

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 13.september 2010 Sø- og Handelsretten sammensat af retspræsident Henrik Rothe (retsformand), tekstildesigner Jette Gemzøe og designer MDD Christian Hvidt.

V-53-09

Reisenthel Accessories v/ Peter Reisenthel
(Advokat Jeppe Brogaard Clausen)

mod

Hemogram Broager A/S
(Advokat Jesper Baungaard)

Indledning

Sagens spørgsmål er, om sagsøgte Hemogram Broager A/S, har krænket sagsøger Reisenthel Accessories', designrettigheder, varemærkerettigheder og rettigheder i henhold til markedsføringsloven ved at markedsføre og sælge kurve og andre produkter, som er forvekslelige med Reisenthels produkter. Endvidere angår sagen, hvorvidt en af Fogedretten i Sønderborg den 6. august 2009 foretaget bevissikring er lovligt gjort og forfulgt.

Påstande

Reisenthel Accessories v/ Peter Reisenthel har nedlagt følgende påstande:

1. Den af Fogedretten i Sønderborg i sag nr. FS F01-7399/2009 foretagne bevissikring den 6. august 2009 stadfæstes som lovligt gjort og forfulgt.

2. De under Fogedretten i Sønderborg i sag nr. FS F01-7399/2009 foretagne bevissikring den 6. august 2009 udleverede oplysninger er udleveret retmæssigt og overleveres til sagsøger til destruktion.
3. De under fogedretten i sag nr. FS F01-7399/2009 beslaglagte produkter er beslaglagt retsmæssigt og overleveres til sagsøger til destruktion.
4. Hemogram Broager A/S forbydes at producere, importere, markedsføre, sælge og/eller på anden måde overdrage eller disponere over produkter som illustreret i bilag 1.
5. Hemogram Broager A/S forbydes at producere, importere, markedsføre, sælge og/eller på anden måde overdrage eller disponere over produktet som illustreret i bilag 2.
6. Hemogram Broager A/S forbydes at producere, importere, markedsføre, sælge og/eller på anden måde overdrage eller disponere over produktet som illustreret i bilag 3.
7. Hemogram Broager A/S tilpligtes at anerkende, at produktion, import, markedsføring, salg og/eller anden overdragelse af produkter angivet i påstand 4 indebærer en krænkelse af Reisenhel Accessories' rettigheder efter designloven og markedsføringsloven.
8. Hemogram Broager A/S tilpligtes at anerkende, at produktion, import, markedsføring, salg og/eller anden overdragelse af produkter angivet i påstand 5 indebærer en krænkelse af Reisenhel Accessories' rettigheder efter designloven og markedsføringsloven
9. Hemogram Broager A/S tilpligtes at anerkende, at produktion, import, markedsføring, salg og/eller anden overdragelse af produkter angivet i påstand 6 indebærer en krænkelse af Reisenhel Accessories' rettigheder efter designloven og markedsføringsloven.
10. (frafaldet)

11. Hemogram Broager A/S tilpligtes at anerkende, at den foretagne anvendelse af varemærket som illustreret i bilag 23 indebærer en krænkelse af Reisenhel Accessories rettigheder efter varemærkeloven og markedsføringsloven.
12. Hemogram Broager A/S tilpligtes at betale til Reisenhel Accessories DKK 500.000 i erstatning, vederlag og godtgørelse forrentet med sædvanlig procesrente fra stævningens indgivelse, til betaling sker.
13. Sagsøgte forbydes at producere, importere, markedsføre, sælge og eller på anden måde overdrage eller disponere over produkter som illustreret i bilag 28.
14. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at produktion, import, markedsføring, salg og eller anden overdragelse af produkter som angivet i påstand 13 indebærer en krænkelse af sagsøgers rettigheder efter designloven og markedsføringsloven.

Hemogram Broager A/S har påstået frifindelse for påstand nr. 1, 4, 5, 6, 12, 13 og afvisning, subsidiært frifindelse for påstand 2, 3, 7, 8, 9, 11 og 14.

Oplysningerne i sagen

Reisenhel Accessories (herefter "Reisenhel") er en tysk, familieejet virksomhed, der producerer en række tasker, vasketøjskurve og såkaldte trolleys. Der er tale om et stærkt brand, der har vundet en lang række designpriser mv. Hemogram Broager A/S (herefter "Hemogram") er hjemmehørende i Sønderborg og er et selskab, som handler en gros med isenkram, varmeanlæg og tilbehør.

Sagen angår følgende Reisenhel-produkter:

Produktet "Carrybag" er en indkøbskurv/taske, som er designbeskyttet med en europæisk designregistrering nr.: 000030630-0001. Ansøgning om registrering blev indgivet den 15. maj 2003, og beskyttelsen udløber den 15. maj 2013.




Produktet er også varemærkebeskyttet som figurvaremærke under registrering 006189401 med registreringsdato den 10. august 2007 og med udløb den 10. august 2017. Der

er ikke rejst indsigelse mod registreringen, der tillige omfatter produktet "Carrybag XS", som er en mindre – men i øvrigt identisk - udgave af "Carrybag".

Produktet "Carrycruiser" er en indkøbstrolley med hjul, som er designbeskyttet med europæisk designregistrering nr.: 000562285-0001. Registreringsdatoen er den 18. juli 2006, og udløbsdatoen er den 18. juli 2011.

