
DOM

Afsagt den 24. november 2016

V-25-15

IJH A/S

(advokat Søren Danelund Reipurth)

mod

Morsø Sko Import A/S

(advokat Peder Agger)

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagens hovedspørgsmål er, om Morsø Sko Import A/S (herefter Morsø) ved at have solgt den i bilag 7 viste sorte gummistøvle af mærket VRS, har krænket IJH A/S' (herefter IJH) rettigheder til gummistøvlen RUB 1 efter henholdsvis ophavsrets- og markedsføringsloven.

IJH har under sagen nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Principalt

Morsø dømmes til at anerkende, at produktion, markedsføring, udbud og salg af den i bilag 7 viste gummistøvle udgør en krænkelse af IJH's rettigheder efter ophavsretsloven og markedsføringsloven.

Subsidiært

Morsø dømmes til at anerkende, at produktion, markedsføring, udbud og salg af den i bilag 7 viste gummistøvle udgør en krænkelse af IJH's rettigheder efter markedsføringsloven.

Påstand 2

Morsø forbydes at producere, markedsføre, udbyde og sælge den i bilag 7 viste gummistøvle.

Påstand 3

Morsø dømmes til at tilbagekalde gummistøvlerne, vist i bilag 7, fra alle de kunder, som Morsø har leveret de pågældende gummistøvler til.

Påstand 4

Gummistøvlerne, vist i bilag 7, udleveres til IJH til destruktion, og omkostningerne til destruktionen afholdes af Morsø.

Påstand 5

Morsø dømmes til at betale 269.200,00 kr. til IJH med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg.

Påstand 6

Morsø dømmes til at betale 25.000,00 kr. til Ilse Jacobsen personligt med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg.

Påstand 7

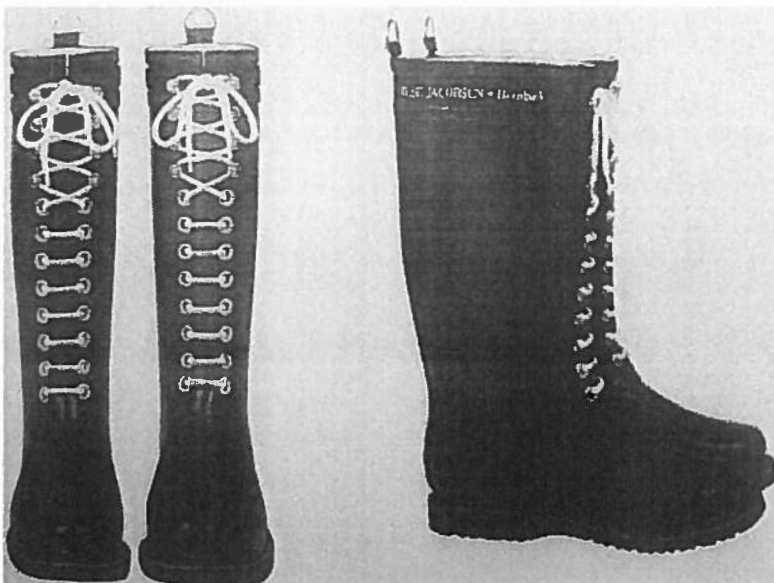
Morsø dømmes til at offentliggøre dommen i sin helhed for egen regning og på en så fremtræden måde, som det med rimelighed kan forlanges.

Morsø har efter sine endelige påstande nedlagt påstand om frifindelse, for så vidt angår påstandene 5 og 6 subsidiært frifindelse mod betaling af et af retten fastsat mindre beløb.

Oplysningerne i sagen

IJHs gummistøvle RUB 1 og Morsøs VRS-gummistøvle har været forevist og præsenteret i retten.

IJHs RUB 1-model (bilag 2) ses nedenfor, idet det bemærkes, at den i retten blev forevist med røde snørebånd:



Morsøs VRS-gummistøvle ses nedenfor, som den er gengivet i sagens bilag 7:



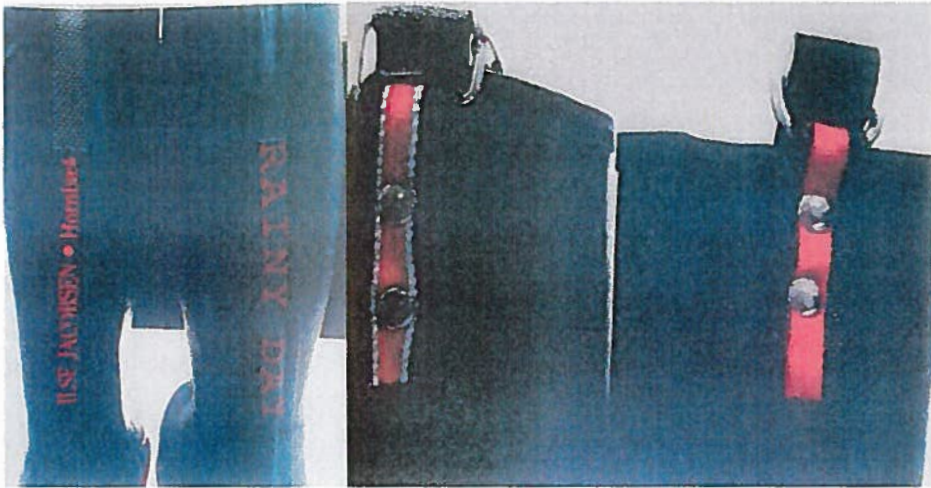
Det bemærkes, at sagen alene vedrører VRS-modellen i sort (den midterste af de tre støvler på billedet).

RUB 1 og VRS-gummistøvlen ses nedenfor, vist ved siden af hinanden på to fotos:



IJHs gummistøvle RUB 31 og en unavngiven rød gummistøvle, som Morsø støtter et passivitetssanbringende på, har ligeledes været forevist retten.

Bagsiden af RUB 31 (tv.) og VRS gummistøvlen (th.) er vist nedenfor ved siden af hinanden:



Der er fremlagt en række fotos af øvrige støvlemodeller (bilag A, H og J), heriblandt en model med snørefront af mærket Superga vist nedenfor:



Morsø solgte i henhold til faktura af 26. januar 2015 i alt 2.400 VRS-gummistøvler af den sorte model til Dansk Supermarked til en pris på 240.000 kr. inkl. moms, og endvidere 2.400 VRS-gummistøvler i blomstret model ligeledes til en pris på 240.000 kr. inkl. moms.

VRS-gummistøvlen blev efterfølgende sat til salg i Bilka til en pris på 199 kr., og der blev annonceret med støvlen i Bilka-avisen. Af en side (bilag 14) fra Bilka-avisen ses VRS-gummistøvlen afbildet med følgende sidetekst: "**Gummistøvler** Sort eller blomstret. **Til damer: 36-42**"

Advokat Søren Danelund Reipurth stillede på vegne af IJH ved brev af 17. februar 2015 krav om, at Morsø trak samtlige eksemplarer af VRS-gummistøvlen tilbage fra handlen.

Advokat Peder Agger afviste på vegne af Morsø ved brev af 19. februar 2015 IJHs krav, idet det blev bestridt, at der forelå en overtrædelse af ophavsretsloven og markedsføringsloven.

Der blev den 24. februar 2015 indgået forlig mellem IJH og Dansk Supermarked vedrørende VRS-gummistøvlen. Følgende fremgår under forligsteksten vedrørende Dansk Supermarkeds forpligtelser:

"

2.1 Dansk Supermarked ophører senest den 24. februar 2015 med på nogen som helst måde at markedsføre VRS Gummistøvlen, herunder i BILKA avisen, i BILKA butikkerne samt via hjemmesiden www.bilka.dk.

...

2.2 Indtil der foreligger en endelig, upåanket dom, som statuerer, at salg og markedsføring af VRS Gummistøvlen ikke krænker IJH's rettigheder, afstår Dansk Supermarked fra igen at markedsføre VRS gummistøvlen.

2.3 Hvis Morsø i den forestående retssag mellem IJH og Morsø – hvad enten det sker i første, anden eller tredje instans – dømmes til at betale vederlag og/eller erstatning til IJH for markedsføringen af VRS Gummistøvlen i engrosledet, herunder over for Dansk Supermarked, betaler Dansk Supermarked vederlag og erstatning til IJH for markedsføringen af VRS Gummistøvlen i detailledet, herunder i BILKA avisen, i BILKA butikkerne samt via hjemmesiden www.bilka.dk og i Føtex. Det vederlag samt den erstatning, som Dansk Supermarked skal betale til IJH, beregnes forholdsmæssigt i forhold til det vederlag og den erstatning, som Morsø pålægges at betale til IJH. Frifindes Morsø endeligt, og dømmes Morsø således hverken til at betale vederlag eller erstatning til IJH, skal Dansk Supermarked ikke kompensere IJH økonomisk."

Det fremgår af mail af 25. februar 2015 fra advokat Claus Barrett Christiansen til advokat Søren Danelund Reipurth, at der fra Dansk Supermarked var købt 4.800 par og solgt 1.032 par VRS-gummistøvler.

Dansk Supermarked tilbageleverede efterfølgende de ikke solgte VRS gummistøvler til Morsø. Det fremgår af Morsøs oversigt over tilbageleverede støvler, at Dansk Supermarked tilbageleverede i alt 3.224 par støvler, hvoraf 1.798 var blomstrede og 1.426 var sorte.

