



ØSTRE LANDSRET
KENDELSE
afsagt den 8. september 2022

Sag BS-14823/2022-OLR
(10. afdeling)

Fazer Denmark ApS

og

Oy Karl Fazer Ab
(begge advokat Kenneth Kvistgaard-Aaholm)

mod

Spangsberg Chokolade A/S
(advokat Johan Løje)

Sø- og Handelsretten har den 22. marts 2022 afsagt kendelse i 1. instans (sag BS-48468/2021-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Susanne Lehrer med det sagkyndige medlem Henrik Jeppesen har deltaget i sagens afgørelse.

Kæremålet har været behandlet mundtligt.

Påstande

Kærende, Fazer Denmark ApS og Oy Karl Fazer Ab ("Fazer"), har gentaget påstand 1-9 for Sø- og Handelsretten som følger:

- 1) Spangsberg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag 1.

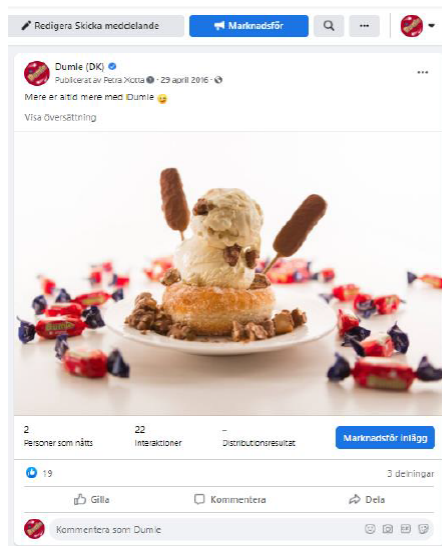
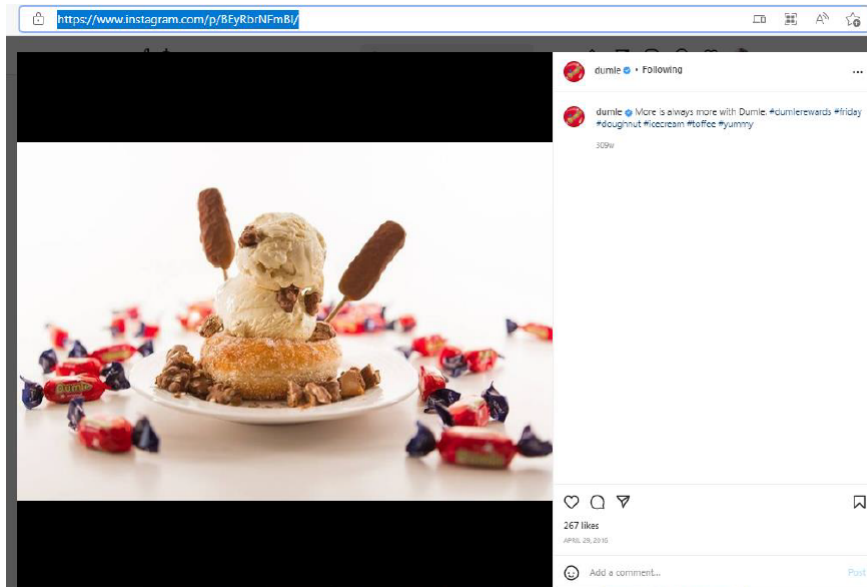
- 2) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag 2.
- 3) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag 3.
- 4) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag 4.
- 5) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge slikkepinden, der er afbilledet i bilag 5.
- 6) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag C.
- 7) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag D.
- 8) Spangsbjerg Chokolade A/S forbydes i Danmark at fremstille, lade fremstille, importere, markedsføre, udbyde og/eller sælge produkter i emballagen, der er afbilledet i bilag E.
- 9) Spangsbjerg Chokolade A/S påbydes at tilbagekalde alle emballager og produkter, som er omfattet af påstand 1-8, fra sine distributører og erhvervsmæssige kunder.

Forbud og påbud begæres principalt meddelt uden sikkerhedsstillelse og subsidiært mod en af retten fastsat sikkerhed, jf. retsplejelovens § 415, stk. 1 og stk. 2.

Indkærede, Spangsbjerg Chokolade A/S ("Spangsbjerg"), har påstået kendelsen stadfæstet, subsidiært at forbud og påbud meddeles mod en af retten fastsat sikkerhed på ikke under 20 mio. kr.

Supplerende sagsfremstilling

Det er omstridt om følgende opslag på Instagram og Facebook, som er fremlagt af Fazer, er lagt op af Fazer eller andre brugere:



I den medieomtale, som Fazers pressemeddelelse fra begyndelsen af 2021 om ophør af Dumle-slikkepinden gav anledning til, er citeret fra Christina Frænde, Marketing Manager i Fazer Danmark, om, at "[m]askinen, der producerer Fazer Dumle-slikkepinden, skal betjenes med håndkraft og kræver reservedele, som ikke er til at opdrive mere. Derfor er det tid til at sige farvel" gengivet som et direkte citat i den i Sø- og Handelsrettens kendelse nævnte omtale på TV2.

Af korrespondancen mellem Elina Saarento og Konrad Mickiewicz om produktion af Dumle-slikkepinden hos Baltyk fremgår i relation til det af Sø- og Handelsretten anførte blandt andet nærmere, at Konrad Mickiewicz ved mail af 23. februar 2021 anførte, at han ikke forstod Fazers pressemeddelelse om at ville stoppe produktionen af Dumle-slikkepinden, og at det var i strid med, hvad der var aftalt med Baltyk. Elina Saarento beroligede ham i en mail samme dag med, at der blot var tale om et midlertidigt stop, og at Fazer fortsat ønskede at

samarbejde med Baltyk om at få produktionen af Dumle-slikkepinde i gang igen og henviste til et ikke fremlagt brev fra Fazers markedsføringsdirektør. En person ved navn Bengt fra Fazer bekræftede det, som Elina Saarento havde anført, og Konrad Mickiewicz meddelte herefter ved mail af 24. februar 2021, at han nu forstod det hele meget bedre, og at han regnede med, at produktionen kunne indledes i juni 2021, idet der dog ville være nogle tests mv. fra Fazers side.

Den 29. september 2021 sendte Fazer et advarselsbrev til Baltyk i anledning af selskabets produktion af MUMS!-slikkepinde og -karameller.

Der er for landsretten yderligere fremlagt blandt andet:

- Manufacturing Agreement mellem Cloetta og Fazer af 29. august 2008 og bilag 1 og bilag 4 hertil.
- Et af Fazer indhentet notat "Rebuttal vedr. sag mellem Fazer og Spangsberg" af 13. juli 2022 fra Epinion, med bemærkninger til den del af den kærede kendelse, som angår den undersøgelse, som Epinion har udført for Fazer, og med bemærkninger til Spangsbergs kæresvarskrift.
- Af Spangsberg indhentede bemærkninger af 27. juli 2022 fra Quantic til Epinions "Rebuttal"-notat af 13. juli 2022.
- "SPANGSBERG: kvantitativ sammenligningsundersøgelse – MUMS! og Dumle" (brugerundersøgelse) af 29. juli 2022 udarbejdet af Quantic for Spangsberg, hvori det konkluderes:

"PENETRATION

Ud af de 13 medtagne mærker har Toffifee den største årlige penetration (59%).

