøres desuden gældende, at Runwins terrassevarmer er beskyttet efter markedsføringslovens § 3, der beskytter mod produktefterligninger.

Schou anfører i svarskriftet følgende vedrørende overtrædelse af markedsføringslovens § 3:

”Schou gør som nævnt gældende, at designforordningen ikke er overtrådt. Dette fører efter den altovervejende hovedregel til, at Schou også må frifindes for overtrædelse af markedsføringslovens regler om produktefterligninger, jf. markedsføringslovens § 3 og dertil knyttet retspraksis”.

Dette må der tages stærk afstand fra, idet der ikke er tale om identiske vurderinger. Der er således tale om to forskellige vurderinger, hvilket også støttes af Markedsret 2, 7. udgave af Palle Bo Madsen, hvori følgende fremgår på s. 190 om forholdet mellem immaterialrettens beskyttelse og markedsføringslovens beskyttelse mod produktefterligninger: (...)

Dette støttes endvidere af, at der i retspraksis findes flere eksempler på domme, hvori der er konstateret en produktefterligning i strid med markedsføringslovens § 3, selvom det pågældende produkt ikke var beskyttet efter immaterialretlige regler, jf. fx Sø- og Handelsrettens dom af 15. maj 2020 i sag BS-9667/2017-SHR (Rains regnjakker). Beskyttelsen af Runwin-terrassevarmeren består i, at terrassevarmeren på tidspunktet for dens offentliggørelse var af et sådant særpræg, at den adskilte sig fra øvrige terrassevarmere.

Henset til de betydelige ligheder, der er mellem Runwin-terrassevarmeren og Schou-terrassevarmeren, må det fastslås, at Schou-terrassevarmeren er slavisk eller (i hvert fald) nærgående efterligning i strid med markedsføringslovens § 3. Det skal her bemærkes, at der ikke nødvendigvis behøver at være tale om en ”slavisk” efterligning, hvilket støttes af *Produktefterligninger*, 2. udgave af Erling Borchert, s. 59: (...)

Dette støttes endvidere af det markedsføringsmateriale, som Sundear anvender ved markedsføringen af Schou-terrassevarmeren (bilag (...)).

Som det fremgår af sagsfremstillingen, har Schou i perioden 2008-2019 adskillige gange købt Runwins øvrige produkter, og det kan derfor

lægges til grund, at Schou har haft kendskab til den omhandlede terrassevarmer.

Det er uden betydning, at Schou ikke er producent af den omhandlede terrassevarmer, da Schou som forhandler har et selvstændigt ansvar efter markedsføringslovens § 3. Dette støttes af Produktefterligninger, 2. udgave af Erling Borchert, s. 180: (...)

Hertil kommer, at Schou som en særdeles professionel markedsaktør må forventes at af-søge markedet for eksisterende produkter, inden der gøres indkøb, herunder vurdere eventuelle krænkelse. Dette understøttes da også af e-mailkorrespondancen i ekstrakten på side (...).

2.3 Retsplejelovens § 413, nr. 2

Det gøres gældende, at den af Schou udviste adfærd nødvendiggør, at der meddeles forbud i overensstemmelse med den principale påstand, hvorfor betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, er opfyldt.

Der henvises først og fremmest til afsnit 3.2 i fagedrekvisitionen.

Særligt fremhæves følgende fra Christina Østbjergs (Schou) brev af 31. marts 2020 (...):

"In view of the above, we are not prepared to comply with your request, and we consider this matter as closed."

Dette fastholdes i mail af 8. april 2020, hvorfor det står klart, at Schou ikke har til hensigt at stoppe foretagelsen af de handlinger, som Runwin ønsker nedlagt forbud imod, herunder salg af den omhandlede terrassevarmer. Betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, må dermed anses for opfyldt, jf. hertil desuden s. 282 i Dansk immaterialret bind II – Sanktioner og håndhævelse, 1. udgave af Bjørn von Ryberg, Christian Kragelund og Martin Lavesen: (...)

2.4 Retsplejelovens § 413, nr. 3

Det gøres gældende, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, er opfyldt.

Der henvises først og fremmest til afsnit 3.3 i fagedrekvisitionen.

Det kan hertil tilføjes, at forbud er det centrale retsmiddel for beskyttelse af immaterielle rettigheder, hvilket også fremgår af s. 283 i Dansk immaterialret bind II – Sanktioner og håndhævelse, 1. udgave af Bjørn von Ryberg, Christian Kragelund og Martin Lavesen: (...)