Tidligere afgørelser

Der er under sagen dokumenteret tre tidligere afgørelser vedrørende gummistøvler fra IJH.

Fogedretten i Glostrup nægtede ved kendelse af 19. april 2007 at fremme en begæring om forbud i en sag om støvleprodukter mellem Ilse Jacobsen Hornbæk v/ Ilse Jacobsen og Coop Danmark A/S. Det fremgår af kendelsen, at fogedretten ikke mente sig i besiddelse af kompetence til på egen hånd at afgøre, om der var tale om en selvstændig, original og kunstnerisk indsats, og at fogedretten ikke fandt, at Coops støvle krænkede Ilse Jacobsen Hornbæks rettigheder i henhold til markedsføringsloven.

Patent- og Varemærkestyrelsen ophævede ved afgørelse af 19. februar 2009 Ilse Jacobsens designregistrering DR 2004 00057 (en gummistøvle), da designet ikke opfyldte nyhedskravet på tidspunktet for ansøgningen.

OHIM (nu EUIPO) erklærede ved afgørelse af 17. marts 2010 Ilse Jacobsens designregistrering, EF-design nr. 205455-0001, for ugyldigt, da designet ikke opfyldte nyhedskravet på tidspunktet for ansøgningen.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af Ilse Rohde Jacobsen, Jesper Bo Jacobsen, Bjarke Larsen, Anders Graa, Kristian Larsen og Bjørn Wichmand. Anders Graas forklaring blev med begge parter accept afgivet via Facetime på en af sagsøgeren medbragt iPhone.

Ilse Rohde Jacobsen har forklaret blandt andet, at hun for en del år siden fik den idé at lave en trendy og moderne gummistøvle, da hun havde syntes, at gummistøvlerne på markedet var kedelige. Hun lavede derfor i år 2000 modellen RUB 1. Hun brugte to år på at lave den med et design, som de andre gummistøvler på markedet ikke havde. Først herefter arbejdede hun med det funktionelle. Alt er håndlavet. Støvlen er i naturgummi, der arbejder under processen. Det tog lang tid at få de enkelte dele i støvlen sat sammen.

IJH sælger også beklædningsgenstande. Det er betydeligt nemmere at lave eksempelvis en kjole end en støvle som RUB 1.

RUB 1 kom på markedet i 2001. Støvlen skilte sig markant ud fra andre produkter på daværende tidspunkt. Den blev trendy og et ikon for hendes selskab. RUB 1 distribueres i 26 lande. Det er hendes opfattelse, at forbrugerne vil kunne genkende støvlen, også selv om hendes navn ikke stod på støvlen. Hun havde forsøgt med mange forskellige kombinationer af de enkelte designmæssige elementer på RUB 1 og valgte det udtryk, hvor der var bedst sammenhæng i designet. Hendes intention var at få gummistøvlen til at ligne en flot læderstøvle.

Det er det samlede design ved RUB 1, der var det nyskabende. Det karakteristiske ved RUB 1 er dens samlede udseende med det præcise antal hæfter og snørehuller, snørelukningen, selve skæringen af støvlen, logoet, båndet på side og kant, hooket på toppen samt sålen.

Anvendelsen af hæfter til snøren er ikke i sig selv praktisk, da snøren kan ryge ud. Det er alene på grund af udseendet, at den er lavet sådan. Sålen har hun fået udviklet. Kanten på sålen har et teknisk formål, men er også indgået i hendes designtænkning. Selve stikningen på kanten er syet, hvilket alene er til pynt. Hele støvlen er vulkaniseret. Sålen er kuldeisoleret, hvilket ikke var set tidligere. Den er lavet af et blødt materiale og nem at få øje på som

følge af dens samlede design. Støvlen er ikke støbt i et stykke, og kanten på bagsiden samler støvlen.

Med hensyn til de støvler, der fremgår af bilag A, er det hendes opfattelse, at ingen af dem ligner RUB 1, og at de i øvrigt ikke var på markedet i år 2000. Særligt med hensyn til Superga-støvlen er der efter hendes opfattelse betydelig forskel i forhold til RUB 1. Hun kender Superga, som hun har haft et samarbejde med. Hun er ikke klar over, hvornår den pågældende Superga-støvle er lanceret.

Hun åbnede i 2014 en butik i Skagen og var i den forbindelse inde for at hilse på ejeren af nabobutikken. Hun bemærkede da en rød gummistøvle, der gik tæt på RUB 1. Det var ikke den støvle, der er forevist i retten af Morsø. Hun talte med ejeren af nabobutikken omkring gummistøvlen. Denne fortalte, at gummistøvlen kom fra Morsø. Hun havde sagt det til sit bagland, men der blev ikke gjort yderligere ved det. Det blev vurderet, at sagen var for lille, og derudover ønskede hun ikke at gøre sig uvenner med naboen til den nye butik i Skagen. Det var og er hele tiden nødvendigt at prioritere med hensyn til, hvilke sager der forfølges, da der ikke er ressourcer til at forfølge alle sager. Det gør navnlig en forskel, om der er tale om salg i større landsdækkende butikker. Hun har på messer i udlandet holdt øje med, om der er blevet lanceret efterligninger, og hun har flere gange fået lukket stande ned i Italien.

Vedrørende Morsøs VRS-gummistøvle vurderede hun, at den var gået for tæt på RUB 1. VRS-støvlen havde kopieret det trendy ved udseendet på RUB 1. Der er kvalitetsmæssig forskel på støvlerne, men flere designmæssige ligheder. Der er samme antal hægter og snørehuller samt lignende snørebånd fortil, selvom disse ting ikke har nogen funktion på VRS-støvlen. Om snørebåndet er det sådan, at RUB 1 ved juletid markedsføres med røde snørebånd. Rødt snørebånd er ligesom en række andre snørebåndsfarver valgmuligheder ved købet af RUB 1 i butikkerne. Det er selve helhedsindtrykket ved designet fra RUB 1, som er kopieret i VRS-støvlen. De designmæssige forskelle - den røde skrift og båndet med hook bag på VRS-støvlen - er kopieret fra RUB 31-støvlen.

Jesper Bo Jacobsen har forklaret blandt andet, at han er administrerende direktør i IJH. Han blev ansat i 2002 med henblik på at udvikle selskabet internationalt. IJH har ført flere kopisager. Der er ca. 35 designs i gummistøvlelinjen, og det er ikke kun RUB 1, der er blevet kopieret. Ved en mulig overtrædelse skaffer IJH først et eksemplar af det pågældende produkt og vurderer herefter, om der er grundlag for en sag. Selskabet er af ressourcemæssige hensyn nødt til at prioritere, hvilke sager der skal anlægges.

IJH indgik i 2005 forlig med Dansk Supermarked i forbindelse med, at RUB 1 var blevet kopieret i Nettos påskekatolog. Det var først, da IJH gik til pressen med sagen, at Nettos administrerende direktør trak kopistøvlerne tilbage. IJH fik en kompensation på et 6-cifret beløb, og kopistøvlerne blev foræret til Røde Kors. På tidspunktet for sagen i 2007 i Fogedretten i Glostrup havde IJH endnu ikke den helt store erfaring. Modparten, Coop Danmark A/S, havde ikke villet trække deres støvle tilbage. Coops støvle var lyserød, og havde nogle af elementerne fra IJHs støvle i sig i form af små ringe, bånd for oven og størrelse. IJH brugte sin lokale advokat, der blev sat helt til vægs over for Coops advokat. Hvis de havde forstået sagens alvor, var fogedrettens kendelse blevet kæret. Coops advokat fik efterfølgende også ophævet designregistreringen på RUB 1, fordi IJH havde indgivet ansøgningen for sent, og den derfor ikke opfyldte nyhedskravet.

IJH havde i 2014 oprettet en ny butik i Skagen. Ilse Jacobsen havde været på besøg i nabobutikken, og hun fortalte ham om en rød gummistøvle, som hun havde set i butikken. Han besøgte herefter selv butikken for at se støvlen. Der var mange forskellige varer i nabobutikken, der ikke specielt var en skobutik. Den røde gummistøvle, der er forevist i retten af Morsø, er ikke den samme, som var til salg i butikken i Skagen.

IJH opdagede Morsøs VRS-gummistøvle i 2015 på Stylepits hjemmeside. IJH gik efter VRS-støvlen, fordi den havde kopieret designet på RUB 1 og til dels RUB 31. Efter hans branchekendskab kunne VRS-støvlen ikke være lavet uden kendskab til RUB 1 og RUB 31. IJH rettede med det samme henvendelse til Stylepit, der accepterede et forlig og trak VRS-støvlen tilbage. IJH indgik også et forlig med Dansk Supermarked om VRS-støvlen.

Den typiske køber af RUB 1 er kvinder over 30. I 2013-15 var det også meget populært blandt yngre kvinder at gå med RUB 1 om sommeren sammen med en nederdel. Han mener ikke, at yngre kvinder ville gå i VRS-støvlen, men nogle IJH-kunder kunne godt finde på at købe VRS-støvlen i stedet for RUB 1 på grund af designlighederne og den markante prisforskel og så eventuelt trække bukserne ud over VRS-støvlen. Forevist den blomstrede VRS-støvle forklarede han, at det er samme design, bare med blomster på. IJH har ikke lavet en blomstret gummistøvle.