Daim og Sneakers er ca. lige store og har en årlig penetration på 51%. Dumle er det fjerde største mærke og har en årlige penetration på 47%.

Blandt de 13 medtagne mærker har MUMS! den mindste penetration (17%).

PARVIS SAMMENLIGNING: Antal respondenter

Ud af de 970 respondenter, er der 23%, der har svaret, at ingen af de 13 emballager ligner hinanden.

51% af respondenterne har svaret, at Dumle-Daim ligner hinanden. På de følgende to pladser kommer Twix-Hollybar (42%) og Mars-Yankee Bar (23%).

Der er kun 20%, der mener, at Dumle og MUMS! ligner hinanden.

PARVIS SAMMENLIGNING: Antal par

Respondenterne har i alt dannet 2.306 emballage par.

Dumle emballagen indgår i 30% af kombinationerne, og er dermed den emballage flest gange bliver vurderet til at ligne konkurrerende emballager.

MUMS! emballagen indgår kun i 12% af kombinationerne.

DUMLE OG MUMS LIGNER IKKE HINANDEN

Analysen viser tydeligt, at Dumle og MUMS! ikke er produkter, der i udpræget grad ligner hinanden.

Med andre ord, der er andre emballage kombination, forbrugerne i langt højere grad mener, ligner hinanden. Dumle-Daim kombinationen er den, der af flest respondenter er valgt efterfulgt af Twix-Hollybar og Mars-Yankee Bar.

Der er derfor ikke belæg for at sige, at Dumle og MUMS! i udpræget grad ligner hinanden, eller at de ligner hinanden mere end andre konkurrenter.

DUMLE ER DET MÆRKE, DER MEST LIGNER KONKURRENTERNE

Det konkluderes, at Dumle er det mærke, der indgår i det højeste antal emballagekombinationer. Dermed er Dumle det mærke, der i de fleste tilfælde bliver vurderet til at ligne én eller flere konkurrenter.

Samtidig må det også konkluderes, at MUMS! i langt mindre grad ses som en emballage, der ligner andre i forhold til Dumle.”

- “Evaluation and Assessment report” af 4. august 2022 udarbejdet af professor Jessica Aschemann-Witzel og professor Polymeros Chrysochou fra Institut for Virksomhedsledelse – MAPP – Research on Value Creation in the Food Sector, School of Business and Social Sciences, Aarhus Universitet, for Fazer, hvori det konkluderes:

“Both monadic testing and shelf tests are valid and recognized methods and have been conducted in line with our definition of these methods. Both methods cover a wide range of ways to put it into practice, and the relevant question is thus if the specific design leads to valid findings for the purpose. On this question, we assess that many findings in the studies do not allow to conclude whether or not there is a risk of confusion. The shelf test-based finding (Quantic study from 11.2.2022, question 8), is in our assessment relatively less valid for the purpose than the monadic test-based finding (Epinion study from January 2022, slides 26/27ff). The method used with blurring the images is in our assessment the closest approach that has been adopted to address the question in purpose.”

- Af Spangsberg indhentede bemærkninger af 8. august 2022 fra Quantic til “Evaluation and Assessment report” af 4. august 2022.
- Professor Jessica Aschemann-Witzels CV.
- Yderligere video visende Baltyks slikkepindsmaskine (afspillet under den mundtlige forhandling, hvor også de to videoer, der blev forevist i Sø- og Handelsretten, blev afspillet).

Fazer har oplyst, at Fazer ikke har grundlag for at gøre gældende, at der fortsat er MUMS!-produkter på markedet i den oprindelige emballage.

Fazer har endvidere erklæret sig enig med Spangsberg i, at Fazer ikke kunne hindre salget af slikkepindsmaskinen til Baltyk og ikke kan forhindre Baltyk i at anvende maskinen til at producere slikkepinde for andre end Fazer i den form, i hvilken de laves på maskinen.

Forklaringer

Michael Spangsberg, Tom Lindblad, Jesper Lykke Nielsen og Daniel Kim Søren har afgivet supplerende forklaringer.

Michael Spangsberg har forklaret blandt andet, at Nørregade-brandet har eksisteret siden 1924, og Spangsberg overtog det fra et konkursbo i 2010. Slikprodukter markedsføres, så de “passer” til branchens farvevalg for den pågældende varegruppe og forbrugernes forventninger, f.eks. anvendes grønt typisk til mintprodukter og mørkeblå til salmiaklakridsprodukter. Farven rød anvendes typisk for andet slik, herunder chokolade. Karameller produceres ved at karamelmassen koges og sættes i et varmeskab til næste dag, hvor produktet formes. Fordi karamelmasse er klæbrig, er massen svær at have med at gøre. På Baltyks maskine formes slikkepindene på en valse, hvor der stikkes en pind i karamelmassen, som herefter “bærer” produktet i den videre proces, frem til

produktet er pakket ind. Processen kan ikke stoppes undervejs. Det er varmesforskelle i chokoladen, der gør, at slikkepindene kommer til at se forskellige ud. Anlæggets konstruktion, karamelmassen og processen gør, at man ikke kan ændre slikkepindens form. Han kendte ikke til, at Fazer havde en dialog med Baltyk om at fortsætte produktionen af Dumle-slikkepindene, efter at Fazer havde annonceret, at Dumle-slikkepinden ophørte. Baltyk har andre maskiner, som producerer for forskellige konkurrerende slikproducenter. Blandt andet har Baltyk en bolchemaskine, som producerer bolcher både til Spangsberg og Fazer. Det var Konrad Mickiewicz fra Baltyk, som kontaktede ham om, hvorvidt Spangsberg var interesseret i at få produceret slikkepinde på maskinen, hvis Konrad købte den. Han fik bekræftet af Konrad, at der ikke var nogen eksklusivetsproblemer i forhold til Cloetta og Fazer, hvilket var vigtigt for Spangsberg at vide, før de gik i gang med at designe MUMS!. Designprocessen tog som normalt 3-4 måneder. Konrad sagde, da han spurgte hertil, at Fazer ikke ville købe anlægget og heller ikke bruge det til at producere Dumle-slikkepinden. Baggrunden for Konrads henvendelse til Spangsberg var, at Konrad havde behov for sikkerhed for afsætning for at have råd til at købe maskinen. På et tidspunkt var der drøftelser om, hvorvidt Spangsberg skulle medfinansiere købet af maskinen. Fazers pressemeddelelse om ophør af Dumle-slikkepinden tog han som udtryk for, at Fazer havde besluttet at udfase produktet som følge af manglende indtjening. Man ser på den måde nogle gange, at "gamle" kendte mærker oplever svigtende salg. Den efterfølgende "hype" omkring Dumle-slikkepindens ophør var ikke årsag til, at Spangsberg gik på markedet med MUMS!. Han havde tiltro til MUMS!-produkterne, for der var en god plan for markedsføring med blandt andet en film med Bodil Jørgensen. Filmen blev dog stoppet, da Fazer henvendte sig til Spangsberg i august 2021. Spangsberg ønskede med MUMS!-produkterne at henvende sig til en yngre målgruppe, end brandet SPANGSBERG i øvrigt henvender sig til. Der er en lang tradition for, at Fazer og Spangsberg får produceret karameller på den samme maskine. Som følge af forbudsbegæringen har Spangsberg, som jo er en mindre virksomhed, droslet ned på markedsføringen af MUMS!-produkterne af frygt for at tabe sagen. Han kan konstatere, at kunderne af den grund går tilbage til Fazer. De estimerer, Spangsberg har fremlagt, er et realistisk bud på omsætningen, hvis ikke selskabet var blevet mødt af forbudsbegæringen. MUMS! var til stede i alle butikskæder i Danmark. Salget ville efter hans opfattelse være steget, hvis de som planlagt var gået ind på andre markeder og havde haft en intensiv markedsføring. Spangsberg har ikke haft noget med ICAs omtale af Dumle og MUMS! at gøre.