Runwin har supplerende og i det væsentligste procederet i overensstemmelse med de supplerende anbringender om afvisningspåstanden i proceskrift af 22. juni 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

”

Schou gør i påstandsdokument af 17. juni 2020 gældende, at det af Runwin fremlagte sammenligningsbillede i replik af 10. juni 2020 og påstandsdokument af 16. juni 2020 ikke er retvisende, da billedet ikke svarer til den som bilag 6 fremlagte terrassevarmer.

Det skal først og fremmest bemærkes, at det fortsat fastholdes, at der begæres nedlagt forbud mod den på bilag 6 viste terrassevarmer.

Forskellen på de to billeder skyldes alene, at terrassevarmeren vist på sammenligningsbilledet i replikken og påstandsdokumentet er taget ud fra Schous markedsføringsmateriale (bilag (...)), hvorimod billedet på bilag 6 viser den terrassevarmer, som Runwin har købt i Danmark, og som er markedsført af Schou. Runwin er ikke vidende om, hvad forskellen skyldes, men det forventes nærmere belyst under hovedforhandlingen.

...”

Schou har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med de anførte anbringender i påstandsdokumentet af 17. juni 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

”

Til støtte for afvisningspåstanden gør Schou følgende anbringender gældende:

1. Genstanden for den principale påstand er uklar.

Schou bemærker, at Runwin i såvel replik som påstandsdokument (side 3) anfører, at sammenligningen af terrassevarmere i Schous svarskrift (side 8) ikke skulle være retvisende, men at sammenligningsbilledet i Runwins påstandsdokument side 3 er retvisende.

Runwins sammenligningsbillede viser imidlertid ikke det produkt, der begæres forbud mod. Det må således konstateres, at den principale påstand angår et produkt, som Runwin ikke selv anser for retvisende. Genstanden for det begærede for-

bud fremstår således uklar, og påstanden opfylder ikke kravet om klarhed, jf. retsplejelovens § 352.

2. Runwin Runwins subsidiære påstand om "Nedlæggelse af forbud efter rettens skøn" er uegnet til at kunne tages under påkendelse, idet rækkevidden af det ønskede forbud er aldeles ubestemt og påstanden derfor heller ikke har den fornødne klarhed.

Til støtte for frifindelse af Schou gøres følgende anbringender gældende:

DESIGNRET

3. Runwin har hverken godtgjort eller sandsynliggjort, at beskyttelsesomfanget af den fremlagte EU-designregistrering (bilag (...)) er tilstrækkeligt til at kunne ramme den af Schou markedsførte terrassevarmer, idet

- a) beskyttelsesomfanget af Runwins designregistrering ikke omfatter de rent funktionelt bestemte elementer, jf. designforordningens artikel 8, stk. 1, som for eksempel
 - i. opbygningen over en cylinderform med et lodretstillet varmelegeme indeni;
 - ii. topstykke og bundstykke for montering af varmelegemet i hver ende;
 - iii. et metalgitter om varmelegemet til beskyttelse mod berøring;
 - iv. en fod, der opfylder gældende testkrav i forhold til vælterisiko;
 - v. en knap til at tænde og slukke terrassevarmeren;
 - vi. en hank til at bære terrassevarmeren i; og
 - vii. elementer til opfyldelse af gældende krav mod brandsikring;
- b) det relevante kriterium for, om tekniske elementer er beskyttet, er om andre end tekniske hensyn, særligt vedrørende det visuelle aspekt, har haft indflydelse på udformningen, jf. C-395/16 (Doceram), præmis 31;
- c) beskyttelsesomfanget af Runwins design – i det omfang designregistreringen anses for at opfylde de materielle gyldighedsbe-

tingelser – skal udmåles ganske snævert, også under hensyn til forekomsten af de mange lignende produkter på markedet, jf. bilag (...);

- d) det ikke er et relevant kriterium, om der foreligger andre designs, der kan opfylde samme funktion, jf. C-395/16 (Doceram), præmis 31; og
- e) Runwin ikke har godtgjort eller sandsynliggjort, at designet opfylder de materielle krav om nyhed og individuel karakter, jf. designforordningens artikel 4, stk. 1.

Runwins argumentation om, at "det afgørende bliver at vurdere, hvorvidt de tekniske funktioner udelukker andre designs" (påstandsdokumentet side 4) er i direkte modstrid med Doceram-afgørelsen og bestrides.