Det er hans vurdering, at det har kunnet mærkes på omsætningen, når der var kopistøvler på markedet. Det kan være svært præcist at måle effekten heraf på kurven for salget af RUB 1, der har været på markedet i mange år. Flere af IJHs forhandlere ringede ind i forbindelse med, at VRS-gummistøvlen kom på markedet. De ønskede en rabat på IJHs støvler på grund af prisen, som VRS-støvlen blev solgt til.

Bjarke Larsen har forklaret blandt andet, at han er direktør i Morsø, hvor han blev ansat i 1980. Morsø har eksisteret som aktieselskab siden 1977, men har haft med salg af sko og støvler at gøre adskillige år før dette.

Superga-støvlen, der er vist på et foto i sagen, havde været solgt i Danmark af Codan Fodtøj siden 1970'erne. Den pågældende støvle var en del af kataloget fra 1970/71. Superga-støvlen har ligesom RUB 1 4 hægter og 8 snørehuller, og fronten på støvlen ligner efter hans opfattelse fronten på RUB 1. Viking Retro støvlen (bilag A1) har været på markedet i ca. 20 år. Støvlen har både hægter og snørehuller, men i et andet antal end RUB 1. Støvlen vist i bilag A8 er af læder og har været på markedet i 10-20 år. Det er sædvanligt at se den type støvler, og Morsø har selv solgt flere lignende. Dr. Martens-støvlen (bilag A17 og A18) er lavet i gummi og har en sål, der er stort set identisk med RUB 1. Dr. Martens-støvlen kom på markedet omkring starten af 1980'erne.

Der var efter hans opfattelse ikke noget nyt som sådant ved RUB 1. Man havde før set lignende hægter og snørehuller, båndet for oven og bagved, samt en ring og hægte for oven. Der var heller ikke noget unikt ved, at støvlen kunne bredes ud og samles. RUB 1 adskilte sig

efter hans opfattelse ved sålen og gummikvaliteten, der var betydeligt bedre, end hvad man normalt så.

Morsø begyndte omkring 2010-11 at sælge en gummistøvle, der lignede VRS-gummistøvlen. Morsø havde fundet støvlen på en messe og havde haft den med forskellige kombinationer af hæfter og snørehuller. Antallet af disse var ikke noget, der betød noget for Morsø. Det var noget, der blev bestemt af fabrikken i Kina. Morsø fik i 2012 en henvendelse fra en anden kinesisk producent, Sin Yang, der tilbød at producere en lignende støvle til en billigere pris. Sin Yang producerede herefter i 2015 VRS-gummistøvlen for Morsø. Den blev både lavet i sort og blomstret. Morsø havde ikke drøftet antallet af hæfter og snørehuller med producenten. Det var producenten, der bestemte designet, og han havde ikke selv været inde over de nærmere designmæssige overvejelser. Han har ikke været på fabrikken i Kina. Det var Dansk Supermarked, der havde bedt om, at der kom til at stå "Rainy Day" bag på støvlen. Selve VRS-navnet blev brugt af Dansk Supermarked, der begyndte at markedsføre det i efteråret 2014. Ved salg i butikken havde støvlen en hanger, hvorpå navnet VRS stod.

Der er betydelige forskelle mellem VRS-gummistøvlen og RUB 1. Kvaliteten og mønstret er helt forskelligt. Der er mellem sål og bånd en kant på VRS-gummistøvlen. På det nye fotobilag (ekstraktens side 178) ses VRS-støvlens sål, inden den er blevet farvet. Kanten er en fast bestanddel af sålen. Sålen er først limet på til sidst, og kanten er der for at have noget at lime på. Man kan ikke lave støvlen uden denne kant, og den er ikke udtryk for at efterligne noget. Foret i RUB 1 er meget tykkere end foret i VRS-gummistøvlen. VRS-gummistøvlen har et tyndt bomuldsfór mens han antager, foret i RUB 1 er en slags uldfor. Der er ikke nogen funktion ved snørebåndet på VRS-gummistøvlen. Man har i mange år kunnet købe gummistøvler med snørebånd uden en egentlig funktion.

Han har talt med Anders Graa om Ilse Jacobsens besøg i butikken i Skagen. Det var den røde gummistøvle, som Morsø har medbragt i retten, som Ilse Jacobsen havde set i 2013. Han mener ikke, at Morsø har solgt andre gummistøvlemodeller til Anders Graa end den medbragte. Gummistøvlen havde ikke noget mærke og var af den type, som Morsø begyndte at sælge

i 2010/11, og som var produceret i Kina. Det var ikke selve VRS-gummistøvlen, men den støvle, som Sin Yang i 2012 havde tilbudt at lave en billigere version af.

Anders Graa har forklaret blandt andet, at han driver en tøjforretning i Skagen, der også har salg af sko og støvler. Butikken ligger ved siden af Ilse Jacobsens butik. Ilse Jacobsen var for ca. 3 år siden på besøg i butikken. Hun så en rød støvle, som hun tog billeder af. Han fortalte Ilse Jacobsen, at han havde købt den fra Morsø. Ilse Jacobsen mente, at det var en kopi af hendes støvle. Ilse Jacobsen sagde ikke nærmere, hvad hun ville gøre ved det, og han hørte ikke mere til sagen.

Forevist den røde gummistøvle, som Morsø havde medbragt i retten, er han var ret sikker på, at det var den model, som Ilse Jacobsen havde set i hans butik. Det er samme farve, højden er tilsvarende, ligesom sålen også ligner. Han kan ikke huske det præcise antal snørehuller og hægter, der var på støvlen i hans butik.

Kristian Larsen har forklaret blandt andet, at han er direktør i Morsø, hvor han har været ansat siden 1989. Han er salgs- og indkøbsansvarlig.

Designprocessen vedrørende VRS-støvlen foregik i Kina. Han har ikke været på fabrikken i Kina og har ikke bedt om eller set tegninger til VRS-støvlen. Hans vurdering af RUB 1-støvlen er, at den adskiller sig fra øvrige støvler på markedet ved dens sål. Det er hans opfattelse, at der ikke er noget nyt i designet med hægter og snørehuller, som har været set i mange år, før RUB 1 kom på markedet, ligesom designet i øvrigt ikke adskiller sig fra, hvad der allerede var kendt.

VRS-støvlen blev solgt til Dansk Supermarked, der var interesseret i en lav pris på støvlen, samt at der ikke ville være problemer i forbindelse med salget. Der er ikke blevet lavet en ekstern krænkelsesvurdering. Han vurderede selv, at der ikke var noget problem med VRS-støvlen i forhold til IJHs støvler. Der er en markant kvalitetsforskel i gummi, en helt anden sål og en række designmæssige forskelle på støvlerne. RUB 1 ligner en læderstøvle i flot design, mens VRS-støvlen ligner en gummistøvle. VRS-støvlen blev markedsført med kryds-

snøring i modsætning til RUB 1. VRS-støvlen blev derudover solgt med VRS-mærket påhængt støvlen, og der var ikke noget mærke på støvlen, der lignede IJHs. Dansk Supermarked havde selv bedt om, at der blev skrevet "Rainy Day" bag på støvlen. Han mener ikke, at der er risiko for forveksling mellem støvlerne.

Kundesegmentet for de to støvler er helt forskelligt. Kunderne til RUB 1 vil gerne signalere, at de har købt et dyrt produkt, mens kunderne til VRS-støvlen går efter en støvle, der bare er funktionel. Han kan ikke afvise, at en kunde, der gerne ville have IJHs gummistøvle, men som ikke har råd til en sådan, i stedet vil købe VRS-støvlen.

Der var solgt ca. 1.000 VRS-støvler fra Dansk Supermarked. Morsø har fået de resterende støvler tilbageleveret, og disse står nu på Morsøs lager.

Bjørn Wichmand har forklaret blandt andet, at han har været ansat hos IJH i ca. 9 år, hvor hans hovedopgave er indkøb af gummistøvler.

RUB 1 var i mange år IJHs topsælger, og den er på trods af sine 15 år på markedet stadig den tredjebedst sælgende støvle.

Det er hans opfattelse, at VRS-gummistøvlen og RUB 1 ligner hinanden meget på designet, og at der er en forvekslingsrisiko mellem de to støvler. Der er på VRS-gummistøvlen forsøgt at lave de samme lukninger udvendigt. Der er arbejdet med samme bånd, og forstærkningerne er kopieret. Logoet bagtil er i samme farve og placeret samme sted som logoet på RUB 31. Stroppen er kopieret fra RUB 31. Han mener ikke, at selve fugen på kanten af VRS-gummistøvlen har været nødvendig, da han ikke mener, at sålen er limet på. Det ser for ham ud til, at VRS-gummistøvlen er samlet i en støvle, sådan at det øvre gummi er blevet vulkaniseret med sålen. Kanten på VRS-gummistøvlen er lavet på den måde, fordi man efter hans opfattelse designmæssigt ønskede at kopiere RUB 1. Den sål, der ses på fotos på ekstraktens side 178, er ikke den sål, der er på VRS-gummistøvlen. Kanten på sålen på side 178 er ikke lige så høj som på VRS-gummistøvlen. I øvrigt er sålen på side 178 naturgummifarvet og ikke

sort. En naturgummifarvet sål ville kun blive en smule mørkere i en vulkaniseringsproces, men ville aldrig blive sort. En sort sål ville være farvet sådan fra begyndelsen.