Tom Lindblad har forklaret blandt andet, at han, siden han afgav forklaring i Sø- og Handelsretten, har undersøgt spørgsmålet om beskyttelse af Fazers IPR i forhold til Baltyk og har fundet ud af, at alle Dumle-produkter var omfattet af NDA'en, uanset at de ikke er omtalt i aftalen. Selvfølgelig kan man ikke forbyde maskinens ejer, Baltyk, at bruge den, men produktet skulle adskille sig fra

Dumles produkt, og Baltyk måtte ikke anvende samme opskrift, da den er beskyttet. Der er mange muligheder for, at MUMS!-slikkepinden kunne adskille sig fra Dumle-slikkepinden, eksempelvis både ved ændring af form og smag, og den kunne også undlade at have en klips på emballagen. Det er svært at sige, om Dumle-slikkepinden ville være blevet taget af markedet, hvis maskinen ikke var blevet solgt til Baltyk. Fazer vidste ikke, om Baltyk kunne producere slikkepinden, efter at maskinen var blevet flyttet. Der var forskellige drøftelser og overvejelser om alternativer, men Fazer ville helst benytte den hidtidige maskine. Man kan, uanset Konrad Mickiewicz' forklaring, efter hans opfattelse godt ændre slikkepindens form på slikkepindsmaskinen, for det kan man altid på den slags maskiner. Han baserer denne vurdering på sin viden om vanlig praksis og de fremlagte fotos af maskinen. Det er muligt, at det vil være besværligt og dyrt, men det ville være meget mærkeligt, hvis det ikke kunne lade sig gøre. Han kan dog ikke sige det med sikkerhed. Det er nok rigtigt, at maskinen aldrig (før MUMS!-produktionen) har produceret andet end Dumle-slikkepinde. Dumle er et stort mærke, og der sælges forskellige andre produkter under Dumle-brandet end slikkepinde og karameller. Slikkepinden er blevet solgt i mange lande, men de nordiske lande er de primære aftagere. Dumle-pakningernes kendetegn er ikke stjernerne, men det samlede indtryk. Fazers globale omsætning på konfektur er årligt på ca. 353 mio. euro. Omsætningen på Dumle-slikkepinden var i 2020 ikke så stor som sædvanligt, og der var overvejelser om, hvorvidt produktionen skulle indstilles.

Jesper Lykke Nielsen har forklaret blandt andet, at en række af de virkemidler, som Dumle-emballagen/den uemballerede slikkepind benytter, er distinkte. Han er uenig i Quantics analyse og kritik af Epinions undersøgelser og mener også, at Sø- og Handelsretten lægger for meget vægt på denne analyse, jf. nærmere "Rebuttal"-notatet af 13. juli 2022, som han kan vedstå. Validiteten af en hyldetest er for lav, hvis man skal relatere resultaterne til den "virkelige verden". I et supermarked er der en række andre forhold, som influerer på forbrugers valg, end ved den præsentation af fotos af produkter, som Quantics analyse benytter. Købsbeslutningen i en butik er impulsdrevet. Det er derfor fejlagtigt at tildele respondenterne en konkret opgave i form af at identificere slikmærker, og den meget høje grad af identifikation tyder ganske enkelt på, at testen var for nem. En nomadisk test indebærer, at respondenterne inddeles i tilfældige grupper, som hver kun skal vurdere ét produkt. Det er en almindeligt udbredt testform, som typisk anvendes ved test af forskellige design. Fordelen er, at testen er simpel, og at man fjerner en masse bias. Ulempen er, at der skal bruges en stor testgruppe. Han er uenig med Quantic i, at denne testtype ikke kan bruges i en sammenhæng som denne. Den – også af Quantic kritiserede – sløring af brandnavnet i den første test er hensigtsmæssig, fordi den afspejler det kaotiske miljø i butikken, hvor man ikke nødvendigvis ser brandnavnet i valgsituationen. Han er uenig i, at data viser, at der skulle være et "fælles sprog" for chokolade og karameller. Det bygger han på undersøgelsen, hvor

respondenterne netop kun nævner Dumle, når de præsenteres for MUMS!. Var der et fælles sprog, ville respondenterne også nævne andre brands. Varens egen form kan godt være en oprindelsesmarkør, og mange tror jo faktisk, at den uemballerede slikkepind er et Dumle-produkt. Der er ikke noget galt med at spørge, hvem man tror har produceret designet. Der har ikke været nogen "priming" i Epinions test, hvor forbrugerne har været præsenteret for mærkerne Dumle eller Fazer, før de har svaret på "deres" spørgsmål. Det er en af styrkerne ved undersøgelsen. Når noget skal "fortolkes med forsigtighed", som det fremgår af professor Jessica Aschemann-Witzel erklæring, skal man efter hans opfattelse ikke "støtte ret på det". Det var hans forslag, at Fazer skulle tage kontakt til Jessica Aschemann-Witzel, da hun arbejder på et meget anerkendt forskningsinstitut, som beskæftiger sig med undersøgelser som dem, der her er tale om. At hun har arbejdet med fødevarer og forbrugeradfærd, diskvalificerer hende bestemt ikke. Han definerer impuls køb som et køb, der ikke er planlagt hjemmefra. Impuls køb kan godt være velovervejede. Et impuls køb indebærer ikke nødvendigvis, at forbrugeren køber det første og bedste produkt, men kan både være rettet mod et bestemt brand eller blot en bestemt sliktype. Nogle forbrugere er indrestyrede, mens andre er styret af ydre stimuli. Han ved ikke, om der er brandgenkendelse på toiletpapir, men vil tro, at der er enkelte stærke brands. Han ved ikke, i hvilket omfang lagret erfaring om smag mv. styrer køb af slik, men kan forestille sig, at det er tilfældet for nogle forbrugeres vedkommende. Ved det uhjulpne spørgsmål om mærker, er Dumles kendskabsprocent på 7 %. Det er ikke nødvendigvis et lille tal, da det kan have at gøre med, hvad der er "top of mind" hos respondenterne, eller at folk generelt er "dovne" og stopper efter angivelse af et vist antal mærker. Ved de hjulpne spørgsmål er kendskabsgraden på 83 %. Det er ofte helhedsindtrykket, der styrer genkendeligheden af et mærke, så på det foreliggende grundlag kan han ikke udtale sig om, hvorvidt genkendelsen primært skyldes grafikken eller formen på produktet. Han vil tro, at grafikken styrer meget. Varemærker betyder meget i slikverdenen, og navnet er et vigtigt associeringselement og dermed en væsentlig differentieringsfaktor. Det er dog ikke en fejl, at de har undladt mærkerne i den første undersøgelse – for det er som nævnt en måde at tage højde for den "støj"/kaos, der er i en købsituation. I købsituationen vil der dog altid være mere end to slikprodukter at vælge imellem. Han kan ikke forklare, hvorfor forbrugerne i Quantics nye undersøgelse er mere tilbøjeligt til at forveksle Dumle med Daim end Dumle med MUMS!. Han har ikke studeret den nye undersøgelse fra Quantic nærmere. Han har ikke tidligere arbejdet sammen med Jessica Aschemann-Witzel og hendes institut. Han ved ikke, om hun har beskæftiget sig med branding, men vil gå ud fra det. Han mener ikke, at der er lavet et spørgsmål om, hvorvidt respondenterne ser karamelslikkepinden som en oprindelsesmarkør for Dumle.