Produktet "Laundry Basket" er en vasketøjskurv, som er designbeskyttet med europæisk designregistrering nr. 00055649-0001 den 6. juli 2006 og med udløb i 2011.

Samtlige produkter har været forevist retten. Herunder gengives fotos af henholdsvis Reisenhels ovennævnte produkter (bortset fra "Carrybag XS") og de produkter, som er solgt af Hemogram under varemærket Duo Living:

Reisenhels originale produkter	De af Hemogram solgte produkter
 <p>Carrybag RCD 000030630-0001</p>	  



I sommeren 2008 (15. – 18. august) afholdtes "Formland-messen" i Herning. Reisenhels danske agent Aksel Bruun blev på messen opmærksom på, at Hemogram havde udstillet varer, der kunne krænke Reisenhels rettigheder, og han rettede i den forbindelse henvendelse til Reisenhel. Reisenhels tyske advokat, dr. Alike Busse, henvendte sig ved brev af den 16. december 2008 til Hemogram og gjorde opmærksom på, at Reisenhel var blevet bekendt med, at Hemogram solgte produkter, der krænkede Reisenhels rettigheder til produkterne "Carrybag" og "Laundry Basket". I samme brev bad advokaten Hemogram om inden den 22. december 2009 at underskrive en såkaldt "ophørs og afståelseserklæring" vedr. salg af de omhandlede varer. Hemograms daværende direktør henvendte sig herefter omkring jul 2008 te-

telefonisk til advokaten og oplyste, at Hemogram ville ophøre med at sælge de omhandlede varer.

Ved brev af den 8. januar 2009 rettede Reisenhels advokat på ny henvendelse til Hemogram og gjorde opmærksom på, at man var blevet bekendt med, at Hemogram også havde solgt produkter, der krænkede Reisenhels rettigheder til produktet "Carrycruiser".

Der blev givet en frist til 16. januar 2009 til at underskrive en ny "ophørs og afståelseserklæring".

Hemograms advokat bestred i brev af den 5. februar 2009, at de af Hemogram markedsførte produkter krænkede Reisenhels rettigheder, og anførte, at Hemogram ikke længe mere markedsførte produkterne. Den 17. juni 2009 skrev Reisenhels danske advokat et brev til Hemogram med anmodning om at oplyse, hvorfra de omhandlede produkter var indført, indkøbspriser, antal solgte varer og salgspriser mv. Hemograms advokat besvarede denne henvendelse i brev af den 23. juni 2009, hvoraf fremgik, at Hemogram ikke fandt, at der var dokumentation for, at de af Hemogram solgte varer krænkede Reisenhels rettigheder, og at salget i øvrigt var ophørt. De stillede spørgsmål besvaredes ikke.

Ved rekvisition indgivet til Fogedretten i Sønderborg den 30. juli 2009 anmodede Reisenhels om foretagelse af bevissikring og beslaglæggelse af de omhandlede produkter hos Hemogram, som måtte krænke Reisenhels rettigheder, samt hertil knyttet markedsføringsmateriale, bogføringsmateriale, fakturaer mv. Den 6. august 2009 blev der uden forudgående underretning foretaget en fagedforretning hos Hemogram. Under fagedforretningen blev der bl.a. taget fotografier på Hemograms lager, der viste, at der var sat mærker med påskriften "spærret" på nogle af de kasser, hvori der var varer, som Reisenhels fandt, krænkede deres rettigheder. De produkter, der blev fundet hos Hemogram, var mærket med Hemograms registrerede danske varemærke "Duo Living". Under fagedforretningen blev der af den af fogedretten udmeldte IT-sagkyndige foretaget udskrift af lager- og debitorlister ved fire varenumre (ensfarvet "Carrybag" varenummer 5602, blomstret "Carrybag" varenummer 5603, "Laundry Basket" varenummer 4635 og "Carrycruiser" varenummer 5601).

Det viste sig, at produkterne var leveret af selskabet Ningbo Future Imp & Exp co Ltd. (herefter Ningbo), hvilket fremgik af to udskrevne fakturaer fra Ningbo til Hemogram af henholdsvis den 30. oktober 2008 og den 19. december 2008. En udskrevet lagerliste syntes endvidere at vise, at Hemogram også i september 2008 fik leveret 500 stk. varer

med varenummer 5603 (blomstret kurv), ligesom der også skulle være leveret et antal af disse i januar 2009.

Vedr. produktet blomstret "Carrybag" (der er solgt under henholdsvis varenummer 5603 blomstret kurv og varenummer 5602 ensfarvet kurv) fremgår det af oversigter, kaldet "lagerposterings", og udskrevet fra Hemograms IT-anlæg under fogedforretningen den 6. august 2009, at Hemogram har solgt i alt 2.774 stk. ud af et samlet indkøb på 3917 stk., og at der således må være 1.143 stk. i behold hos Hemogram. Første salg af dette produkt skete i september 2008, og sidste salg skete den 30. juli 2009.

Vedrørende produktet "Laundry Basket" - varenummer 4635 - fremgår det af de udskrevne lagerlister fra Hemogram, at Hemogram har fået leveret 1765 stk., og at der er solgt 694, hvorfor der skulle være 1041 af disse i behold hos Hemogram. Første salg er sket den 2. september 2008, og sidste salg er sket 25. marts 2009.