Dr. Martens-støvler (bilag A16 og A17) er ikke lavet i gummi, men i læder. Superga-støvlen har været på markedet siden 1972. Det er en herrestøvle, der fås i grøn og brun. Den har aldrig været lanceret som damestøvle. Der er flere hægter på Superga end på RUB 1. Superga-støvlen ligner ikke i øvrigt RUB 1. IJH har i dag et tæt samarbejde med Superga, som aldrig har sagt noget om, at RUB 1 skulle være en kopi af deres støvle. Viking Retro-støvlen (bilag A1) har været på markedet i den udgave i ca. 6-7 år. Den originale Viking-støvle havde 4 snører i toppen og ikke andet.

Parternes synspunkter

For sagsøger, IJH A/S, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med det præciserede påstandsdokument af 17. juni 2016, hvoraf blandt andet fremgår:

"ANBRINGENDER

Hovedanbringender

Til støtte for de nedlagte påstande gør IJH følgende **hovedanbringender** gældende:

RUB 1 nyder beskyttelse som brugskunst efter ophavsretslovens § 1, stk. 1, idet der er tale om et originalt værk, som er udtryk for Ilse Jacobsens selvstændigt skabende indsats.

RUB 1 nyder udvidet beskyttelse efter markedsføringslovens § 1, idet der er tale om et originalt produkt, som skilte sig ud fra lignende produkter på introduktionstidspunktet, og idet produktet i dag indtager en beskyttelsesværdig markedsposition.

Produktion, markedsføring, udbud og salg af VRS Gummistøvlen krænker IJH's rettigheder efter ophavsretslovens § 2 og markedsføringslovens § 1, herunder bl.a. fordi der er tale om eksemplar fremstilling, og idet der er tale om en slavisk efterligning af RUB 1, hvorved der er risiko for forveksling, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 1, samt markedsføringslovens § 1.

Produktion, markedsføring, udbud og salg af VRS Gummistøvlen er desuden udtryk for renommésnyltning og dermed illoyal markedsfortrængning i strid med markedsføringslovens § 1.

Handlinger i strid med markedsføringsloven kan forbydes ved dom, jf. markedsføringslovens § 20, stk. 1, 1. pkt.

I forbindelse med forbud ved dom efter markedsføringslovens § 20, stk. 1, 1. pkt., kan der ved dom gives sådanne påbud, som må anses nødvendige for at sikre forbuddets opretholdelse samt genoprettelse af status quo, jf. § 20, stk. 1, 2. pkt., nr. 1 og 2, hvilket også gælder ved ophavsretskrænkelser.

Morsø har ved forsæt eller i det mindste grov uagtsomhed overtrådt ophavsretslovens § 2, stk. 1, samt markedsføringslovens § 1.

IJH har krav på et rimeligt vederlag samt erstatning, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 1, nr. 1 og 2, samt markedsføringslovens § 20, stk. 2 og 3.

Ilse Jacobsen har krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 3.

Retten kan bestemme, at en dom, hvorved nogen dømmes efter § 83 eller markedsføringslovens § 20, skal offentliggøres, hvorved pligten påhviler krænkeren, jf. ophavsretslovens § 84a og markedsføringslovens § 20, stk. 1, nr. 2.

Retten kan bestemme, at eksemplarer, som krænker retten til værker, skal endeligt fjernes fra handlen samt udleveres til den forurettede, jf. ophavsretslovens § 84, stk. 1 og markedsføringslovens § 20, stk. 1.

Underanbringender

I tillæg til hovedanbringenderne gør IJH følgende **underanbringender** gældende til støtte for de nedlagte påstande:

Ophavsretlig beskyttelse af RUB 1

RUB 1 er resultatet af en selvstændigt skabende indsats og er dermed ophavsretligt beskyttet, uanset at det i henhold til retspraksis på området måtte være vanskeligt at opfylde kravene til værkshøjde, når der er tale om beklædningsgenstande, jf. dog pkt. 3.2.1.3., nedenfor.

Det er uden betydning, at enhver i princippet kunne have tænkt sig til en lang gummistøvle med snørelukning, når realiteten er, at Ilse Jacobsen i 2000 var den første til at frembringe lige præcis sådan en gummistøvle.

Tidligere dansk retspraksis på området for brugskunst må, i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-145/10 (Panier), anses for uforenlig med infosoc-direktivet, eftersom originalitetskravet er harmoniseret i EU, hvorved værker af brugskunst alene skal være ophavsmandens "egen intellektuelle frembringelse" – og intet andet – for at få beskyttelse, jf. bl.a. Brugskunstbeskyttelsen mod »meget nærgående efterligninger«. Er Højesterets praksis på kant med EU-retten? af ph.d. Morten Rosenmeier og professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo (Center for Informations- og Innovationsret (CIIR), Københavns Universitet).

Ifølge infosoc-direktivet og Panier-dommen er det alene afgørende for spørgsmålet om ophavsret, at et værk er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, hvilken betingelse uden videre er opfyldt i relation til RUB 1.

Under alle omstændigheder nyder RUB 1 også i medfør af tidligere dansk retspraksis beskyttelse efter ophavsretslovens § 1.

Fogedrettens afgørelse i sag nr. FS3355/2007 kan ikke tillægges præjudiciel værdi, idet der er tale om en kendelse i en sag om foreløbige retsmidler, og idet det alene fremgår af kendelsen, at fogedretten ikke mener at være "i besiddelse af kompetence til på egen hånd at afgøre, om der er tale om en selvstændig, original og kunstnerisk indsats," og idet kendelsen er afsagt før Panier-dommen.

Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse af 19. februar 2009, i relation til dansk designregistrering nr. DR 2004 00057, jf. bilag C, er irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt der tilkommer RUB 1 ophavsret, idet det alene konkluderes alene, at nyhedskravet ikke var opfyldt på tidspunktet for ansøgningen, den 16. februar 2004, fordi RUB 1 allerede var markedsført af IJH selv mere end 12 måneder før dette tidspunkt.

Det samme gælder Harmoniseringskontorets appelinstans' afgørelse af 17. marts 2010 om at udslette EF-design nr. 205455-0001. Det er rigtigt, at Coop Danmark A/S gives medhold i, EF-design nr. 205455-0001 skal udslettes, men det fremgår klart af præmisserne, at dette ikke skyldes, at designet savner den fornødne individuelle karakter, men derimod fordi det anses for bevist, at det ansøgte design svarende til RUB 1 blev offentliggjort af Ilse Jacobsen selv i 2001, og at designet dermed var offentliggjort mere end 12 måneder før prioritetsdagen den 16. februar 2004, hvorved det udelukkende var Ilse Jacobsens egne forhold, som var medvirkende til, at EF-designregistreringen ikke kunne opretholdes.

Det er i øvrigt fast antaget i den juridiske litteratur, at retsbeskyttelse kan opnås efter både markedsføringslovens § 1 samt ophavsretsloven, også selvom eksempelvis den designretlige beskyttelse er udløbet, eller hvor betingelserne for designbeskyttelse ikke er opfyldt, jf. bl.a. Erling Borchert m.fl.: Markedsføringsloven, 3. udgave 2013, s. 62 samt Højesterets dom i optrykt i U.1999.786H.

Den beskyttelse, der tilkommer RUB 1 efter ophavsretsloven, er ikke snæver, herunder idet den i retspraksis udviklede regel om, at brugskunst alene nyder beskyttelse mod nærgående efterligninger, er i strid med EU-Domstolens Panier-dom, herunder særligt præmis 96, jf. Brugskunstbeskyttelsen mod »meget nærgående efterligninger«. Er Højesterets praksis på kant med EU-retten? af ph.d. Morten Rosenmeier og professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbo (Center for Informations- og Innovationsret (CIIR), Københavns Universitet).

Det er forkert, at RUB 1's udseende og form er funktionelt betinget, blot fordi nogle af designelementerne har en funktion, hvilket slet ikke er det samme.

Markedsføringsretlig beskyttelse

Kravet til det fremtoningsmæssige særpræg er over de sidste mange år blevet stadig mere lempeligt, og domstolene har statueret beskyttelse efter markedsføringslovens § 1 for alt lige fra spande og glas til kitler og cowboybukser, jf. s. 164 i Erling Borchers Produkt efterligninger, 2. omarbejdede udgave.

Udgangspunktet er altså, at der skal utroligt lidt til, førend der - i relation til RUB 1 - kan statures beskyttelse efter markedsføringslovens § 1.

Et modeprodukt kan sagtens nyde fremtoningsmæssigt særpræg, også selv om produktet inkorporerer - eller ligefrem er kendetegnet ved - allerede kendte design- og formelementer, så længe kombinationen af disse design- og formelementer, i relation til den pågældende produkttype, ikke var en del af modebilledet, da produktet blev introduceret på det danske marked, jf. U.2001.2378S.

RUB 1 var i 2000 den første lange gummistøvle med snørelukning på det danske marked, og de design- og formelementer, som er allermest kendetegnende for RUB 1, var dermed ikke en del af modebilledet i 2000, hvorfor RUB 1, også af den grund, nyder beskyttelse efter markedsføringslovens § 1.

Det er uden betydning, at der i dag findes andre lange gummistøvler på det danske marked med snørelukning, idet RUB 1, også den dag i dag, har et væsentligt - og ikke mindst beskyttelsesværdigt fremtoningsmæssigt - særpræg.

Med undtagelse af VRS Gummistøvlen, som er en slavisk efterligning, findes der ikke andre lange gummistøvler på det danske marked, der tilnærmelsesvis ligner RUB 1 i samme grad som VRS Gummistøvlen, hvilket fremgår modsætningsvis af bilag A.