4. Schou krænker ikke Runwins designrettigheder, jf. designforordningens artikel 19, stk. 1, idet

- a) det alene er de ikke teknisk bestemte elementer af Runwins EU-designregistrering (bilag (...)), der skal tages i betragtning ved sammenligning med den af Schou markedsførte terrassevarmer (bilag (...)), jf. designforordningens artikel 8, stk. 1, hvilket fastsættes af den nationale ret, jf. C-395/16 (Doceram), præmis 38;
- b) den af Schou markedsførte terrassevarmer ved sammenligning med de ikke teknisk bestemte elementer af Runwins EU-design giver et andet helhedsindtryk, jf. designforordningens artikel 10;
- c) en eventuel designbeskyttelse – også henset til det meget store antal lignende produkter på markedet – ikke kan have et omfang, der rækker ud over identiske produkter;
- d) der ved bedømmelse af spørgsmålet om designkrænkelser skal ses bort fra produktet til venstre i bilag (...); og
- e) terrassevarmeren vist på side 3 i Runwins påstandsdokument (foto til højre) aldrig har været solgt af Schou og ikke er retvisende for den vurdering, der skal foretages.

Det er uforståeligt, når Runwin i såvel replik som påstandsdokument (side 3) fastholder, at sammenligningen af terrassevarmere vist på side 8 i svarskriftet ikke skulle være retvisende. Da Runwins såkaldt "retvisende sammenligningsbillede" i replikken samt påstandsdokument (side 3, fotoet til højre) viser et produkt, der ikke er omfattet af

sagen, kan argumentation på basis heraf ikke anvendes til støtte for det begærede forbud.

Schou har noteret, at Runwin har frafaldet at føre uregistrerede designrettigheder gældende.

OPHAVSRET

5. Runwin har ikke løftet sin bevisbyrde for, at Runwin-terrassevarmeren skulle være beskyttet af ophavsret, eller at ophavsretsloven skulle være overtrådt, idet

- a) Runwin ikke har godtgjort eller sandsynliggjort, at Runwin-terrassevarmeren
 - i. skulle udgøre et originalt værk; eller
 - ii. være udtryk for en intellektuel frembringelse, der afspejler ophavsmandens personlighed, jf. C-833/18 (Foldecykel).

MARKEDSFØRINGSLOVEN

6. Runwin har ikke løftet sin bevisbyrde for, at Runwin-terrassevarmeren er beskyttet efter markedsføringslovens § 3, idet

- a) terrassevarmerens udseende i al væsentlighed er teknisk bestemt, og det ikke er dokumenteret, at der skulle være taget designmæssige eller æstetiske hensyn ved udformningen af produktet, jf. U.2001.1843H (Murbinderprodukt);
- b) terrassevarmeren fremtoningsmæssigt indeholder elementer, der hører til det almene formsprog, hvortil der ikke kan være knyttet særlige rettigheder, jf. Sø- og Handelsrettens domme i sag V-121-05 (Plastprodukter) og BS-10241/2017-SHR (Madraser);
- c) særpræg og kommerciel adskillelsesevne for Runwin-terrassevarmeren ikke er dokumenteret; og
- d) et eventuelt oprindeligt markedsføringsretligt særpræg af Runwin-terrassevarmeren under alle omstændigheder er udvandet som følge af de mange lignende produkter på markedet og ikke længere kan gøres gældende.

7. Den af Schou markedsførte terrassevarmer udgør ikke nogen ulovlig produktefterligning i strid med markedsføringslovens § 3, idet