Daniel Kim Soren har forklaret blandt andet, at det, som også anført i hans seneste notat med bemærkninger af 27. juli 2022, er forkert at antage, at forbru-

gernes impuls køb er tilfældige, som hævdet i Epinions "Rebuttal-notat" af 13. juli 2022. Impuls køb betyder blot, at købsbeslutningen er "rykket til hylden". Det betyder ikke, at forbrugerne ikke har deres præferencer og loyalitet, når valget tages. Slikprodukter købes nemlig ikke tilfældigt, for slikvalg siger meget om forbrugerens identitet. Der skal derfor meget til at skabe en risiko for forveksling med de kendte mærker. Varemærket betyder i den sammenhæng rigtig meget. Der er kategorier, hvor det nærmest er umuligt at flytte forbrugerne, fordi de er så brandloyale, eksempelvis ved cola-brands. Loyaliteten er givetvis mindre på dagligvarer som mælk og toiletpapir. Den seneste erklæring fra Aarhus Universitet er afgivet af et institut, han aldrig har hørt om i de 25 år, han har beskæftiget sig med branding i Danmark. Han har slået instituttet op på internettet og kunne der se, at det beskæftigede sig med landbrugsprodukter og madspild. Forskning i ændring af forbrugeradfærd på det grønne område har meget lidt at gøre med undersøgelse af brands betydning. Professor Jessica Aschemann-Witzels kritik af, at der i Quantics analyse mangler oplysninger om pris, butiksinretning etc., er han ikke enig i. Quantics test forsøger at etablere den valgsituation, som forbrugeren oplever i butikken, modsat den monadiske test, der har et langt mindre udfaldsrum, fordi der kun analyseres ét enkelt element. Den monadiske test sammenligner "æbler med pærer", da et stort mærke med en længere historie altid vil klare sig bedre end et yngre mærke. Derfra kan man dog ikke slutte, at der er risiko for forveksling. I dag bruges monadiske test til finjustering ved udvikling af emballagedesigns. I Quantics test rammer respondenterne korrekt i ca. 97% af tilfældene. Epinions kritik af, at testen er for "let", er ikke rigtig, da testen svarer til, hvad forbrugerne gør i supermarkedet, nemlig at vælge det rigtige produkt på hylden. At den uhjulpne kendskabsgrad af Dumle er på 7 %, og den hjulpne er væsentlig højere, mener han skyldes, at Dumle er et meget gammelt mærke, og at den kollektive hukommelse spiller ind. Den kollektive hukommelse indebærer, at det bedst kendte mærke altid vil ligge først for, når der svares uhjulpent. Den seneste undersøgelse af 27. juli 2022 fra Quantic er udarbejdet for at vise, hvad der sker, når man sammenligner flere produkter, og den viser, at der er begrænset risiko for forveksling mellem Dumle og MUMS!, og at forvekslingsrisikoen er betydeligt større mellem Dumle og andre produkter, herunder Dumle og Daim. Testen afspejler selvsagt ikke valgsituationen i supermarkedet mellem mange forskellige produkter, men kan dog sige noget om forvekslingsrisikoen også i supermarkedet. Undersøgelserne i sagen belyser ikke, i hvilket omfang formen på slikkepinden (med/uden indpakning) og karamelposen henholdsvis grafikken har betydning for en forvekslingsrisiko. Det er for ham at se meget svært at adskille disse faktorer. Han vil personligt nok altid antage, at emballagen – som kan formes friere – er mest afgørende, da det er den, forbrugeren ser i købsituationen. Den største risiko for forveksling opstår, hvis varemærker (navne) ligner hinanden. Quantics planche i det spørgsmål, som udgør en "hylde-test", svarer ikke nøjagtigt til, hvordan en hylde i et supermarked ser ud, men hylde-testen har udvalgt de produkter, der er i samme slikkategori, og som også ofte

vil stå sammen i supermarkedet. Efter hans opfattelse vil respondenterne have samme grad af opmærksomhed ved besvarelse af spørgsmålet som i en købsituation. Forbrugeren vil typisk have op mod 20 sekunder eller mere til at træffe valg ved kassen. Quantic har selv foretaget målinger heraf ved at observere forbrugere i supermarkedet. Quantic har målt sig frem til respondenternes samlede tid for besvarelse af spørgsmålene, så tidsangivelserne på 5-5,8 sekunder for hvert enkelt spørgsmål er en teoretisk beregning. De 63 %, der svarer "Dumle", når de vises slikkepinden uden emballage, er udtryk for, at der er mange, der associerer til Dumle ved den pågældende slikkepind. Quantic har ikke undersøgt forbrugeradfærd i forhold til uindpakkede slikkepind. De har heller ikke testet på den enkeltindpakkede slikkepind eller MUMS! første design.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Fazer har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af selskabernes sammenfattende processkrift af 3. august 2022 og supplerende processkrift af 5. august 2022, gældende (henvisninger til ekstrakt, materialesamling og bilag bortset fra til bilag, som er nævnt i påstandene, er udeladt):

Sammenfattende processkrift

"2 Sagen er principiel

Twisten i denne sag – og ikke mindst Kendelsen – rejser flere principielle juridiske spørgsmål. Kendelsen indfører således eksempelvis et ekstra og nyt krav for at opnå produktefterligningsbeskyttelse efter markedsføringsloven. Det sker ved, at der ved afvisningen af produktefterligningsbeskyttelse lægges vægt på elementer, der ikke tidligere har haft indflydelse på tilsvarende sager, og som derfor – hvis Kendelsen stadfæstes – vil ændre fundamentalt på vurderingen af og praksis om produktefterligninger i strid med markedsføringsloven. Det er derfor væsentligt, at Landsretten i sin afgørelse er særligt opmærksom på, hvilke implikationer afgørelsen har ikke blot i den konkrete sag, men også for fremtidige sager.