Helhedsvurderingen indebærer, at detailforskelle mellem originalproduktet og efterligningen, der er foretaget for at skabe en argumenterbar afstand til originalproduktet, men som ikke har betydning for produktets fremtoning, ikke tillægges vægt, jf. bl.a. U.1999.1061S.

RUB 1 har været på markedet i Danmark i mere end 15 år, og at RUB 1 dermed ikke er underlagt de begrænsninger, som retspraksis under tiden har udstykket for sæsonbetonede modevarer, jf. bl.a. U.1999.1856S.

Ophavsrets- og markedsføringskrænkelsen

Produktion, markedsføring, udbud og salg af VRS Gummistøvlen krænker IJH's rettigheder til RUB 1 efter ophavsretslovens § 2 og markedsføringslovens § 1, herunder bl.a. idet snørelukningerne på RUB 1 og VRS Gummistøvlen er identiske, herunder fordi konstruktionen er den samme, og fordi antallet af eyelids og hooks på RUB 1 og VRS Gummistøvlen er identisk, og fordi snørebåndene på begge gummistøvler er røde, og idet støvlerne er udført i samme farve og materiale, og idet udskæringerne på forsiden af RUB 1 og VRS Gummistøvlen er stort set identiske, og idet begge gummistøvler er udstyret med D-ringe bagtil, og idet der på begge gummistøvler findes en tydelig og karakteristisk fuge mellem støvle og sål, hvilken sål ikke tjener noget formål på VRS Gummistøvlen.

Særligt den omtalte omstændighed, at antallet af eyelids og hooks er helt identisk, viser med al ønskelig tydelighed, at der reelt er sket kopiering.

Hvor VRS Gummistøvlen adskiller sig fra RUB 1, skyldes det udelukkende, at man i stedet har kopieret en anden ILSE JACOBSEN gummistøvle, nemlig RUB 31, jf. bilag 11, som bl.a. er kendetegnet ved en unik strop i D-ringen i stort set samme farvekombination som stropen i D-ringen på VRS Gummistøvlen, og som desuden er kendetegnet ved ordelementet ILSE JACOBSEN Hornbæk på forstærkningsbåndet bagtil, hvilket ikke rimeligvis kan fritage Morsø fra ansvar efter bl.a. ophavsretslovens § 2 og markedsføringslovens § 1, jf. princippet i U.1999.1061S og anbringender i det følgende.

Den såkaldte sammenligning i svarskriftet, som er gentaget i Morsøs påstandsdokument, er udelukkende udtryk for en opremsning af mere eller mindre usynlige og i det hele irrelevante detaljeforskelle mellem VRS Gummistøvlen og RUB 1, som er uden betydning for krænkelsspørgsmålet og dermed også spørgsmålet, om der foreligger en krænkelse efter ophavsretslovens § 2 og markedsføringslovens § 1, jf. i det følgende:

Det er rigtigt, at VRS Gummistøvlen i modsætning til RUB 1 ikke er påført noget varemærke/logo øverst på støvlen, mens RUB 1 er påført varemærket ILSE JACOBSEN HORN BÆK. Her er der imidlertid ikke tale om en forskel, men om, at VRS Gummistøvlens manglende branding giver anledning til tvivl, dels i forhold til RUB 1, dels i forhold til hvem som er producent og forhandler af VRS Gummistøvlen.

Under alle omstændigheder er VRS Gummistøvlen på dette punkt identisk med RUB 31, hvilket ikke er diskulperende for Morsø.

Det er rigtigt, at VRS Gummistøvlen ikke har noget ekstra harlekinmønstret bånd i toppen af støvlen, men på dette punkt er VRS Gummistøvlen identisk med RUB 31, hvilket ikke er diskulperende for Morsø.

Det er rigtigt, at RUB 1 ikke har nogen støvestrop monteret i D-ringen, men det har RUB 31, hvilket vil sige, at Morsø på dette punkt har kopieret RUB 31, hvilket ikke er diskulperende for Morsø.

Det er rigtigt, at der på RUB 1 ikke er påført noget mærke på det lodrette forstærkningsbånd, mens forstærkningsbåndet på VRS Gummistøvlen er påført teksten RAINY DAY, men Morsø har på dette punkt kopieret RUB 31, der selvsamme sted er påført mærket ILSE JACOBSEN Hornbæk.

Det er rigtigt, at forstærkningsbåndet på RUB 1 er udført i et såkaldt harlekinmønster, mens VRS Gummistøvlens forstærkningsbånd ikke er udført i noget mønster. Dette er imidlertid vanskeligt at se i en købsituation, hvor forbrugerne alene vil lægge mærke til, at forstærkningsbåndene er omtrent lige brede, hvilket også er, hvad der vil fæstne sig i det udviskede erindringsbillede, der kendes fra varemærkeretten.

Det er rigtigt, at RUB 1 er "åben hele vejen ned til 'svang'", mens VRS Gummistøvlen er lukket, men VRS Gummistøvlen er udført, så det ser ud som om, at den ligeledes er åben, og at støvlens bredde dermed kan justeres, hvilket er altafgørende.

Det er direkte forkert, at det fremstilles som om, RUB 1 sælges med et snørebånd i "råhvid," når det fremgår af bl.a. bilag 12, at RUB 1 sælges med et rødt snørebånd, som er stort set identisk med VRS Gummistøvlens røde snørebånd.

Den påståede farveforskel på VRS Gummistøvlen og RUB 1 er umulig at se med det blotte øje.

Det er rigtigt, at sålen og støvlen, for så vidt angår VRS Gummistøvlen, er støbt samtidig, og at støvlen derved adskiller sig fra RUB 1. Den altoverskyggende pointe er imidlertid, at VRS Gummistøvlen denne omstændighed til trods er udstyret med en fuge mellem støvle og sål, hvilket utvivlsomt handler om at få den til at ligne RUB 1 mest muligt.

Endelig er det rigtigt, at den indvendige sål på RUB 1 er foret, hvilket ikke er tilfældet for så vidt angår VRS Gummistøvlen, hvor indersålen alene er udført i stof. Dette er imidlertid ikke synligt for forbrugerne i købsituationen.

Det afvises, at IJH skulle have manipuleret med billedmateriale ved at vandretsnøre VRS Gummistøvlen til brug for sammenligningen med RUB 1, idet det står enhver frit for at vandretsnøre VRS Gummistøvlen, hvorfor det er nødvendigt også at vise VRS Gummistøvlen med vandrette snøringer.

Der er et direkte sammenfald mellem de relevante kundegrupper, idet alle danskere – høj som lav, rig som fattig – handler i føtex, Bilka og Netto, og idet Dansk Supermarked A/S under alle omstændigheder selv forhandler RUB 1.

Eventuelle kvalitetsforskelle eller forskelle i pris er irrelevante.

Det har formodningen mod sig, at Morsø på tidspunktet for indkøbet af VRS Gummistøvlen ikke skulle have været bekendt med RUB 1, når der samtidig henses til den kendskabsgrad, der i Danmark kendetegner RUB 1.

Morsø har under alle omstændigheder ikke opfyldt sin kontrolforpligtelse.

Vedrørende passivitet

Det afvises, at IJH skulle have udvist passivitet over for markedsføringen af VRS Gummistøvlen, eller at IJH på anden måde skulle have accepteret Morsøs salg og markedsføring af VRS Gummistøvlen som følge af det påståede besøg i skobutikken i Skagen den 3. juli 2013.

Det fremgår af bilag E, at VRS Gummistøvlen først blev leveret til Dansk Supermarked A/S i januar 2015, hvilket var første gang VRS Gummistøvlen markedsførtes i Danmark, hvorfor Ilse Jacobsen ikke under nogen omstændigheder kan have været forevist VRS Gummistøvlen den 3. juli 2013.

Den nævnte butik forhandlede ikke VRS Gummistøvlen, men derimod en tidligere version fremstillet af en anden kinesisk producent. Selv hvis Ilse Jacobsen måtte have forholdt sig passivt over for denne tidligere version, betyder det ikke, at IJH har udvist retsfortabende passivitet over for Morsø i relation til VRS Gummistøvlen.

Rimeligt vederlag

Morsø har handlet forsætligt eller i det mindste groft uagtsomt.

Selv handlinger i god tro udløser et rimeligt vederlag efter markedsføringsloven, jf. markedsføringslovens § 20, stk. 4, jf. stk. 3.

IJH er, af processuelle årsager, indstillet på at beregne vederlagskravet på baggrund af Morsøs omsætning, uanset det principielt fastholdes, at kravet tillige kan beregnes af IJH's hypotetiske mistede omsætning.

Vederlaget skal beregnes af det antal eksemplarer af VRS Gummistøvlen, der blev leveret til Dansk Supermarked A/S, uden hensyntagen til at der senere måtte være tilbageleveret eksemplarer, og vederlagskravet dermed kan opgøres til kr. 19.200 (10 % x (2.400 stk. x 80 kr.)).

Erstatning

Det fornødne ansvarsgrundlag består, idet Morsø har handlet forsætligt eller i det mindste groft uagtsomt.

RUB 1 og VRS Gummistøvlen substituerer hinanden i forholdet 1:1, herunder når der henses til ligheden mellem de to gummistøvler.

Der er tale om grove krænkelse af IJH's rettigheder, hvorved beviskravet slækkes.

Udviklingen i retspraksis peger i retning af, at erstatningsopgørelsen i dag kan baseres på salget af efterligningen, hvor der er et direkte konkurrenceforhold mellem efterligningen og originalproduktet. Til støtte herfor kan bl.a. henvises til U.1996.1093V (Bamse og Kylling) og U.2001.747H (Tripp Trapp).