- a) Runwin-terrassevarmerens ringe – om noget - særpræg højst kan give beskyttelse mod slaviske efterligninger;
- b) den af Schou markedsførte terrassevarmer utvivlsomt ikke udgør en slavisk efterligning, jf. bilag (...);
- c) Runwin-terrassevarmerens formgivning er betinget af tekniske hensyn, hvorfor de tekniske elementer skal bortfortolkes ved vurderingen af spørgsmålet om sammenfald;
- d) parternes respektive terrassevarmere adskiller sig tydeligt fra hinanden og ikke er forvekslelige;
- e) det skal tages i betragtning, at der findes en lang række lignende produkter på markedet, jf. (...);
- f) den af Schou markedsførte terrassevarmer udnytter de formgivningsmæssige variationsmuligheder i forhold til teknikken;
- g) Runwin-terrassevarmeren markedsføres uden varemærke eller under varemærket Hortus, jf. bilag (...) og (...), hvorimod Schou markedsfører terrassevarmeren under Schous eget registrerede varemærke OUTFIT, jf. bilag (...) og (...), hvorved forveksling også er udelukket; og
- h) Runwin ikke har løftet sin bevisbyrde for, at der fra Schous side skulle foreligge et subjektivt dadelværdigt forhold, der kan bringe markedsføringslovens § 3 i anvendelse, da
 - i. Schou ikke kan gøres ansvarlig for udformningen af firmaet Sundears markedsføringsmateriale (bilag (...));
 - ii. det møde Runwin henviser til i forbindelse med bilag (...) aldrig har fundet sted; og
 - iii. det er uden betydning, om Schou har haft kendskab til Runwin-terrassevarmerens udseende, jf. U.2012.1983H (Murerbukke) og U.1999.786H (Tvangsblander).

8. Lægges det til grund, at Runwin-terrassevarmeren er designbeskyttet, bør Schou frifindes for overtrædelse af markedsføringslovens regler om produkt efterligninger, allerede fordi designforordningen ikke er overtrådt, jf. ovenstående anbringender 3 - 4 med underanbringender, jf. U.2012.3189H (Elkontaktserie).

For så vidt angår retsplejelovens forbudsbetingelser gøres følgende gældende:

9. Forbudsbetingelserne er ikke opfyldt, idet

- a) Runwin hverken har godtgjort eller sandsynliggjort at have den ret, der søges beskyttet ved forbuddet, jf. retsplejelovens § 413, nr. 1;

- b) Schou ikke krænker Runwins rettigheder og Runwin hverken har godtgjort eller sandsynliggjort, at Schous adfærd skulle nødvendiggøre meddelelse af forbud, jf. § 413, nr. 2; og
- c) det derfor er ufornuddent at tage stilling til, om Runwins mulighed for at opnå sin ret vil forspildes, hvis selskabet henvises til at afvente tvistens retlige afgørelse, jf. betingelsen i § 413, nr. 3.

For det tilfælde, at Sø- og Handelsretten mod forventning måtte finde grundlag for at nedlægge forbud mod Schou, henstilles det til retten, at et eventuelt forbud i givet fald betinges af en sikkerhedsstillelse, jf. retsplejelovens § 415.

...”

Schou har supplerende og også i det væsentligste procederet i overensstemmelse med anbringenderne i sin duplik af 24. juni 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

”

1. Påstand om afvisning

Schou har noteret sig, at Runwin ændrede sin principale påstand efter modtagelse af svarskriftet. Som det også fremgår af Schous påstandsdokument af 17. juni 2020, gør Schou imidlertid fortsat gældende, at Runwins påstande er uegnede til at tages under påkendelse.

...

2. Sammenligning af produkter

Schou har noteret, at Runwin i såvel replik som påstandsdokument (side 3) fastholder, at sammenligningen af terrassevarmere vist på side 8 i svarskriftet ikke skulle være retvisende. Da Runwins såkaldt ”retvisende sammenligningsbillede” i replikken samt påstandsdokument (side 3, fotoet til højre) imidlertid viser et produkt, som Schou ikke sælger eller har solgt, kan Runwins argumentation på basis heraf ikke anvendes til støtte for det begærede forbud.

3. Schou krænker ikke Runwins rettigheder

Det fastholdes, at Runwins eventuelle designrettigheder ikke er krænket.

I forhold til vurderingen efter designforordningen skal det præciseres, at kriteriet om forvekslelighed, som nævnes i Runwins replik (punkt 3.2) og påstandsdokument (punkt 2.2.1.4), ikke er relevant for bedømmelsen af, om der foreligger en overtrædelse af designforordningen.

Den vurdering, som Sø og Handelsretten skal foretage efter designforordningen er, om den af Schou markedsførte terrassevarmer giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk end Runwins design - i det omfang Runwin findes at kunne påberåbe sig designrettigheder - når der bortses fra de teknisk bestemte elementer.

4.1 Tekniske elementer

I replikken (punkt 3.2.1) argumenterer Runwin for, at en række teknisk bestemte elementer af de respektive terrassevarmere ikke skulle være tekniske, men "primært udtryk for æstetiske valg". Endvidere anfører Runwin fx om foden, at det er "muligt at lave en anden fod, hvorfor fodens tekniske funktion ikke udelukker andre designs".