Vedrørende produktet "Carrycruiser" - varenummer 5601 - fremgår det af Hemograms lagerlister mv., at der har været en samlet tilgang på 1602 stk. og et salg på 688 stk., hvorfor der må være 914 stk. i behold hos Hemogram. Første salg er sket den 2. september 2008, og sidste salg er sket den 18. maj 2009.

Det fremgår herudover af en række under fogedforretningen udskrevne "Kunde/Varestatistikker", at Hemogram har solgt de ovennævnte produkter til en række forskellige detailforretninger og store supermarkedskæder, byggemarkeder og isenkræmmere mv.

Under bevissikrings sagen blev der fundet yderligere et produkt udover de ovennævnte, som, Reisenhel gør gældende, krænker virksomhedens rettigheder. Der er tale om en lille udgave af "Carrybag"- Carrybag XS - beregnet til børn. Der er ikke registreret designrettigheder vedrørende dette produkt, men originalproduktet er omfattet af Reisenhels registrerede figurmærke. Den 14. oktober 2009, det vil sige under forberedelsen af denne sag, sendte Reisenhels advokat et brev til Hemograms advokat vedrørende denne udgave af Carrybag, hvor der blev gjort opmærksom på, at Reisenhel mente, at produktet krænkede deres designrettigheder, ligesom der blev stillet spørgsmål til antal købte og solgte eksemplarer. Brevet blev ikke besvaret. Som gengivet i bilag 13, indeholdt Hemograms hjemmeside den 16. juni 2009 en række billeder, som blandt andet viste nogle af de omtvistede produkter.

Forklaringer

Klaus Knudsen har forklaret, at han er direktør og eneaktionær i Hemogram, hvilket han har været i ca. 3 år. Hemogram importerer varer fra Østen, som sælges i Danmark og Tyskland.

Firmaets produktsortiment er haveartikler, tæpper, lanterner og isenkram, som primært indkøbes i Kina, Indien og Vietnam. Ved vurderingen af, om et produkt, man overvejer at købe, kan tænkes at krænke andres rettigheder, skal firmaets indkøber bruge sin sunde fornuft, og der er ikke nogen formel instruks eller særlige forretningsgange til sikring af, at Hemogram ikke krænker andres rettigheder ved salg og import af varer. Hemogram er dog meget opmærksom på kopiproblematikken og foreviser prøver for kunderne, som kan reagere, hvis de ser ligheder med andre produkter. Firmaet har dog ikke en aftale med sine leverandører om, at de kun må levere varer, der ikke krænker andres rettigheder. Hemogram har ikke lavet om på sine kontrolrutiner, efter at man i 2007 tabte en sag vedrørende krænkelse af Burberry Ltd.'s varemærkerettigheder. Hemogram har heller ikke taget forbehold overfor sin leverandør Ningbo Future om at kunne rejse krav, såfremt de leverede varer måtte krænke andres rettigheder. Hemogram har dog gjort Ningbo Future opmærksom på, at man har modtaget indsigelse om krænkelse af Reisenthels produkter. Ningbo Future var overrasket herover og har oplyst, at man sælger produkterne i stor stil til bl.a. Holland, hvilket ikke har givet anledning til problemer.

Klaus Knudsen kan ikke tidsfæste, hvornår mærket med "spærret" er sat på produkterne på Hemograms lager, men han mener, at det var umiddelbart efter, at man fik henvendelse fra Reisenhel. Det er rigtigt, at der er sket salg af de omhandlede produkter, efter at Reisenhel henvendte sig til Hemogram, men der var tale om enkeltstående småsalg til Hemograms personale. Herudover er der alene sket et enkelt større salg til en tysk kunde i juni 2009. Det var en ny medarbejder hos Hemogram, som solgte varerne, uanset at de var mærket med "spærret". Det var en fejl.

De produkter, som er genstand for tvist i denne sag, er indkøbt af Hemograms tidligere medarbejder Jesper Sørensen. Det var på en messe, at medarbejderen fandt produkterne. Hemogram har også handlet med Ningbo Future, efter at Hemogram modtog Reisenthels indsigelser. Han er ikke bekendt med, om Hemogram har modtaget leverancer udover de to, der fremgår af fakturaerne af den 30. oktober 2008 og den 19. december 2008.

Efter at han blev klar over, at der muligvis var et problem i forhold til Reisenhel, instruerede han Hemograms IT-medarbejder om, at de fotografier fra Forlandmessen, der viste de omhandlede varer, skulle fjernes fra hjemmesiden, hvilket dog ikke var sket frem til den 16. juni 2009. Hemogram har altid lagt billeder fra messen på sin hjemmeside, og der har været tale om stemningsbilleder, som ikke har haft til formål at generere salg. På Forlandmessen fik Hemogram i øvrigt ikke henvendelser om, at varerne skulle krænke Reisenhels rettigheder. Hemogram sælger også varer fra hjemmesiden, men han ved ikke, hvor mange besøgende, der er på hjemmesiden.

Hemogram har mange forskellige kunder, lige fra de største supermarkedskæder til mindre isenkræmmere. Han kan ikke udtale sig om, hvorvidt enkelte virksomheder, som f.eks. Svenstrup Sko eller Læderbutikken, er kunder hos Hemogram.