Det er tilstrækkeligt dokumenteret, at IJH har lidt et omsætningstab, som følge af krænkelse.

I sager om immaterialretskrænkelser er det ofte vanskeligt at dokumentere et egentligt tab, når der er tale om et originalprodukt, som rent salgsmæssigt er i fremgang, hvilket igennem mange år har været tilfældet i relation til RUB 1, hvilket imidlertid ikke er ensbetydende med, at IJH ikke har lidt noget afsætningstab.

Erstatningskravet støttes ikke alene på et afsætningstab, men støttes tillige på, at der er indtrådt markedsforstyrrelser.

Erstatningskravet kan skønsmæssigt opgøres til kr. 250.000.

Godtgørelse for ikke økonomisk skade

Ilse Jacobsen kan kræve godtgørelse for ikke økonomisk skade, jf. ophavsretslovens § 83, stk. 3.

Godtgørelse for ikke-økonomisk skade kan tilkendes, hvor der er tale om kopiprodukter af så ringe kvalitet, at eksemplarerne må anses for skadelige for ophavsmandens ideelle rettigheder, hvilket er tilfældet i denne sag, hvor RUB 1 ifølge Morsø er "af en ganske anden og bedre kvalitet" sammenlignet med VRS Gummistøvlen.

Påstand 6 fastholdes i sin oprindelige form, idet IJH af Ilse Jacobsen er mandatarbefuldmægtiget til at nedlægge påstand 6 i eget navn.

OPGØRELSE AF IJH'S PÅSTAND 5 og 6

Påstand 5

IJH har krav på vederlag og erstatning i anledning af Morsøs krænkelser, såvel efter ophavsretsloven som efter markedsføringsloven.

IJH er, af processuelle årsager, indstillet på at beregne vederlagskravet på baggrund af Morsøs omsætning, uanset det principielt fastholdes, at kravet tillige kan beregnes af IJH's hypotetiske mistede omsætning.

Hertil kommer, at vederlaget skal beregnes af det antal eksemplarer af VRS Gummistøvlen, der blev leveret til Dansk Supermarked A/S, uden hensyntagen til at der senere måtte være tilbageleveret eksemplarer.

Endelig er det IJH's opfattelse, at den hypotetiske licensafgift kan fastsættes til 10 % af Morsøs omsætning af VRS Gummistøvlen.

Dermed kan vederlagskravet opgøres til kr. 19.200 (10 % x (2.400 stk. x 80 kr.)).

Erstatningskravet relaterer sig til IJH's afsætningstab, Morsøs uberettigede fortjeneste samt IJH's tab som følge af de skete markedsforstyrrelser.

Eftersom VRS Gummistøvlen substituerer RUB 1 i forholdet 1:1, må det uden videre lægges til grund, at IJH har lidt et afsætningstab som følge af Morsøs markedsføring og salg af VRS gummistøvlerne.

Hertil kommer, at Morsø har opnået en uberettiget fortjeneste som følge af udnyttelsen af IJH's ophavsrettigheder samt rettigheder efter markedsføringsloven.

Endelig har Morsøs aktiviteter resulteret i markedsforstyrrelser for IJH.

På den baggrund er erstatningskravet opgjort skønsmæssigt til kr. 250.000.

Det samlede krav, der ligger til grund for påstand 5, kan dermed opgøres således:

Rimeligt vederlag:	Kr. 19.200
Erstatning:	Kr. 250.000
I alt:	Kr. 269.200

Påstand 6

Eftersom Ilse Jacobsens ideelle rettigheder er krænket som følge af Morsøs aktiviteter, har Ilse Jacobsen personligt krav på godtgørelse. Godtgørelsen er skønsmæssigt opgjort til kr. 25.000, jf. bl.a. U.2002.911 Ø."

For sagsøgte, Morsø Sko Import A/S, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 1. juni 2016, hvoraf blandt andet fremgår:

"

ANBRINGENDER

...

En visuel gennemgang af sagsøgerens RUB 1 gummistøvle og sagsøgtes gummistøvle viser en lang række af forskelligartede detaljer som indebærer, at der er betydelig visuelle og funktionsmæssige forskelle på de to støvletyper.

De pågældende forskelle opregnes

Sagsøgtes gummistøvle	Sagsøgers RUB 1 gummistøvle
Højde: 33,5 cm	Højde: 37 cm
Øverst: Glat gummiudskæring	Øverst: Ruflet gummiudskæring
Ingen logo	Øverst: Ilse Jacobsen, Hornbæk logo på begge sider af skaftet
Ingen udskæring udover øverste udskæring	4 cm fra øverste kant ny ruflet gummiudskæring
Øverst bag: Forstærkningsbånd indsat under den øverste gummiudskæring med D-ring og blå/rød/blå strop med 2 nitter	Bag: Ruflet forstærkningsbånd fra sål til øverste kant og slutter i en løkke med en D-ring. Støvlestrop eksisterer ikke på støvlerne omtalt i bilag 7
Bag: Glat forstærkningsbånd fra kant til sål.	Ruflet forstærkningsbånd
Bag: Forstærkningsbåndet er påført teksten "RAINY DAY".	Ingen tekst på forstærkningsbånd
Nederst bag: Ingen hælkappeprægning	Nederst bag: Hælkappeprægning
Forside: 2 x 24 x 4,5 cm gummiudskæring med 2 x 8 små matte eyelids og 2 x 4 matte hooks – udført i ikke rustfrit materiale/ikke udført i rustfrit stål, påsat under øverste gummiudskæring.	Forside: Åben hele vejen ned til "svang" med pløs monteret indvendig mellem foret og det udvendige materiale. 4,5 cm gummiudskæring på hver side af åbningen - skaftets bredde kan ændres -

Skaftet kan ikke gøres smallere eller bredere/ingen pløs. De 8 hooks har ingen prægning. Hooks og eyelids sidder tættere på hinanden.	der går ned over "vrysten" med 4 hesteskoformede hooks med forhøjning af blank rustfrit stål og 8 store eyelids af blank rustfri stål med tilhørende prægning. Hooks og eyelids sidder længere fra hinanden.
Rund, rød og grovmasket snørebånd med krydssnøring.	Rund, råhvid og finmasket snørebånd med vandret snøring
Skaftet er glat	Uformet/ dråbeformet prægning på begge sider af skaftet
Nederst mellem sål og støvle: Sål og kant er en helhed, idet de er støbt samtidig, for at kunne limes. Der er indlagt foxing ved overgang til sål.	
Nederst: Glat forstærkningsbånd på 1,5 cm mellem sål og overstøvle.	Ikke påført noget forstærkningsbånd
Sål ikke syet, men støbt i en helhed	Sål påsyet overstøvle med råhvid syning.
Sål: Gummisål med 2,5 cm hæl og 1 cm under forfod. Mønster: Tværgående rifler	Sål: varmeisolerende EVA/Micro sål med 2 cm hæl og til 1 cm ved forfod. Mønster: Tværgående rifler i yderkant og separat mønster i midten. Denne sål-type findes formentlig nok kun hos Dr. Martens støvlen.
Indvendig udtagelig sål med stof	Fast indvendig og foret sål
Skaftet er belagt med nødvendig linning	Skaftet er foret med bomuldsfleece, bortset fra pløs, der er belagt med tyndt stof.
Farve: Matsort	Farve: Blanksort – ligner læder

Snørelukningen er ikke karakteristisk, idet den findes på en række gummistøvler, og sagsøgerens snørelukning er vandret og ikke en krydssnøring som sagsøgtes. Det fremgår af bilag 14, at sagsøgtes støvler er krydssnørede, hvorimod sagsøgerens støvler er vandretsnørede, hvilket fremgår af bilag 7. Sagsøgeren har således manipuleret med billedmaterialet fremlagt som bilag 12, idet sagsøgeren her har ladet sagsøgtes støvle vandretsnøre.

Eyelids og hooks er antalsmæssigt identiske, men er ikke udført i rustfrit stål, som anført af sagsøgeren og området omkring snørelukningen er væsentlig forskellig på de 2 støvletyper.

Støvlestroppen bagtil med en D-ring findes ikke på de i bilag 7 anførte støvler.

Sagsøgerens sål er af en betydelig bedre og dyrere kvalitet end sagsøgtes, og sagsøgerens EVA/Micro sål er som ovenfor anført, syet med stik, hvorimod sagsøgtes gummistøvle har en sål af gummi, som er støbt i en helhed og limet til støvlen.

Herudover forholder det sig således, at der er stor lighed i den måde forskellige mærker af gummistøvler er bygget op og i øvrigt ser ud, m.h.t. snøring, antal snøringsringe, antal hæfter, sål, kant over sål, overgang mellem sål og støvle o.s.v. Til illustration heraf vedlægges bilag A, som er et bredt udsnit af de gummistøvler og i visse tilfælde læderstøvler, der findes på markedet.

RUB 1 NYDER IKKE BESKYTTELSE AF OPHAVSRETSLOVEN

Til støtte for dette synspunkt gøres gældende

- at RUB 1 gummistøvlen ikke kan anses for at være original, ligesom designet af RUB 1 gummistøvlen ikke er udtryk for en intellektuel og selvstændigt skabende indsats, idet RUB 1 gummistøvlens udformning bygger på allerede kendte principper. Det er et kendt princip, at der kan designes støvler, som har lange skafter og støvler, der har snørebånd

- at ingen af de elementer, som sagsøgeren anfører, giver støvlen en subjektiv nyhedsværdi og sammensætningen af støvlens forskellige dele medfører ikke, at RUB 1 støvlen opnår et særpræg.