Hovedspørgsmålet i sagen er for så vidt simpelt: udgør Spangsbergs produktion, markedsføring og salg med mere af en række emballager og et enkelt produkt (en slikkepind) en overtrædelse af Fazers rettigheder i medfør af markedsføringsloven og for slikkepindens vedkommende tillige i medfør af varemærkeloven, og kan adfærden derfor forbydes ved et midlertidigt forbud, jf. retsplejelovens kapitel 40?

Denne kære skyldes, at Sø- og Handelsretten ikke har anvendt de varemærkeretlige og markedsføringsretlige regler i overensstemmelse med lovens ord og retspraksis i relation til slikkepinden. Sø- og Handelsretten har endvidere ikke foretaget en korrekt markedsføringsretlig vurdering af relevante ligheder og forskelle mellem de omstridte em-

ballager i lyset af de for Sø- og Handelsretten præsenterede beviser. Sø- og Handelsretten har derved ikke truffet en korrekt afgørelse.

...

I sagen er fremlagt en betydelig mængde bilag, der blandt andet viser helt andre produkter, end dem, som sagen reelt drejer sig om, og som efter Fazers opfattelse alene bidrager til at forplumre sagen. Derfor opfordres Landsretten til – før der dykkes ned i sagens detaljer – at se på sagens omstændigheder fra 'helikopteren' og generelt have sagens overordnede omstændigheder i erindring. Målestokken, som sagen skal afgøres efter, er standarden "god markedsføringsskik". Konkret kan man stille følgende tre banale spørgsmål:

1. Hvis ikke Spangsbergs mål var at ligne Dumle Produkterne, ville MUMS! Produkterne så se ud, som de gør?

Svaret er oplagt nej: Med de betydelige valgmuligheder, som Spangsberg havde i forbindelse med sit design både af slikkepinden og af emballagen, er det helt usandsynligt, at nå det resultat uden, at Dumle har været det klare og bevidst valgte forbillede. Dette illustreres tydeligt af de mange bilag, som Spangsberg selv har fremlagt af ikke-lignende slikkepinde og produktemballager. Der er med andre ord tale om en tilstræbt efterligning.

2. Er der nogen grund til, at produkterne skal ligne hinanden, udover at Spangsberg har en kommerciel fordel heraf?

Igen er svaret oplagt nej: Uanset om forbrugerne konkret forveksler produkterne og tager decideret fejl af produkterne, er det indlysende, at Spangsberg har en forventning om at maksimere sit salg ved at kunderne associerer MUMS! Produkterne med Dumle Produkterne.

3. Endelig: Kan denne fordel opnås, uden at det sker på bekostning af Fazers salg mv.?

Igen er svaret et klart nej. Spangsbergs adfærd udgør således det, der kaldes snyltning.

En sådan adfærd bør Landsretten forbyde.

...

5 Landsretten skal se bort fra irrelevante forhold rejst af Spangsberg

Spangsberg har præsenteret en række forhold, som påstås at være afgørende for Fazers rettigheder til Dumle slikkepinden og Spangsbergs krænkende adfærd, henholdsvis krænkelse heraf. Det kan endvidere

konstateres, at Sø- og Handelsretten tilsyneladende har tillagt nogle af disse forhold afgørende vægt i Kendelsen.

Efter Fazers opfattelse er der tale om forhold, der ikke har nogen relevans for sagen og derfor ikke burde være inddraget i vurderingen. Det redegøres der for i det følgende.

5.1 Det forhold, at Fazer ikke har "rettigheder til maskinen", er uden betydning for slikkepindens beskyttelse

Spangsberg hævder, at Fazer ikke har (markedsføringsretlige) rettigheder til Dumle slikkepinden, fordi Fazer ikke har "rettigheder til maskinen", som den produceres på. Fazer bestrider, at rettigheder til et konkret produktionsapparat overhovedet er relevant for den markedsføringsretlige produktefterligningsbeskyttelse.

Overraskende begrundede Sø- og Handelsretten imidlertid netop sin konklusion om, at Fazer ikke har rettigheder til Dumle-slikkepinden, med, at Fazer ikke har rettigheder til den maskine, hvor såvel Dumle som MUMS!-slikkepinden bliver produceret:

"Da Dumle-slikkepindens form er en konsekvens af produktion på en maskine, som Fazer ikke har nogen rettigheder til, og hvorfra der frit kan sælges produkter til andre, finder retten ikke, at Dumle-slikkepinden uden emballage nyder beskyttelse mod produktefterligninger, jf. markedsføringslovens § 3."

Denne del af Kendelsen er principiel og en af de bærende årsager til Fazers kære. Det er så vidt ses første gang, at en dansk domstol konkluderer, at en virksomheds produkt ikke nyder beskyttelse efter markedsføringsloven til trods for, at produktet i ganske høj grad er kendt og forbundet med den pågældende virksomhed, og at dette begrundes med, at virksomheden ikke kontrollerer et bestemt produktionsapparat. Fazer gør gældende, at den konklusion er forkert. Markedsposition i markedsføringslovens forstand skal vurderes alene på basis af produktets meritter på markedet. Dumle slikkepindens form er velkendt og associeret med Dumle uanset ejerskabet til maskinen.

Konsekvensen af denne del af Kendelsen er ganske vidtgående. Den betyder nemlig, at en rettighedshaver, der ikke har rettigheder til eller kontrol over den maskine, som en given krænker benytter til produktion af sine krænkende produkter, slet ikke nyder en markedsføringsretlig beskyttelse mod produktefterligninger. Dette er i praksis den typisk forekommende situation. Dette er en fejlslutning fra Sø- og Handelsrettens side og vil, hvis synspunktet opretholdes af Landsretten, være udtryk for en nyskabelse i dansk ret med helt uoverskuelige konsekvenser.

Den maskine, der nu producerer såvel Dumle som MUMS! slikkepinden, blev i 2021 solgt af ejeren Cloetta til Baltyk. Allerede da det stod klart, at Cloetta agtede at sælge maskinlinjen til Baltyk, startede Baltyk og Fazer dialog om produktion af Dumle slikkepinden, jf. e-mail af 16. december 2020 fra Fazer til Baltyk. Denne dialog fortsatte gennem 2021, jf. også nedenfor afsnit 5.5. Resultatet blev en aftale om, at Baltyk skal

producere Dumle slikkepinden for Fazer, hvilket også er sket siden januar 2022.