Det er rigtigt, at Hemogram har haft en omsætning på ca. 55.000 kr. på den ensfarvede "Carrybag" varenummer 5602, og at det af en "kunde/vare-statistik" vedrørende denne vare fremgår, at Hemograms dækningsbidrag udgjorde 23.227,55 kr. Herfra skal der dog trækkes forskellige rabatter og nedslag for f.eks. reklamationer, hvilket typisk udgør 5 – 12 % af det angivne dækningsbidrag. Endvidere skal der fratrækkes omkostninger til fragt til kunden, før man har Hemograms faktiske dækningsbidrag.

Hemogram har købt 600 stk. af den lille "Carrybag" med varenummer 5607. Det skete ved faktura af 19. december 2008. Han mener ikke, at der er indkøbt yderligere varer af denne type. Produktet har været svært at sælge, og han mener, at der fortsat ligger 560 stk. på lageret.

Varemærket Duo Living er en hovedbestanddel af Hemograms sortiment. Duo Living er registreret i 2005. Mærket sættes på af producenten af Hemograms varer, f. eks. en leverandør i Kina. Hemogram bestemmer nogle gange, hvor mærket skal sidde.

Klaus Knudsen kendte ikke til Reisenhel eller dets produkter, før Hemogram fik en henvendelse fra Reisenhels tyske advokat. Hemogram forsøgte at købe eksemplarer af Reisenhels produkter, efter at Reisenhel havde henvendt sig. Dette kunne dog ikke lade sig gøre hverken i Kolding eller Sønderborg, og til sidst måtte han købe dem på internettet. Han har aldrig set Reisenhels varer i reklamer eller lignende og ved ikke, hvilke butikker mv. der sælger Reisenhels produkter. Salget af de omhandlede produkter har ikke medført større fortjeneste hos Hemogram. En vasketøjskurv giver kun en fortjeneste på 8-10 kr., og herfra

skal trækkes fragt. Højt sat har fortjenesten samlet været i størrelsesordenen 45.000 kr. Under bevissikringsagen den 6. august 2009 var han på ferie, men blev ringet op af Hemograms medarbejder Margot Poulsen, og han fik det indtryk, at fogedretten allerede havde besluttet at foretage fogedforretningen, uanset om han eller Hemograms advokat kunne komme til stede eller ej.

Dr. Alik Busse har forklaret, at hun siden 2003 har arbejdet som advokat for Reisenthel, og at man har ført mange sager for at beskytte Reisenthels produkter. Reisenthel er en lille virksomhed med et stærkt brand. Skandinavien er et af de vigtigste markeder for Reisenthel i Europa. I Danmark distribueres Reisenthel af Bruuns Lædervarer.

Det unikke ved "Carrybag", som er en ny type indkøbskurv, er de "påhængsclips", som hæftes på rammen, og som ofte kaldes zebrastriber. Kurven har en "indadgående" form mod bunden, og håndtaget er unikt. Generelt er der tale om en solid og praktisk taske, der er designet til Reisenthel af en af firmaets faste designere Katia Horst.

Kort efter introduktionen forsøgte mange at kopiere produktet og lave "look-a-likes". I 2006 var "Carrybag" det mest kopierede produkt i Tyskland med omkring 50 kopisager. Der er udover kopiprodukter ingen egentlige konkurrerende produkter.

"Carrycruiser" er en indkøbstrolley med hjul, som Reisenthel ville udvikle, sådan at produktet ikke associeredes med ældre damer, og som mange forbrugere ville finde moderne og praktisk. Produktet er unikt, ved at være åbent opadtil og udformet i tekstil og i en tilsvarende soliditet. Det er Katia Horst, som har designet produktet.

"Laundry Bag" er unikt derved, at man overfører de "zebrastriber", som anvendes til at hæfte kurven til en metalramme fra Reisenthels tasker, hvorved en vasketøjskurv gøres til en æstetisk nydelse, som man ikke behøver at gemme væk. Det er Katia Horst, som har designet produktet.

Den lille "Carrybag", der også kaldes "Carrybag XS", er udviklet til børn. Det er Katia Horst, der har udviklet den. Alle produkterne er blevet bragt i omsætning på det skandinaviske marked, kort efter at de er blevet produceret.

Reisenthel forsøger altid at afværge kopiering af firmaets produkter ved advarselsskrivelser og sagsanlæg. I 2007 anlagde man 400 sager, hvoraf ca. 100 endte i retten. De tyske domstole har i alle tilfælde givet Reisenthel ret i, at kopierne har været uretmæssige.

Kopiering indebærer, at det bliver sværere at sælge Reisenthels produkter. Reisenthels omsætning i Skandinavien faldt omkring 2008 med ca. 30 %.

Hun har ikke fået svar på de spørgsmål om bl.a. antal leverede og solgte eksemplarer, som Reisenhel stillede Hemogram i en række breve. Formålet med disse spørgsmål var at belyse krænkelserens karakter og omfang og dermed det faktiske tab af omsætning mv. for Reisenhel.

Reisenhel har bl.a. sluttet nogle sager mod virksomheder, der ved kopiering har krænket Reisenthels rettigheder, med kopistens underskrivelse af en "Unterlassungsäklärung", som er en aftale om, at misbruget ophører, og i nogle sager har Reisenhel herefter ikke foretaget sig videre. Begrundelsen for, at Reisenhel vælger denne fremgangsmåde i nogle tilfælde, kan være, at nogle af de virksomheder, der har krænket Reisenthels rettigheder, er gået konkurs, eller at sagerne har været så små, at det er mest hensigtsmæssigt blot at sikre sig, at krænkelsen ophører fremadrettet.