Sagsøgeren oplyser i stævning og replik, at flere af de elementer, der kender tegner RUB 1 har en konkret funktion, bl.a. snørelukningen, der betyder, at støvlen kan gøres smallere eller bredere. Heroverfor gør sagsøgte gældende, at RUB 1 gummistøvlens forskellige designelementer ikke rækker ud over, hvad der er hensigtsmæssig for gummistøvlens praktiske og funktionelle anvendelighed

- at det følger af retspraksis, at der under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering stilles betydelige krav til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modartikler. Til støtte herfor henvises til U.2012.129 (Nørregaard-sagen), hvoraf bl.a. fremgår,

“Under hensyn til den markedsmæssige bevægelsesfrihed, herunder for at modvirke monopolisering, stilles der ifølge dansk retstradition betydelige krav i henseende til originalitet og kunstnerisk indsats, for at ophavsretlig beskyttelse kan komme på tale for modeartikler”.

Særligt indenfor beklædningsgenstande er der i praksis stillede særlige krav til værkshøjde, og RUB 1 gummistøvlens udformning er ikke udtryk for en sådan originalitet og intellektuel kunstnerisk indsats, at den nyder beskyttelse efter ophavsretsloven.

- at RUB 1 gummistøvlens snørelukning med 8 snørehuller og 4 hægtepar i rustfrit stål ikke er selvstændigt beskyttelsesværdigt efter ophavsretsloven, da snørelukning ikke er udtryk for en original og intellektuel kunstnerisk indsats i kraft, at det er et kendt princip at kombinere både snørehuller og hægtepar i snørelukningen. Sagsøgerens brug af 8 snørehuller og 4 hægtepar har således ikke en originalitet der medfører, at sagsøgeren skal have eneret til denne kombination af snørehuller og hægtepar på gummistøvler.

Dette synspunkt kom ligeledes til udtryk i fogedretten i Glostrups afgørelse, jfr. bilag B.

Sagsøgeren producerer og sælger selv RUB2 gummistøvlen og RUB 15 gummistøvlen. Disse gummistøvlers snørelukning består af henholdsvis 2 snørehuller og 3 hægtepar og 4 snørehuller og 4 hægtepar. Måtte disse snørelukninger ligeledes anses for beskyttelsesværdige, vil sagsøgeren kunne opnå en urimelig eneret til at kombinere snørehuller og hægtepar i snørelukninger på gummistøvler.

PÅSTÅET KRÆNKELSE AF RUB 1 GUMMISTØVLEN

Såfremt Sø- og Handelsretten måtte lægge til grund, at RUB 1 gummistøvlen er ophavsretlig beskyttet, bestrides det, at sagsøgtes markedsføring og salg af VRS gummistøvlen krænker sagsøgerens ophavsrettigheder, da VRS gummistøvlen adskiller sig markant fra RUB 1 gummistøvlen.

Sagsøgeren har på baggrund af EU-domstolens dom af 1. december 2011 C-145/10 - Panierdommen – gjort gældende, at der ikke tilkommer RUB 1 gummistøvlen en snæver beskyttelse, men derimod den samme beskyttelse, som andre ophavsretsligt beskyttede værker, der ikke er brugskunst.

Panierdommen har ikke medført en ændring af Højesterets praksis i forhold til brugskunstbeskyttelse. I Højesterets afgørelser U.2011.2736H, U.2011.3451H, U.2012.3189H, U.2012.1185, U.2014.954H, U.2014.3539H, U.2015.979H og U.2015.992H, der alle er afsagt efter Panierdommen og alle omhandler brugskunst, foretager Højesteret sin krænkelsevurdering med udgangspunkt i, om det påståede krænkede produkt kan anses for en nærgående efterligning af originalproduktet, ligesom artiklen "Brugskunstbeskyttelse mod "meget nærgående efterligninger" Er Højesterets praksis på kant med EU-retten?" af Morten Rosenmeier og Jens Skousbo ikke er en retskilde.

Helhedsindtrykket af sagsøgtes gummistøvlende adskiller sig fra helhedsindtrykket fra RUB 1 gummistøvlen på en så markant vis og ikke blot ved mindre detaljeforskelle, at der i relation til ophavsretslovens bestemmelser ikke foreligger risiko for forveksling, hvorfor sagsøgtes markedsføring og salg af gummistøvlen ikke på nogen måde krænker sagsøgerens mulige ophavsret.

Ved sammenligning af gummistøvlernes helhedsindtryk skal der tages i betragtning, at såfremt RUB 1 gummistøvlen måtte være ophavsretlig beskyttet, vil denne beskyttelse i henhold til retspraksis være særdeles snæver. Dette synspunkt har støtte i f.eks. U.2012.1185H og U.2012.3189H.

PÅSTÅET OVERTRÆDELSE AF MARKEDSFØRINGSLOVEN

Sagsøgte gør gældende, at sagsøgtes markedsføring og salg af gummistøvlen ikke er i strid med markedsføringsloven, da der ikke foreligger en markedsføringsretlig beskyttelse af RUB 1 gummistøvlen.

Sagsøgeren fremhæver en række karakteristika ved RUB 1 gummistøvlen og det gøres gældende, at de af sagsøgeren fremhævede elementer ved RUB 1 gummistøvlen er så almindelige forekomne, hvilket er dokumenteret i sagsøgte processkrifter, at disse ikke giver RUB 1 gummistøvlen det nødvendige særpræg til at være beskyttet efter markedsføringsloven.

Sagsøgeren anfører at kravet til det fremtoningsmæssige særpræg over de sidste mange år er blevet stadigt mere lempelig og henviser i den forbindelse til Erling Borchers bog om "Produktefterligninger", hvor Erling Borchers konkluderer, at i sager, hvor domstolene har taget stilling til krav om særpræg som forudsætning for markedsføringsretlig beskyttelse, har kravet til produktets kommercielle adskillelsesevne været beskeden. Heroverfor anfører sagsøgte, at Erling Borchers i forlængelse heraf konkluderer, at udvikling i retspraksis er betænkelig også i forhold til beklædningsgenstande, da de konkurrencebegrænsninger, som markedet påføres, risikerer at blive følelige, uden at dette kan retfærdiggøres med, at der ligger en tilstrækkelig udvikling – og markedsføringsmæssig indsats bag produkterne.

PÅSTÅET KRÆNKELSE AF RUB 1 GUMMISTØVLEN

Såfremt det lægges til grund, at RUB 1 gummistøvlen er beskyttet efter markedsføringslovens regler bestrides det, at sagsøgte markedsføring og salg af gummistøvlen er i strid med markedsføringsloven, idet den markedsføringsretlige beskyttelse af RUB 1 gummistøvlen er begrænset til slaviske kopier og således snæver.

Det gøres gældende, at gummistøvlen ikke kan anses for at være en slavisk kopi af RUB 1 gummistøvlen, da gummistøvlen adskiller sig markant fra sagsøgerens gummistøvle på en lang række punkter.

I forbindelse med sammenligningen af de to gummistøvletyper skal det udover de fysiske og funktionelle forskelligheder i henhold til retspraksis tillægges betydning, at gummistøvlene ikke er af samme kvalitet og prisklasse og at det er særdeles tydeligt ved en visuel bedømmelse, hvilket også giver sig udtryk i, at sagsøgerens RUB 1 gummistøvle sælges som en luksusgummistøvle til en pris på kr. 900,00 – 1.000,00 pr. par, hvorimod sagsøgte gummistøvle sælges til kr. 100,00 – 150,00 pr. par.

Det bestrides derfor, at forbrugeren har svært ved at kende forskel på gummistøvlen og RUB 1 gummistøvlen, og det kan udelukkes, at gummistøvlen er kommerciel ligeværdig eller substituerbar med RUB 1 gummistøvlen.

Sagsøgte gør derfor fortsat gældende, at sagsøgte markedsføring og salg af gummistøvlen ikke på nogen måde er udtryk for hverken renommesnyltning eller illoyal markedsføring i strid med markedsføringslovens § 1.

Sagsøgte gør endvidere gældende, at RUB 1 gummistøvlen ikke er designregistreret.

RETSFORTABENDE PASSIVITET

...

VEDERLAG

Sagsøgte gør gældende, at rimeligt vederlag efter ophavsretslovens og markedsføringsloven bør fastsættes skønsmæssigt, medmindre sagsøgerne kan dokumentere, hvad en passende og sædvanlig licensafgift vil være.

Sagsøgte gør gældende, at sagsøgerens fastsættelse af en licensafgift til 10 % af sagsøgerens udsalgspriser på RUB 1 gummistøvlen ekskl. moms er uhjemlet, idet det af retspraksis følger, at et vederlag typisk fastsættes skønsmæssigt med baggrund i krænkerens omsætning. Dette synspunkt har støtte i U.2012.269H og U.2009.1018H. Sagsøgtes omsætning har været på kr. 384.000,00, idet der kun er solgt støvler til Dansk Supermarked.