Schou gør gældende, at det er irrelevant, hvorvidt den tekniske funktion af de enkelte elementer udelukker andre designs, jf. Runwins påstandsdokument side 4) eller ej.

Som fastslået af EU-domstolen i sag C-395/16 (Doceram) er det relevante kriterium for beskyttelse af tekniske elementer, om andre hensyn, særligt vedrørende det visuelle aspekt, har haft indflydelse på udseendet af det pågældende teknisk betingede element eller ej. Domstolen udtaler således i præmis 31 af den nævnte afgørelse: (...)

Eksistensen af andre designs er således ikke afgørende, og Runwins bilag (...) er derfor irrelevant for vurderingen af, om teknisk betingede elementer er beskyttet eller ej.

Særligt vedrørende håndtaget bemærkes følgende: Runwin anfører i replikken (punkt 3.2.1): "*Det, at man har valgt at påføre terrassevarmeren et håndtag, er ikke bestemt af produktets tekniske funktion*". Hertil bemærkes, at Schou ikke gør gældende, at ideen om at påføre et håndtag skulle være bestemt af produktets tekniske funktion.

Schou gør derimod gældende, at håndtaget har en teknisk funktion, nemlig at man kan tage fat i det for at løfte terrassevarmeren, og som følge heraf er håndtaget et teknisk betinget element. At hånd-

taget ville kunne udformes anderledes og stadig opfylde samme funktion, bevirker ikke, at dette element er omfattet af en designbeskyttelse, jf. den ovenfor citerede præmis fra C-395/16 (Doceram). I øvrigt fremgår det klart, at håndtagene på de relevante produkter er meget forskellige, jf. fx bilag (...).

4.2 Snæver beskyttelse

I det omfang Runwins design findes at opfylde gyldighedsbetingelserne, gør Schou gældende, at beskyttelsesomfanget skal udmåles ganske snævert. Det kan umiddelbart konstateres, at udformningen af Runwin-terrassevarmeren fremtoningsmæssigt indeholder elementer fra det almene formsprog. Efter praksis skal beskyttelsen efter designforordningen derfor udmåles snævert, jf. Sø- og Handelsrettens dom af 15. januar 2020 i sag BS-10241/2017-SHR (Legemadrasser). Dette understreges af de mange lignende produkter på markedet, jf. bilag (...) og (...).

Ved vurderingen af, om den af Schou markedsførte terrassevarmer går for tæt på Runwins design, skal der som nævnt først bortses fra de teknisk betingede elementer. Det er fastslået af Domstolen i sag C-395/16 (Doceram), at det er en objektiv vurdering, som skal foretages af den nationale ret. Domstolen udtaler således i præmis 38: (...)

Derefter skal det på basis af de resterende elementer vurderes, om den af Schou markedsførte terrassevarmer giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk, under hensyn til, at beskyttelsesomfanget af Runwins design som nævnt er ganske snævert.

Ud fra en helhedsvurdering på basis af ovenstående gøres det gældende, at den terrassevarmer, der markedsføres af Schou, utvivlsomt ikke udgør nogen krænkelse af Runwins registrerede design, bilag 1.

(...)

5 Ophavsretsloven er ikke overtrådt

I replikken fremfører Runwin som et nyt anbringende, at Runwin-terrassevarmeren skulle være ophavsretligt beskyttet som brugskunst.

Heroverfor gør Schou gældende, at produktet utvivlsomt ikke er ophavsretligt beskyttet, og at Runwin i hvert fald ikke har dokumenteret eller blot sandsynliggjort, at det skulle være tilfældet.

Der er intet belæg for, at Runwin-terrassevarmeren skulle være udtryk for en intellektuel frembringelse, der berettiger til ophavsretlig beskyttelse. Tværtimod er der tale om et produkt sammensat af en række tekniske elementer, hvis udformning ikke rækker ud over det almindelige formsprog.

Betingelserne for, at et produkt af teknisk karakter kan være genstand for ophavsretlig beskyttelse af fastlagt af Domstolen i sag C-833/18 (foldecykel). Af dommens præmis 38 fremgår således: (...)

Det gøres gældende, at Runwin ikke har løftet sin bevisbyrde for, at Runwin-terrassevarmeren skulle udgøre et originalt værk, der er resultatet af en intellektuel frembringelse, idet dets ophavsmand gennem denne form på original måde udtrykker sin kreative evne ved at foretage frie og kreative valg, således at den nævnte form afspejler dennes personlighed.