Aksel Bruun har forklaret, at hans virksomhed, Bruuns Lædervarer, handler en gros med lædervarer og Reisenthels produkter på det danske marked, Island, Færøerne og Grønland. Han sælger Reisenhel til lædervarerbutikker, brugskunstbutikker og møbelhandlere. Flere af de butikker, som ifølge kundeoversigter fra Hemogram var kunder hos Hemogram, var også kunder hos Bruuns Lædervarer. Det gælder f.eks. Helms Lædervarer, som normalt køber "Carrybag" og "Carrycruiser" hos Bruuns Lædervarer. Det samme gælder yderligere 3-4 virksomheder, som omkring 2008 var kunder hos både Hemogram og Bruuns lædervarer, og som tidligere har købt produkterne "Carrycruiser" og "Carrybag" hos Bruuns Lædervarer.

Bruuns Lædervarer markedsfører bl.a. Reisenhel på de nævnte markeder via et PR-bureau, og man udstiller to gange om året på Formlandmessen. Omkostningerne til at udstille på messen udgjorde ca. 250.000 kr. i perioden 2006-2009. Bruuns Lædervarer udstiller kun Reisenthels produkter på messen.

Salget af "Carrybag" faldt fra 12.450 stk. i 2008 svarende til en omsætning på dette produkt på ca. 1.6 mio. kr., til ca. 9.000 stk. i 2009 svarende til en omsætning på ca. 1.250.000 kr.

Salget af "Carrycruiser" er faldet med 13 % i antal, og omsætningen faldt med ca. 15 % fra 2008 til 2009. Det kan ikke siges entydigt, hvad årsagen til disse fald har været, da der og-

så har været en generel nedgang i detailbranchens omsætning i perioden. Det mest populære produkt har været og er fortsat "Carrybag", men også "Laundry Basket" har haft en stigende popularitet. Der har ikke været noget særligt fald i salget af "Carrybag XS" og "Laundry Basket". Han har set og købt eksemplarer af kopiprodukter i en Løvsbjerg-butik. Når der er kopier på markedet, kan det betyde en omsætningsnedgang; det gælder især for meget populære produkter som f.eks. "Carrybag". Reisenhel har øget markedsføringsarbejdet for at forebygge skadelige virkninger af kopiering af Reisenhels produkter. Reisenhel afholder omkostningerne hertil.

Da man blev bekendt med krænkelsen på Formlandmessen, kontaktede han Reisenhel, men han rettede ikke henvendelse direkte til Hemogram. Han har ikke nogen forenemmelse af, om dette er en normal fremgangsmåde, eller hvordan andre virksomheder reagerer på mulige krænkelser.

Margot Poulsen har forklaret, at hun er regnskabschef hos Hemogram. Hun var til stede under fogedrettens bevissikring den 6. august 2009. Der var kun tre personer på arbejde den dag.

Under fogedforretningen oplyste hun, at hun ikke havde nærmere kendskab til sagens omstændigheder. Hun fik oplyst, at fogedforretningen ville fortsætte, uanset hvad hun sagde. Den advokat, som var varslet til bistand for Hemogram, oplyste telefonisk, at hun ikke kunne hjælpe på nogen måde. Hun fik oplyst, at hvis man ikke samarbejdede, ville retten tage Hemograms IT-anlæg mv. med, hvilket ville efterlade firmaet med store problemer. Fogedretten ankom ca. kl. 14.00, og medarbejderne kunne først gå hjem ca. kl. 20.

Baggrunden for, at vidnet under fogedforretningen udtalte, at "rekvisitus gerne vil samarbejde, men principielt har den holdning, at de ikke har krænket rekvirentens rettigheder, da de af rekvisitus markedsførte produkter ikke ligner rekvirentens og er af en anden kvalitet", var, at hun havde hørt, at Hemogram havde modtaget et brev om, at der var problemer med de omhandlede varer, og at der derfor var sat mærker med påskriften "spærret" på de kasser på lageret, hvor varerne var opbevaret. Sedlerne var sat på som en slags huskesedler om, at varerne ikke måtte sælges. Herudover var der foretaget en spærring i Hemograms IT-system, men en sådan spærring kunne dog af en ny og uinformeret medarbejder let

ændres. Det er rigtigt, at hun har foretaget indkøb af 4 kurve til eget brug; det samme gjaldt en kollega.

Vedrørende en leverance til Sonja og Wolfgang Mölle forklarede hun, at det drejede sig om, at der var blevet ansat en ny kollega, som har solgt 360 stk. "Carrybag" den 2. juni 2009. Det samme må gælde leverancen til Paraffine Løgumkloster den 18. maj 2009 vedr. 20 stk. "Carrybag".