ERSTATNING

Sagsøgte gør gældende, at sagsøgerens antagelse om, at gummistøvlen substituerer RUB 1 gummistøvlen i forhold 1:1 og dermed at såfremt sagsøgte ikke havde solgt sine gummistøvler, kunne sagsøgeren have solgt et tilsvarende antal af sine RUB 1 gummistøvler, er udokumenteret, og at antagelsen herudover er overordentlig usandsynlig, når henses til den pris, kvalitet m.v., som sagsøgtes gummistøvler har.

Det gøres gældende, at sagsøgeren ikke har dokumenteret et reelt afsætningstab som følge af sagsøgtes markedsføring og salg af gummistøvlen, og som anført vil forbrugerne ikke anse støvlerne for kommercielt ligeværdige, da gummistøvlen ikke er af samme kvalitet som RUB 1 gummistøvlen og bl.a. ikke er påført sagsøgerens kendte varemærke "Ilse Jacobsen, Hornbæk" og ej heller har samme markante sål.

I restpraksis lægges der i forhold til erstatningsopgørelse i krænkelssager vægt på forskellig pris, kvalitet m.v. mellem det krænkende produkt og det originale produkt, når det skal fastslås, om de to produkter substituere hinanden. I den forbindelse skal der henvises til U.2009.1018H, hvor Højesteret fandt, at

"De to produkter må antages at have så forskellige målgrupper, at det har formodningen mod sig, at salget af den billige pung i Tiger-forretningerne kan substituere Burberrys salg af eksklusive punge. Burberry har endvidere ikke fremlagt oplysninger om faldende salg af punge. Der er herefter ikke grundlag for at antage, at Burberry har lidt et tab som følge af mistet omsætning, og der kan derfor ikke tilkendes Burberry erstatning for afsætningstab".

Herudover kan til støtte for sagsøgtes synspunkt henvises til U.2012.2706H.

Det gøres gældende, at sagsøgtes markedsføring og salg af gummistøvlen ikke har resulteret i en markedsforstyrrelse, der har medført tab for sagsøgeren.

Såfremt sagsøgtes salg af gummistøvlen vurderes at være retsstridig, er der ikke tale om en grovere krænkelse af sagsøgerens rettigheder der medfører, at bevistrakket slækkes.

SAGSØGERENS PÅSTAND 6

Til støtte for sagsøgtes nedlagte påstande i forhold til sagsøgers påstand 6 gør sagsøgte gældende

...

Såfremt Sø- og Handelsretten ikke afviser kravet og lægger til grund, at RUB 1 gummistøvlen er ophavsretslig beskyttet bestrides det, at sagsøgtes markedsføring og salg af den omtvistede gummistøvle har krænket Ilse Jacobsens Droit Morale-rettigheder, da sagsøgtes gummistøvler adskiller sig markant fra RUB 1 gummistøvlen og ikke giver samme helhedsindtryk.

- at de markante forskelle mellem sagsøgtes gummistøvle og RUB 1 gummistøvlen bevirker, at der ikke foreligger en krænkelse af Ilse Jacobsens anseelse, jfr. ophavsretslovens § 3 stk. 2.

SAGSØGERENS PÅSTAND 3

I forhold til sagsøgerens påstand 3 gøres gældende, at samtlige gummistøvler, som sagsøgte har leveret, er tilbagekaldt.

SAGSØGERENS PÅSTAND 4

I forhold til sagsøgerens påstand 4 bestrides, at sagsøgte er forpligtet til at udlevere støvlen til sagsøgerne med henblik på destruktion, såvel som det bestrides, at sagsøgte skal afholde omkostningerne herved.

SAGSØGERENS PÅSTAND 7

Sagsøgte gør gældende, at der ikke i denne sag er et beskyttelsesværdigt behov for sagsøgeren, for at få offentliggjort en dom i sin helhed.”

Morsø har vedrørende spørgsmålet om passivitet endeligt anført, at det under hensyn til, at det af bevisførelsen er fremgået, at det var i 2014, at Ilse Jacobsen besøgte nabobutikken i Skagen, ganske overlades til retten at træffe afgørelse om, hvorvidt der for sagsøgeren er indtrådt rettighedsfortabende passivitet.

Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Forevisning af parternes sorte støvleprodukter – præsenteret med røde snørebånd - har udgjort en central del af bevisførelsen i sagen. Mens VRS-støvlen netop blev markedsført med rødt snørebånd, er det fremgået af Ilse Jacobsens forklaring, at RUB 1 kun lejlighedsvis - omkring juletid - markedsføres med røde snørebånd. Det er endvidere ubestridt, at VRS-støvlen

blev markedsført med krydssnøret front og ikke – som forevist – med vandretsnøret front, mens RUB 1 markedsføres med vandretsnøret front som forevist.

Efter bevisførelsen lægger retten til grund, at RUB 1 er skabt på basis af en længere designmæssig udviklingsindsats hos Ilse Jacobsen, som ved frembringelsen har gjort brug af en række designelementer, der efter det foreliggende må antages at have været i vidt omfang allerede kendte for støvleprodukter på tidspunktet for udviklingsprocessen. Støvlens design ses at være vellykket og gennemtænkt med et kvalitetsmæssigt, selvstændigt udtryk, der underbygges af bevidste materialevalg, herunder med hensyn til støvlens sål. Produktet fremstår skulpturelt, robust og samtidig elegant og leder udtryksmæssigt tankerne hen imod et støvleprodukt i læder.

Retten finder på denne baggrund, at støvlen RUB 1 besidder en sådan grad af særpræg, at den nyder beskyttelse mod efterligninger efter markedsføringsloven.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt RUB 1 tillige nyder beskyttelse efter ophavsretsloven, bemærker retten, at RUB 1 som gummistøvle kan karakteriseres som et trendy modeprodukt, der som nævnt i væsentlig grad er sammensat af allerede kendte designelementer, hvilket også gælder snørefronten. Herefter og idet der ikke i øvrigt ses at foreligge sådanne konkretiserede oplysninger om det designmæssige udviklingsforløb, at dette kan føre til en anden vurdering, finder retten, at der - uanset støvlens ubestridelige produktmæssige kvaliteter - ikke er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at støvlen er ophavsretligt beskyttet som brugskunst, jf. ophavsretslovens § 1, stk. 1.

Som mode- og beklædningsprodukt, der i væsentlig grad er sammensat af designelementer, der genkendes fra andre støvleprodukter, findes RUB 1 alene at være beskyttet mod meget nærgående efterligninger.

Mellem parternes støvleprodukter, der - i hvert fald umiddelbart - kan minde om hinanden, når de anskues forfra, foreligger en lang række detaljemæssige forskelle, der påvirker produkternes fremtoning, og som er egnede til at differentiere produkterne fra hinanden. Det

gælder både med hensyn til materialevalg, dimensioner, produktionsmåde og design- og produktdetaljer.

Særligt vedrørende støvlernes front, der begge har 8 snørehuller og fire hægter, og som i udtryksmæssig henseende kan betegnes som det væsentligste designmæssige enkeltelement, bemærkes synlige forskelle. Hægterne er ikke ens, snørehullerne er tydeligt mindre på VRS-støvlen end på RUB 1, hægter og snørehuller er i forskelligt materiale på de to støvleprodukter, hvilket i sig selv giver produkterne et forskelligt udtryk, og hægter/snørehuller sidder ikke i samme parrmæssige afstand på de to støvleprodukter. Hertil kommer, at selve fronten på de to produkter er konstrueret, skåret og designet forskelligt, hvilket differentierer produkternes frontudtryk.

Af forhold, som også medvirker til den udtryksmæssige differentiering, kan produkternes meget forskellige såler og den syede, hvide kantstikning for neden på RUB 1 fremhæves. RUB 1 er udstyret med flere diamond-bånd, hvoraf ingen genfindes på VRS-støvlen, der endvidere er uden logoer på støvlesiderne i modsætning til RUB 1, hvis logoer foroven fremtræder på iøjnefaldende måde. Også det indlagte hvide kvalitetsfor i RUB 1 medvirker til at give denne støvle et andet udtryk end VRS-støvlen. Retten finder endvidere, at det ikke i sig selv kan tale for en krænkelse af rettighederne til RUB 1, at VRS-støvlen kan synes at have optaget nogle designmæssige detaljer/idéer med inspiration fra IJH's støvle RUB 31, herunder rød skrift på forstærkningsbåndet på bagsiden, og disse detaljer er følgelig også med til at differentiere VRS-støvlen fra RUB 1.

Med de fremhævede detaljeforskelle og efter en samlet visuel vurdering af parternes fysiske produkter, der er væsentligt forskellige i deres grundform og er forskelligt dimensionerede, finder retten, at produkterne fremstår så forskellige både med hensyn til deres grundlæggende kvalitet, deres produktidentitet og designmæssige udtryk, hvor der synes stor afstand mellem IJHs fornemme produktdesign i RUB 1, der leder tankerne i retning mod en elegant læderstøvle, og VRS-støvlens i denne sammenhæng ganske almindelige gummistøvleudtryk, hvilket også afspejles i de markante prisforskelle mellem produkterne, at markedsføring af VRS-støvlen ikke udgør en krænkelse af IJHs rettigheder til RUB 1.

Morsø frifindes derfor for de af IJH nedlagte påstande.

Efter sagens udfald og forløb skal IJH betale sagsomkostninger til Morsø med 50.000 kr. til dækning af rimelige advokatomkostninger.

Thi kendes for ret:

Morsø Sko Import A/S frifindes for de af IJH A/S nedlagte påstande.

Inden 14 dage betaler IJH A/S 50.000 kr. i sagsomkostninger til Morsø Sko Import A/S.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.