Følgelig gøres det gældende, at Runwin-terrassevarmeren ikke er beskyttet af ophavsret, og at ophavsretsloven allerede af den grund ikke er overtrådt. I øvrigt er den af Schou markedsførte terrassevarmer helt forskellig fra Runwin-terrassevarmeren.

6 Markedsføringsloven er ikke overtrådt

Allerede fordi udformningen af Runwin-terrassevarmeren fremtoningsmæssigt indeholder elementer fra det almene formsprog, skal beskyttelsen også efter markedsføringsloven udmåles snævert, jf. Sø- og Handelsrettens dom af 5. marts 2020 i sag BS-48560/2019-SHR (Photobooth) og Sø- og Handelsrettens dom af 15. januar 2020 i sag BS-10241/2017-SHR (Legemadrasser).

...

Den af Schou markedsførte terrassevarmer afviger på en lang række punkter fra Runwin-terrassevarmeren, hvorved de formgivningsmæssige variationsmuligheder i forhold til teknikken er udnyttet i et omfang, der udelukker forveksling mellem de respektive produkter.

6.1. Schou handler på ingen måde illoyalt

Udover manglende forveksling bemærkes, at Schou tydeligt markedsfører terrassevarmeren under sit eget registrerede varemærke OUTFIT.

Der henvises til den udskrift af Schous varemærkeregistrering, der er fremlagt som bilag (...). Markedsføringen under varemærket OUTFIT ses af Schous hjemmeside, jf. bilag (...). Varemærket OUTFIT fremgår også af den faktura for køb af produktet, der er fremlagt som sagens bilag (...).

Til forskel herfra ses Runwin-terrassevarmeren markedsført enten uden varemærke som hos Havehandel.dk, jf. bilag (...), eller under varemærket Hortus som hos Multikøb, jf. bilag (...).

Schous markedsføring af den pågældende terrassevarmer under varemærket OUTFIT adskiller de respektive produkter yderligere fra hinanden og udelukker forveksling.

Det fastholdes, at Schou på ingen måde handler illoyalt i forhold til Runwin. Bilag (...) – (...) som fremlagt med replikken samt bilag (...) og (...) dokumenterer intet illoyalt. Særligt med hensyn til de fremlagte bilag vedrørende firmaet Sundears markedsføring bemærkes, at Schou ikke kan gøres ansvarlig for dette.

Som sælger af terrassevarmere er Schou bekendt med, at der findes en lang række tilsvarende produkter, som produceres i Fjernøsten.

Hvorvidt Schou har haft kendskab til udformningen af netop Runwin-terrassevarmeren er uden betydning for, om markedsføringsloven måtte anses for overtrådt, allerede fordi den af Schou markedsførte terrassevarmer ikke udgør nogen slavisk efterligning af - eller er forvekslelig med - Runwin-terrassevarmeren. Schous eventuelle kendskab til Runwin-terrassevarmeren kan ikke i sig selv bevirke, at markedsføringsloven er overtrådt.

Runwin har intet fremlagt, der tyder på, at Schou skulle have tilstræbt efterligning. Uanset dette bemærkes, at selv en eventuel tilstræbt efterligning ikke i sig selv gør et produkt ulovligt. Der henvises til U.2012.1983H (Murerbukke) hvor en "bevidst efterligning" ikke udgjorde nogen krænkelse samt U.1999.786H (Tvangsblander), hvor Højesteret udtaler: (...)

Ovenstående illustrerer i øvrigt at brug af forretningskendetegn var et moment i vurderingen, hvorved der kan trækkes en parallel til Schous brug af varemærket OUTFIT i den foreliggende sag.

Til Runwins bilag (...) vedrørende samhandel mellem parterne bemærkes blot, at samhandel ikke bestrides. Samhandel er imidlertid heller ikke noget brugbart argument for, at Schou på nogen måde skulle have handlet illoyalt i forhold til Runwin.

...”

Rettens begrundelse og resultat

Den af Runwin nedlagte principale påstand, der henviser til sagens bilag 6, hvori Schous elterrassevarmer er afbildet, angiver med den fornødne klarhed og i overensstemmelse med retsplejelovens § 411, stk. 1, en eller flere bestemte handlinger. Påstanden er derfor egnet til at indgå i en kendelseskonklusion. Tilsvarende gør sig gældende for den subsidiære påstand der, som den er formuleret og efter omstændighederne i øvrigt, indholdsmæssigt henviser til bestemte handlinger (efter rettens skøn) nævnt i den principale påstand.