Parternes synspunkter

Reisenthel har gjort gældende, at Reisenthels produkter "Carrybag", "Carrycruiser" og "Laundry Basket" alle er beskyttet med europæiske designregistreringer. Endvidere er produktet "Carrybag" beskyttet ved et registreret figurvaremærke, som både dækker "Carrybag" og Carrybag XS". Reisenthels produkter er velkendte, og udformningen er ikke kun betinget af produkternes funktion. Produkterne har vundet en lang række designpriser, hvilket viser designets høje kvalitet og individualitet. Dette blev også anerkendt i sagen Reisenthel mod Zebra (SH 2008.V-52-08) for så vidt angår "Carrybag". De øvrige produkter, der indgår i denne sag, har tilsvarende designmæssige karakteristika som "Carrybag", hvorfor disse må omfattes af tilsvarende betragtninger.

For at afgøre, om de varer, som Hemogram har solgt og markedsført, krænker Reisenthels designrettigheder, og for nogles vedkommende tillige Reisenthels varemærkerettigheder, må der foretages en helhedsbedømmelse af varernes karakteristika. Alle de af Hemogram markedsførte varer har – udover et næsten identisk udseende - nogenlunde samme størrelse som Reisenthels produkter. Der er således tale om nærgående efterligninger. De af Hemogram markedsførte produkter må betragtes som "quasi-kopiprodukter", idet der ikke er tilføjet nogen særkendetegn. Den informerede bruger får derfor indtryk af, at der ikke er væsentlig forskel på Reisenthels produkter og de af Hemogram markedsførte produkter.

Hemogram har følgelig handlet culpøst og har krænket Reisenthels design – og varemærkerettigheder og tillige overtrådt markedsføringsloven ved at markedsføre de omhandlede varer.

Hemograms salg er sket til mere luksusprægede butikker såvel som til supermarkeds-kæder, herunder discountkæder. Men de sælges også i mindre design- og læderbutikker. Den danske Reisentheldistributør, Aksel Bruun, har forklaret, at en række af "hans" forhand-

lere også har købt Hemograms produkter. Det må på den baggrund lægges til grund, at der er sket en vis fortrængning af Reisenhels produkter. Aksel Bruun har ligeledes forklaret, at der i perioden omkring 2008 til 2009 har været en nedgang på 25 % i salget af "Carrybag" og på 15 % på "Carrycruiser", samt at der har været stilstand i salget af de øvrige produkter.

Herudover har Hemograms markedsføring af produkterne medført en markedsforstyrrelse. I den forbindelse skal der tages hensyn til, at Hemograms produkter bl.a. er solgt til store supermarkeder, som kan have taget produkterne med i kataloger mv. Endvidere har Hemogram fremvist produkterne på messer og på sin hjemmeside, hvilket kan have medført en markedsforstyrrelse i en bredere kreds.

Hemogram er ikke en lille virksomhed, der for første gang har købt produkter i Fjernøsten. Virksomheden har i sagen Burberry Ltd. mod Hemogram, jf. Sø- og Handelsrettens dom af 30. maj 2007 (SH2007.V-131-05), været involveret i en lignende sag, hvor der blev stueret krænkelse. Hemograms direktør og eneaktionær, Klaus Knudsen, forklarede dengang, at Hemogram ikke havde en formel instruks om at undgå piratprodukter, men at man brugte sin sunde fornuft. Det samme blev forklaret under denne sag. I den forbindelse kan der henvises til ansvarsbedømmelsen i sagen Reisenhel mod Zebra jf. Sø- og Handelsrettens dom af 22. maj 2008 (SH2008.V-0052-07), hvor retten fandt, at Zebra havde handlet ansvarspådragende ved som professionel aktør ikke at have sikret sig, at varer indkøbt fra Kina ikke krænkede andres rettigheder.

Det har været vanskeligt at få overblik over, hvor mange af de omhandlede produkter Hemogram har indkøbt og solgt. Derfor var det berettiget og nødvendigt, at der blev foretaget en fogedforretning for at fremskaffe bl.a. disse oplysninger. Ifølge lagerlisterne har der på lageret været 3917 stk. "Carrybags", 1735 stk. "Laundry Bags", 1602 stk. "Carrycruiser" og 600 stk. "Carrybag XS".

Vedrørende rettens fastsættelse af størrelsen af erstatning og vederlag for den skete krænkelse må der tages udgangspunkt i den beregningsmetode, som blev anvendt i Højesterets dom i sagen Burberry Ltd. mod Zebra, jf. U2009.1018H, hvilket fører til, at Hemogram skal betale vederlag på 714.000 kr. Efter Vestre Landsret dom i sagen Danske Videogramdistributører m.fl. mod A, jf. UfR 2005.60V, skal erstatningen for markedsforstyrrelsen udmåles til samme beløb som vederlaget.

Vedrørende sagens omkostninger må der tages højde for, at Reisenhel har afholdt omkostninger til forudgående bevissikring, udgifter vedr. fogedsagen, herunder udgifter til den IT-sagkyndige, udgifter til vurdering af de af Hemogram markedsførte produkter, hvortil kommer udgifter til destruktion af det under bevissikringsforretningen beslaglagte.

Der må videre lægges vægt på, at Hemogram først under sagens hovedforhandling har givet oplysninger, som burde have været givet før. Når disse forhold og sagens øvrige omstændigheder tages i betragtning, bør der tilkendes Reisenhel sagsomkostninger på ikke under 150.000 kr.

Hemogram har til støtte for sine afvisningspåstande gjort gældende, at en del af sagsøgers påstande allerede er indeholdt i andre påstande, og at andre i realiteten er anbringender.