Landsretten kan og bør lægge følgende til grund:

- Fazer ejede ikke maskinen, og Fazer kunne derfor i sagens natur ikke forhindre, at Cloetta solgte denne til Baltyk.
- Fazer købte ikke maskinen, blandt andet fordi den var nedslidt, og fordi der var tvivl om, hvorvidt den kunne klare en flytning. Kendelsen forudsætter imidlertid, at Fazer skulle have købt maskinen uanset denne risiko, hvilket ikke kan være retstilstanden.
- Selv hvis Fazer havde købt maskinen, ville denne handling i sig selv have været utjenlig til at forhindre et kopiproduct; der kunne uden problemer være lavet en anden maskine, der producerede en identisk slikkepind. Med andre ord: køb af maskinen ville ikke hindre, at Spangsberg på en anden maskine fik produceret identiske – og krænkende – slikkepinde, og der er derfor ingen logik i, at Kendelsen pålægger særlige krav til Fazer i forhold til den pågældende maskine.
- Det er fejlagtigt, når det anføres, at maskinen ikke havde anden anvendelse end fremstilling af 'krænkende produkter'. Selv hvis det lægges til grund, at produkternes udseende var dikteret af maskinen, kunne produkterne uden problemer være solgt på andre markeder, end dem, hvor Fazers produkter er særligt indarbejdede og beskyttede mod efterligninger, eksempelvis i Polen, hvor maskinen står.
- Fazer kan – og kunne ikke – forhindre, at maskinen anvendes til produktion for andre.
- Endelig er maskinens tekniske indretning ikke bestemmende for selve designet/"udsmykningen", hverken af selve slikkepinden eller den pose, som slikkepindene sælges i. Maskinens tekniske funktion er derfor ikke til hinder for, at Spangsberg kunne have valgt andre farver og et andet design af både indpakningen af de enkelte MUMS! slikkepinde og af MUMS! slikkepindsposen. Om selve slikkepinden bemærkes, at det uden videre tillige er teknisk muligt at producere slikkepinde med en anden pind end den af Spangsberg anvendte – identiske – "træpind". Endvidere er der ingen tekniske hindringer for at producere slikkepinde med andre smagsvariationer og dermed farver, såsom eksempelvis lakrids- eller frugtsmag. Alle farver og smagsvariationer er mulige at producere på maskinlinjen.

5.2 Fazer har på helt sædvanlig vis sikret sine rettigheder – både i forhold til Cloetta og i forhold til Baltyk

I forlængelse af argumenterne om manglende rettigheder til maskine, påstår Spangsberg tilsyneladende fortsat og videre, at der mangler kontraktuelle bindinger mellem Fazer og Cloetta/Baltyk. Det er fortsat Fazers opfattelse, at også det forhold er uden relevans for sagen, men påstanden er tillige forkert.

Der har stedse såvel mellem Fazer og Cloetta som mellem Fazer og Baltyk eksisteret helt sædvanlige produktionsaftaler med helt sædvan-

lige IP- og konkurrenceklausuler. Aftalerne er håndhævet på helt sædvanlig vis, både Fazer og henholdsvis Cloetta og Baltyk har anset sig for bundet af aftalerne, og den beskyttelse, der ligger i de respektive aftaler, er ikke bortfaldet ved Cloettas salg af slikkepinds-maskinen.

Fazer- Baltyk:

Fazer har i forhold til Baltyk og på sædvanlig vis sikret sine rettigheder til varemærker, design og øvrige distinktive elementer af produkterne (i det omfang de ikke allerede måtte være beskyttet under gældende ret), herunder Dumle slikkepindens form. Det har stedse været Fazers opfattelse, at dette fulgte af den mellem parterne siden 2016 eksisterende Manufacturing Agreement, men for at undgå tvivl, er dette sidenhen bekræftet i et tillæg til aftalen. Således har Fazer og Baltyk indgået en aftale i form af et "Amendment #2 to manufacturing agreement". Det fremgår, at samtlige Dumle produkter er omfattet af aftalen. Aftalen forpligter parterne, og etablerer ikke nogen form for vilkår, som tredje-mand – herunder Spangsberg – kan støtte ret på.

Konrad Mickiewicz bekræftede da også i Sø- og Handelsretten, at "*produktionsaftalen mellem Fazer og Baltyk fra den 7. april 2016 og senere tillæg også dækker Dumle.*"

Fazer reagerede i øvrigt prompte overfor Baltyk, da man erfarede, at MUMS! Produkterne var på markedet. Der henvises til brev af 29. september 2021 fra Fazer til Baltyk.

Fazer-Cloetta:

Der henvises til den Manufacturing Agreement, som i 2008 blev indgået mellem Cloetta og Fazer "*regarding manufacturing certain Fazer products*". Som det fremgår af kontraktens bestemmelse om IP ("*Section 5 Industrial and Intellectual Property Rights*", er der mellem Fazer og Cloetta en en-tydig aftale om, at alle rettigheder tilhører Fazer, og at Cloetta ikke må benytte Fazers rettigheder på anden vis end til at opfylde sine forpligtelser overfor Fazer i henhold til aftalen.

Det fremgår videre af kontraktens punkt 21 ("*Non-compete*", at Cloetta påtog sig en konkurrenceklausul, hvorefter Cloetta ikke må "*deliver or sell the Products (or any materials including Fazer's Industrial and Intellectual Property Rights) to any other party than Fazer or a company within the Fazer group or as specifically instructed by Fazer in writing [...]*".

Endelig fremgår det af kontraktens punkt 19.4 ("*Effect on Warranties etc of Termination and Surviving Clauses*". at såvel bestemmelserne om "*Industrial and Intellectual Property Rights*" som "*the obligations of non-competition [...]*" fortsat er gældende efter aftalens udløb eller opsigelse.

Det fremgår af aftalens Exhibit 1 og Exhibit 4(1), at aftalen omfatter Dumle-slikkepinden.

Det er således forkert, som af Spangsberg anført i kæresvarskriftet side 6 øverst, at "*Fazer [ikke] har sikret sig en sådan konkurrenceklausul eller gjort andre kontraktuelle bindinger gældende overfor Cloetta [...]*". Fazer har, som

det fremgår af ovenstående, betjent sig af en helt sædvanlig konkurrenceklausul i forhold til Cloetta.

Samme sted i kæresvarskriftet anfører Spangsberg videre følgende:

"Fazer har end ikke søgt at håndhæve eventuelle rettigheder overfor den polske producent, som har købt maskinen, selvom de blev orienteret om salget. Historikken omkring ejerforholdet ændrer ikke på, at Fazer kunne have varetaget sine interesser med en konkurrenceklausul."

Dertil bemærkes for det første, at det ikke er den polske producent, der krænker Fazers rettigheder, men Spangsberg. Fazer havde ingen mulighed for, at pålægge Baltyk en produktionsbegrænsning, al den stund, at Fazer i sagens natur ikke havde nogen aftale med Baltyk om maskinen, da Baltyk købte denne. Der kan i øvrigt på den pågældende slikkepindsmaskine produceres fuldt ud lovlige produkter til andre kunder end Fazer, som ikke krænker, eksempelvis til salg på markeder, hvor Fazer ikke har rettigheder. Det henstår i det uvisse, hvilken form for konkurrenceklausul, der ifølge Spangsberg skulle have været anvendt, for at Fazer kunne have "varetaget sine interesser" og forhindret Spangsbergs retsstridige ageren på det danske marked.