Af de anførte grunde finder retten, at der ikke er grundlag for at afvise de af Runwin nedlagte påstande.

Herefter angår sagen i første række spørgsmålet, om sagsøgeren, Runwin, har sandsynliggjort at have en beskyttet ret til sit produkt eller design i henhold til ophavsretsloven, EF-designforordningen og markedsføringsloven. I anden række angår sagen i givet fald, om Runwin har sandsynliggjort, at sagsøgte, Schou Company, krænker denne ret.

Retten finder det ikke sandsynliggjort, at Runwins terrassevarmer er beskyttet efter ophavsretslovens § 1, stk. 1. Det er således ikke sandsynliggjort, at terrassevarmeren, som på det foreliggende grundlag findes at bære stærkt præg af funktionelt betinget udformning og ingen eller ringe præg af en udnyttelse af frie og kreative valg, skulle være et udtryk for en egen intellektuel frembringelse fra en ophavsmand, hvis identitet i øvrigt ikke er oplyst.

Retten finder, at Runwin med den fremlagte registrering af 15. december 2014 af et EF-design til en terrassevarmer samt tilladelsen til håndhævelse fra designregistreringens indehaver har sandsynliggjort at kunne håndhæve en beskyttet ret til dette EF-design.

Når det kommer til fastlæggelse af beskyttelsesomfanget for EF-designet, bliver det i denne sag af særlig betydning, at beskyttelsesomfanget ikke dækker de elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion, jf. EF-designforordningens artikel 8, stk. 1, (Rådets forordning 6/2002 af 12. december 2001). Det fremgår af Domstolens dom af 8. marts 2018 i sagen Doceram mod CeramTec (C-395/16), præmis 31, at artikel 8, stk. 1, udelukker beskyttelse i henhold til EF-designretten af elementer af et produkts udseende, såfremt andre hensyn end behovet for det pågældende produkt for at opfylde sin tekniske funktion, særligt vedrørende det visuelle aspekt, ikke har haft nogen indflydelse ved valget af disse elementer, og dette gælder også, såfremt der foreligger andre design, der kan opfylde samme funktion. Det skal endvidere bemærkes, at der ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget skal tages hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet, jf. EF-designforordningens artikel 10, stk. 2.

På den anførte baggrund bemærker retten endvidere, at der hverken er ført sagkyndigt eller andet bevis for, hvad det er for elementer ved Runwins EF-design, som registreres uden prøvelse ved EUIPO, der gør, at designet på tidspunktet for registreringen var nyt og havde individuel karakter, og herunder hvad det er for designmæssige valg, der er truffet, som ikke har været funktionelt bestemt.

På ovenstående baggrund og på baggrund af bevisførelsen i øvrigt lægger retten til grund, at der er tale om et design, som bærer stærkt præg af at være funktionelt bestemt, og hvor andre hensyn, særligt vedrørende det visuelle aspekt, har haft ringe indflydelse på udseendet. Dertil kommer, at designeren på grund af de funktionelt bestemte krav til produktet har haft en ringe grad af frihed til designet.

For så vidt angår de funktionelt bestemte træk ved den opretstående terrassevarmer, som skal kunne stå under et bord, skal retten på baggrund af bevisførelsen navnlig henviser til, at der nederst skal være en fod, som produktet skal kunne stå på uden at vælte. Hensynet til en jævn varmfordeling taler for en cylinderform, og det er givet, at varmen fra varmekilden skal kunne komme omgivelserne til gode, og at varmekilden samtidig skal skærmes fra berøring. Ligeledes er det givet, at der skal være en afslutning på cylinderen i form af et topstykke med et håndtag, så man kan flytte terrassevarmeren uden at brænde sig. Højden er begrænset af højden på et almindeligt bord.

På ovenstående baggrund finder retten, at beskyttelsesomfanget for den sandsynliggjorte designret er snævert. Spørgsmålet er herefter, om den informerede bruger på den baggrund vil få et andet helhedsindtryk af Schous

terrassevarmer i bilag 6, end af det registrerede EF-design, jf. EF-designforordningens artikel 10, stk. 1.