Hemogram har yderligere anført, at fogedforretning til bevissikring i sager om immaterialrets krænkelser uden forudgående varsel er et retssikkerhedsmæssigt kontroversielt retsinstitut. Det fremgår af bestemmelsen i retsplejelovens § 653, stk. 4, at fogedretten skal afslå anmodninger om bevissikring vedrørende krænkelser af immaterialrettigheder ud fra et proportionalitetsprincip, såfremt undersøgelsen vil påføre rekvisitus skade eller ulempe, der er i misforhold til rettighedshaverens interesse i undersøgelsen.

Reisenhel har først anmodet om fogedrettens bistand til bevissikring den 30. juli 2009, hvilket er næsten et år efter, at Reisenhel blev opmærksom på Hemograms mulige krænkelser af Reisenhels rettigheder på Formlandmessen den 15. august 2008. Nok er tidsfaktoren vigtig i sager om mulige krænkelser af immaterialrettigheder, idet der er behov for at stoppe fortsatte krænkelser og sikre beviser. Men i denne sag har Reisenhel udvist en høj grad af passivitet. Det tyder på, at Reisenhel ikke anså Hemograms mulige krænkelser som særlig væsentlig. På den baggrund må det være klart, at der ikke har været grund til at foretage en uvarslet fogedforretning, og fogedforretningen burde have afventet, at Hemograms direktør kom tilbage fra ferie, og at Hemogram kunne få bistand af en advokat.

Det ligger klart, at Hemogram har mærket de omtvistede varer på lageret med sedler med påskriften "spærret", og at en tilsvarende markering blev etableret i Hemograms elektroniske vareoversigter. Herved har Hemogram i tiden efter Reisenhels første henvendelser effektivt sikret, at varer, som eventuelt kunne krænke Reisenhels rettigheder, ikke længere

blev solgt. Der er kun i helt enkeltstående tilfælde på grund af fejl blevet solgt et mindre antal af de omhandlede varer.

Den danske designlov finder ikke anvendelse, da Reisenhels designrettigheder er registreret som europæiske designrettigheder, og derfor kan designlovens § 9 ikke påberåbes.

De produkter, som Hemogram har solgt, kan ikke forveksles med Reisenhels produkter. For eksempel er Reisenhels produkt "Carrybag" foret, hvilket de af Hemogram solgte indkøbskurve ikke er. Herudover er produkternes størrelse og materialerne forskellige. Den oplyste forbruger vil ikke være i tvivl om, at der er forskel på produkterne, og det gælder også, hvis forbrugers udviskede erindringsbillede tages i betragtning.

Reisenhels opgørelse af erstatning og vederlag er beregnet mekanisk, ud fra at Hemogram skulle have solgt ca. 3200 af de omhandlede produkter, hvorefter der multipliceres med udsalgsprisen på de originale Reisenhel-produkter. Men Reisenhel har ikke oplyst, hvor meget der faktisk er tabt, og Hemograms opfordringer til Reisenhels advokat om at få dette oplyst, er end ikke sendt videre til Reisenhel. Reisenhel har ikke fremlagt underbyggede oplysninger, der viser, at Hemograms salg af de omhandlede varer har påført Reisenhel nogen form for tab.

Generelt er det sådan, at der i danske butikker findes mange produkter, som har en vis lighed med virkelige designklassikere. I alle supermarkeder kan man således finde stole med rustfrie ben og formspændt sæde, men det betyder ikke, at alle sådanne stole krænker Arne Jacobsens rettigheder til de stole af denne type, som han har designet. Der må lægges væsentlig vægt på, at andre virksomheder kan bringe produkter på markedet, som kan minde om et designbeskyttet produkt. Det er kun ved slaviske efterligninger, at man kan statuere krænkelser af en designrettighed.

Reisenhels sagsomkostninger har ikke været store. For eksempel har der ikke været afholdt syn og skøn i sagen. Mange af Reisenhels påstande er unødvendige, men Hemogram har måttet ofre ressourcer på at forholde sig til dem. Det er rigtigt, at Hemogram ikke har besvaret spørgsmål fra Reisenhels advokat om antal solgte eksemplarer mv. Grunden hertil er, at oplysningerne kom frem under fogedforretningen.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Efter retsplejelovens § 653 stk. 1, kan bevissikring foretages, såfremt det sandsynliggøres, at den, forretningen rettes imod, som led i sin erhvervsvirksomhed, har krænket en rettighedshavers design- og varemærkerettigheder, eller overtrådt markedsføringslovens § 1, og det her ud over kan antages, at der i de lokaler, der ønskes undersøgt, kan findes bevis for krænkelsen/overtrædelsen og omfanget heraf.

I den foreliggende sag måtte det forud for bevissikringen antages, at Hemogram som led i sin virksomhed havde krænket Reisenthels rettigheder, og at der på Hemograms forretningssted kunne findes bevis herfor.

Herefter og idet der ikke for fogedretten forelå oplysninger, som gav grundlag for at antage, at en bevissikring ville påføre Hemogram en skade eller ulempe, som stod i misforhold til Reisenthels interesse i at få gennemført undersøgelsen, jf. retsplejelovens § 654, stk. 4, f.eks. ved at afsløre produktionsprocesser eller andre oplysninger, som nyder beskyttelse efter det i retsplejelovens § 653, stk. 4 indeholdte proportionalitetsprincip, må retsplejelovens betingelser for at gennemføre en bevissikring anses for at have været opfyldt.