5.3 Fazer har ikke opgivet opskriften på Dumle slikkepinden

Opskriften på Dumle slikkepinden er og har stedse været Fazers forretningshemmelighed, og denne er ikke overdraget – hverken til Cloetta eller til Baltyk. Baltyks produktion for andre end Fazer, eksempelvis Spangsberg, er således baseret på andre opskrifter.

Opskriften til Dumle slikkepinden er omfattet af den rettighedssikring, som parterne har været forpligtet af siden produktionsaftalen fra 2016, og som nu er blevet bekræftet i form af tillægget "Amendment #2 to manufacturing agreement".

Både Tom Lindblad og Konrad Mickiewicz forklarede da også i Sø- og Handelsretten, at Dumle opskriften tilhører Fazer.

Landsretten kan derfor lægge til grund – som også fastslået af Sø- og Handelsretten i dennes præmisser – at opskriften på slikkepinden ikke er i spil i denne sag.

5.4 Fazers midlertidige ophør med produktion og markedsføring af Dumle slikkepinden er uden betydning

Sø- og Handelsretten bemærker i Kendelsen følgende:

"Retten bemærker endvidere i forhold til MUMS!-slikkepinden, at denne blev lanceret på det danske marked, efter Fazer havde meddelt markedet, at salget af Dumle-slikkepinden ville ophøre."

Dette er imidlertid ikke en retvisende gengivelse af Fazers meddelelse til markedet. Det blev for det første udtrykkeligt tilkendegivet til pressen, at man arbejdede med planer om at kunne producere slikkepindene igen, jf. Fazers pressemeddelelse. For det andet var Fazers ophør med salg af Dumle slikkepinden *de facto* alene kortvarigt og midlertidigt.

Selv hvis det lægges til grund, at der skete et midlertidig ophør af salget, betyder dette ikke, at Fazers beskyttelse efter markedsføringsloven dermed forsvinder. ...

Dette understøttes af den 'Brand recognition' markedsundersøgelse, der blev foretaget i december 2021, hvor mere end 2/3 af de adspurgte associerede såvel MUMS! som Dumle slikkepinden med Dumle, til trods for at Dumle slikkepinden, da undersøgelsen blev foretaget, ikke havde været på markedet i cirka et halvt år.

Endvidere burde der være lagt vægt på den særlige beskyttelsesværdige interesse, som Fazer har, idet Dumle karamellerne og dermed Dumle-brandet hele tiden har været på markedet – også mens slikkepinden ikke var på markedet - hvorved MUMS! produkterne har haft en særlig negativ påvirkning af Fazers fortsatte forretning.

...

5.5 Dumle slikkepinden relanceres, og det sker *ikke* for at styrke Fazers position i denne sag

...

Som yderligere dokumentation henvises til følgende to bilag i sagen:

(i) E-mailkorrespondance af 23.-24. februar 2021 mellem Elina Saarento, Senior Manager, Group Procurement, Fazer, og Konrad Mickiewicz, Baltyk. Som det fremgår heraf, skriver Fazer i umiddelbar forlængelse af sin pressemeddelelse om, at man ophører med at producere Dumle slikkepinden, at ophøret er midlertidigt, og at pressemeddelelsen netop giver udtryk herfor:

"In the texts you can read that "We will continue our efforts to develop and find a way to produce a lollipop again in the future, Anne Repo continues."

We are prepared to make a happy re-launch for the Dumle lollipop as soon as we can have it from your factory and will work hard to get all listings and volumes back to the product."

(ii) Noter fra et månedligt møde mellem Baltyk og Fazer afholdt den 27. april 2021 og sendt af Fazer til Baltyk den 4. maj 2021. På dette tidspunkt havde Baltyk erhvervet slikkepindsmaskinlinjen, og om relanceringen står der følgende:

"Fazer Launch timetable

- *Marketing is planning a re-launch campaign for the lollipop. All markets are really looking forward to having the lollipop back.*
- *Due to extremely long launch timetable in FIN & other Nordic countries, the launch can happen earliest 2022. For FIN Jan/2022 is unfortunately already not possible, since product/ packages/product info need to be ready by the end of May."*

Dette blev tillige bekræftet af både Tom Lindblad og Konrad Mickiewicz under deres forklaringer for Sø- og Handelsretten.

...

6.1.3 Retten skal foretage en helhedsbedømmelse af emballagen ved vurderingen af særpræg og markedsposition, og der findes ikke et fællessprog på markedet

Sø- og Handelsretten fastslog om Dumle-produkternes emballage samlet set følgende:

"Både for så vidt angår format og væsentlige virkemidler, gør Dumle-produkterne brug af et fællessprog på markedet for karameller og chokolade. Det gælder for anvendelsen af farveskemaet med mørkeblå, rød, orange og gul, hvide konturer omkring produktnavnet og brugen af et billede af produktet og en overskåren karamel, samt emballagens dimensioner. De dominerende elementer, som ikke er en del af markedets fællessprog, udgøres således af varemærkerne Fazer og Dumle, som er skråtstillet midtpå, af stjernesked, der omkranser varemærkerne, og af den røde baggrundsfarves udformning som et blad på den mørkeblå baggrund."

Og videre fremgår det af præmisserne, at sådanne "elementer, der er en del af markedets fællessprog" kan Fazer ikke "hævde eneret til".

Ræsonnementet beror på en fejlslutning i den forstand, at det er korrekt, at der ikke kan hævdes eneret til *de enkelte elementer*, hvilket Fazer da heller ikke gør. Fazer hævder derimod at have en beskyttelsesværdig markedsposition på baggrund af den særprægede *sammensætning* af de enkelte designelementer, som man har benyttet i flere årtier.

...

Den i dette afsnit citerede passus fra Sø- og Handelsrettens præmisser, der beskriver, at der skulle gælde et "*fællessprog på markedet for karameller og chokolade*", er endvidere under alle omstændigheder faktisk forkert, og det er vanskeligt at se, hvordan den konklusion er nået på baggrund af sagens bevisførelse. Hverken farveskemaet eller emballagens dimensioner er gængse. Tværtimod er der i sagen dokumentation for, at Dumle og MUMS! er de eneste produkter på markedet, der gør brug af det beskrevne farveskema og den beskrevne emballageform og -type. Et sådant fællessprog afkræftes således på baggrund af Epinions data, se Epinions notat side 5 :

"Konklusionen om, at Dumle-produkterne gør brug af et fællessprog i markedet, afkræftes i Epinions forbrugerdata. Hvis der var tale om et fællessprog, skulle man forvente, at 1) en lang række brands blev associeret med fx Dumles eller MUMS!-produkter, og 2) at forbrugerne ikke var i stand til at genkende Dumles produkter."