Den informerede bruger i denne sag må efter rettens opfattelse være en person, som uden at være designer eller teknisk ekspert er bekendt med de forskellige design i den omhandlede sektor, i besiddelse af et vist kendskab til de bestanddele, som disse design normalt består af, og som på den baggrund udviser en vis grad af opmærksomhed over for de forskellige produkter eller designs (jf. herved Rettens dom af 22. juni 2010 i sagen T-158/08 (Shenzhen)).

På den anførte baggrund finder retten det ikke sandsynliggjort, at den informerede bruger vil få samme helhedsindtryk af det registrerede design og Schous terrassevarmer i bilag 6. Designregistreringen angår således fem fotos af en terrassevarmer, hvor metalgitteret fylder mest og endvidere står tydeligt frem på grund af, at designregistreringen er sket for et design med stålfarvet bund- og topstykke, som står i kontrast til det sorte metalgitter. Den informerede bruger vil lægge mærke til det dominerende metalgitter og herunder navnlig udformning med langovale huller, som ikke går igen i Schous produkt, som har sekskantede huller. Den informerede bruger vil desuden se, at der på Schous produkt er valgt et andet design inden for de snævre muligheder for designs af håndtag. Dertil kommer, at foden har en anden tykkelse, hvilket også indgår i helhedsindtrykket, men ikke med stor vægt.

På den anførte baggrund er der således ikke sandsynliggjort en krænkelse af det registrerede EF-design.

For så vidt angår markedsføringsloven bemærker retten, at Runwins terrassevarmer fremtoningsmæssigt fremstår som et simpelt produkt, hvis designelementer som allerede nævnt i overvejende grad er funktionsbestemte. Sammenlignet med øvrige elterrassevarmere på markedet finder retten det dog sandsynliggjort, at Runwins terrassevarmer har et vist, om end meget ringe, særpræg, der nyder beskyttelse efter markedsføringslovens § 3. Beskyttelsen er imidlertid snæver og kan kun udstrækkes til meget nærgående efterligninger. Herved lægger retten blandt andet også vægt på, at Runwin ikke har dokumenteret en egentlig markedsføringsindsats eller omfanget af udbredelsen på det danske marked, herunder om Runwin har bidraget til at give produktet en særlig markeds-mæssig identitet.

Med henvisning til det allerede anførte om forskellighederne mellem elterrassevarmerne fra henholdsvis Runwin og Schou finder retten det ikke sandsynliggjort, at Schou har handlet i strid med god markedsførings-skik ved markedsføringen af Schous elterrassevarmer.

Samlet set finder retten, at der ikke er sandsynliggjort et grundlag for at fremme Runwins begæring om midlertidigt forbud. Schous påstand om frifindelse tages derfor til følge.

Sagsomkostningerne fastsættes til 62.000 kr. Beløbet udgøres af udgifter til sagkyndig erklæring med 12.000 kr. ekskl. moms og et passende beløb til advokatudgifter, som er fastsat til 50.000 kr. ekskl. moms. Beløbet til advokatudgifter er fastsat ud fra sagstypen, sagens anslåede værdi samt dens karakter, omfang og forløb.

THI BESTEMMES:

Zhuhai Runwin Electric Co., Ltd' anmodning om midlertidigt forbud nægtes fremme.

Zhuhai Runwin Electric Co., Ltd skal inden 14 dage betale sagsomkostninger med 62.000 kr. til Schou Company A/S. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.



Vejledning

Retten har truffet afgørelse i sagen.

Hvis du er utilfreds med afgørelsen, kan du kære (klage over) afgørelsen til landsretten. Fristen for at kære er 4 uger fra afgørelsens dato. Kære har ikke opsættende virkning. Det betyder, at afgørelsen gælder, mens landsretten behandler sagen.

Du kan kære afgørelsen på minretssag.dk ved at trykke på knappen "Opret appel" og derefter vælge "Kære" og følge vejledningen der. Du skal betale en retsavgift på 400 kr. for at kære afgørelsen.

Den, der overtræder et forbud eller et påbud, kan straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder og kan dømmes til at betale erstatning.

Et forbud/påbud skal følges op af et sagsanlæg fra den part, som har anmodet om forbuddet/påbuddet. Sagen skal anlægges inden 2 uger efter rettens afgørelse. Hvis sagen ikke bliver anlagt, kan retten ophæve afgørelsen.

Du kan få mere vejledning på domstol.dk.