Hemogram var forud for bevissikringen blevet stillet en række spørgsmål, som skulle belyse en eventuel krænkelses omfang. Disse spørgsmål var ikke blevet besvaret af Hemogram. På denne baggrund finder retten ikke, at der kan bortses fra, at en forudgående underretning om bevissikringsforretningen efter de på tidspunktet for forretningens foretagelse foreliggende oplysninger ville have medført en risiko for, at bevismateriale blev bortskaffet eller tilintetgjort.

Sø- og Handelsretten stadfæster herefter den af fogedretten i Sønderborg den 6. august 2009 under journal nr. FS F01-7399/2009 foretagne bevissikring som lovlig gjort og forfulgt.

For så vidt angår Hemograms afvisningspåstand bemærkes, at Sø- og Handelsretten må medgive, at de af Reisenthel nedlagte påstande ikke alle er hensigtsmæssigt formuleret, men retten finder dog ikke, at de er uegnede til at blive taget under påkendelse. Sagsøgtes afvisningspåstand tages derfor ikke til følge hverken helt eller delvist.

De omtvistede produkter, som Hemogram har markedsført og solgt, fremtræder efter en helhedsvurdering med hensyn til udseende, størrelse og materialevalg alle som nærgående efterligninger af Reisenthels produkter.

Produkterne "Carrybag", "Carrycruiser" og "Laundry Bag" er alle beskyttet af europæiske designregistreringer, og produkterne har særpræg, ligesom udformningen ikke kan antages at være overvejende bestemt af deres funktion. "Carrybag" og "Carrybag XS" er endvidere beskyttet af europæisk varemærkeregistrering af figurmærket "Carrybag". Alle produkterne nyder endvidere beskyttelse mod ulovlig kopiering efter markedsføringsloven.

Hemogram indkøbte de omhandlede produkter i Kina og må som professionel aktør være bekendt med, at der foregår en omfattende produktion af kopivarer. Hemogram har – på trods af den tidligere domfældelse i sagen SH 2008.V-52-07 - undladt at undersøge, om de indkøbte varer kunne krænke andres rettigheder. Retten finder derfor, at Hemogram har handlet ansvarspådragende i forhold til såvel designloven, varemærkeloven som markedsføringsloven.

Som følge heraf skal Hemogram betale erstatning og et rimeligt vederlag til Reisenhel.

Det må lægges til grund, at Hemogram har solgt produkterne til en større kreds af butikker herunder store supermarkedskæder og byggemarkeder, samt til butikker, som også har været kunder hos Reisenhels danske agent. På den baggrund må det lægges til grund, at der er sket en vis fortrængning af Reisenhels produkter og en vis forstyrrelse af Reisenhels marked, men at det nærmere omfang heraf ikke lader sig fastlægge. Under hensyn hertil samt til at Hemogram i alt væsentligt har standset salget af de omhandlede produkter efter henvendelse fra Reisenhel, fastsættes det vederlag og den erstatning, som Reisenhel har krav på, efter et samlet skøn til 250.000 kr.

De af fogedretten i Sønderborg beslaglagte produkter skal destrueres for Hemograms regning. Omkostningerne hertil, hvis størrelse ikke har været genstand for tvist, indgår i retens sagsomkostningsafgørelse.

Under hensyn til sagens udfald finder retten, at Hemogram bør betale delvise sagsomkostninger til Reisenhel. Sagsomkostningsbeløbet fastsættes til 55.500 kr., der tillige dækker Reisenhels udgifter til retsafgift med 10.000 kr. samt 5.500 kr. til dækning af destruktionsomkostninger vedr. de under bevissikringsforretningen beslaglagte produkter.

Thi kendes for ret:

1. Den af fogedretten i Sønderborg i sag nr. FS F01-7399/2009 den 6. august 2009 foretagne bevissikring stadfæstes, og det under bevissikringsforretningen beslaglagte udleveres til Reisenhel Accessories v/ Peter Reisenhel til destruktions.
2. Hemogram forbydes at producere, importere, markedsføre, sælge og/eller på anden måde overdrage eller disponere over produkter som vist i sagens bilag 1, 2, 3 og 28.
3. Hemogram skal anerkende at produktion, import, markedsføring, salg og/eller anden overdragelse af produkter angivet i bilag 1, 2 og 3 indebærer en krænkelse af Reisenhels rettigheder efter designloven og markedsføringsloven.
4. Hemogram skal anerkende, at den foretagne anvendelse af varemærket som illustreret i sagens bilag 23 og 28 indebærer en krænkelse af Reisenhels rettigheder efter varemærkeloven og markedsføringsloven.
5. Hemogram skal betale 250.000 kr. til Reisenhel i erstatning og vederlag forrentet med procesrente fra den 3. september 2009 til betaling sker.
6. Hemogram skal inden 14 dage betale 55.500 kr. i sagsomkostninger til Reisenhel, hvoraf 10.000 kr. er til dækning af retsafgift og 5.500 kr. til destruktions af beslaglagt gods. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8a.

Jette Gemzøe

Henrik Rothe

Christian Hvidt

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

P.j.v. SØ- og Handelsretten, den 13. september 2010