I nedenstående graf ses det fx, at 53% af forbrugerne synes, at MUMS!'s pose med slikkepinde ligner Dumles. Således mener forbrugerne i overvejende grad, at MUMS!-produkternes samlede udtryk ligner Dumles. Andre brands nævnes kun i meget ringe grad. Med andre ord er det netop ik-

ke et bredt udvalg af brands, som forbrugerne tænker på, men derimod hovedsageligt Dumle, når de ser MUMS!-produkterne.”

Fraværet af et fællessprog behandles endvidere nærmere i afsnit 7.6.4-7.6.5 nedenfor.

Sø- og Handelsrettens udsagn, der alene vedrører selve karamelposen, danner dernæst afsæt for den følgende præmis, hvor retten fastslår, at alle Dumle-produkternes emballage udgøres af elementer, der er en del af markedets fællessprog, som Fazer ikke kan hævde eneret til. En urigtig antagelse om karamelemballagen udstrækkes altså uden videre som begrundelse for, at også dette gælder for emballage af slikkepinde, herunder slikkepindsposen og slikkepindskassen. Heller ikke for denne produktkategori gælder et fællessprog, hverken for farver eller for emballagens dimensioner. Særligt Fazers slikkepindspose er helt unik og den eneste på markedet af sin art - før Spangsberg lancerede MUMS!-slikkepinden.

Samlet set gøres det på baggrund af ovenstående gældende, at Dumle Produkterne er velkendte og ikoniske og har en betydelig – og beskyttelsesværdig – markedsposition, både samlet set og hver for sig.

6.2 Dumle slikkepindens form er særpræget og udgør tillige et varemærke

Fazer gør gældende, at Dumle slikkepindens form er særpræget og har en betydelig markedsposition, og at selve formen på slikkepinden, som vist i bilag 9, er beskyttet mod produktefterligninger. Formen har opnået ikonstatus på det danske marked. Dette skyldes den særegne ovale form af slikkepinden, den ru overflade samt den brune papirspind, som begge giver et rustikt og håndlavet udtryk, der adskiller sig markant fra alle andre slikkepinde på det danske marked forud for lanceringen af MUMS! slikkepinden i bilag 5. Dertil kommer, at slikkepinden er blevet markedsført og solgt i mere end 60 år, og dette i et betydeligt omfang, jf. På den baggrund gøres det gældende, at udformningen af slikkepinden i bilag 9 har særpræg og nyder den beskyttelse mod produktefterligninger, der gælder i medfør af markedsføringslovens § 3, stk. 1. Det understøttes tillige af Epinions markedsundersøgelser, jf. nærmere nedenfor afsnit 6.2.2.2. Den manglende relevans for denne beskyttelse af eventuelle manglende rettigheder til produktionsapparatet er der redgjort for ovenfor i afsnit 5.1-5.2.

...

Det gøres endvidere gældende, at Dumle slikkepindens form, som vist i bilag 9, udgør et varemærke stiftet ved ibrugtagning, jf. varemærkeloven § 3, stk. 1, nr. 3. Herom konkluderede Sø- og Handelsretten følgende:

”Fazer har solgt og markedsført Dumle-produkterne i Danmark siden 1987. Der er imidlertid ikke fremlagt dokumentation for, at Fazer har anvendt Dumleslikkepindens form (bilag 9) som varemærke, eller i øvrigt har markedsført Dumle-slikkepinden uden emballage. Retten finder det herefter ikke sandsynliggjort, at Fazer har stiftet en varemærke- eller kende-

tegnret til selve formen på Dumle-slikkepinden, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3 og markedsføringslovens § 22." (vores understregning)

Sø- og Handelsrettens konklusion om, at slikkepinden ikke nyder varemærke- eller kendetegnsretlig beskyttelse hviler altså – og udelukkende – på det faktum, at der ikke er fremlagt dokumentation for, at Fazer har anvendt Dumle-slikkepindens form som varemærke, eller i øvrigt har markedsført Dumle-slikkepinden uden emballage. Herved begår Sø- og Handelsretten en juridisk fejl. Disse to forhold er således ikke forudsætninger for, at der er stiftet en varemærke- eller kendetegnsret til selve formen på Dumle-slikkepinden, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, eller markedsføringslovens § 22. Dette fremgår af praksis fra EU-Domstolen og Retten, jf. det følgende.

I den forbindelse bemærkes, at det er juridisk forkert, når Spangsberg i sit kæresvarskrift anfører, at *"eventuelle EU-retlige afgørelser ikke har nævneværdig betydning for fortolkning af, hvornår formen på et produkt kan anses for beskyttet kva brug i Danmark"*. Brugsbaserede varemærkerettigheder og registrerede varemærkerettigheder er således ligestillet med hensyn til særprægskravet.

...

6.2.2.1 Dumle-slikkepinden har været på markedet i 60 år.

Dumle-slikkepinden har været på det danske marked siden 1987 og er – i sin uindpakkede form – et indarbejdet varemærke. Selv om man måtte lægge til grund, at indarbejdelsesprocessen "langsommeliggøres", fordi Fazer markedsfører slikkepinden indpakket, og denne derfor ikke er synlig på købstidspunktet, har produktet været på markedet i så betydelig en tidsmæssig periode, at indarbejdelse er sket.

6.2.2.2 Epinions markedsundersøgelse dokumenterer, at Dumle-slikkepinden er Fazers varemærke

Spangsberg anfører i sit kæresvarskrift side 4, at *"[...] de adspurgte er blevet primet med DUMLE og Fazer varemærket forud for besvarelsen af spørgsmålene. Derfor vil de adspurgte have en falsk tilbøjelighed til at forbinde formen med netop denne kommercielle oprindelse. Dette udgør en væsentlig fejlkilde i undersøgelsen. Derfor kan markedsundersøgelsen ikke anses som et udtryk for, at respondenterne uhjulpent forbinder slikkepindens form med Fazer."*

Dette er ganske enkelt forkert og udtryk for en misforståelse af, hvordan undersøgelsen blev gennemført. Som det fremgår eksplicit af markedsundersøgelsen side 6, blev de adspurgte netop for at undgå en sådan bias, forudindtaget eller fordom, om man vil, opdelt i grupper, således at Gruppe B og Gruppe F fik forevist henholdsvis Dumle-slikkepinden og Mums! slikkepinden, begge uindpakkede, og uden forud herfor at have været præsenteret for nogen som helst andre produkter, Dumle/Fazer-varemærker eller lignende. Hjulpent, dvs. hvor de adspurgte blev præsenteret for en prædefineret liste af svarmuligheder, svarede 72%, at MUMS!-slikkepinden er produceret af Dumle, og 82% at Dumle-slikkepinden er produceret af Dumle. Uhjulpent var de tilsva-

rende tal 55 % og 67 %. Der henvises til markedsundersøgelsen side 34-37.

Besvarelsene er således en endog meget valid, unbiased og sikker dokumentation for, at kunderne – forbrugerne – klart forbinder formen på slikkepinden med produktets oprindelse, og det er derfor en dokumentation, som Landsretten uden videre kan og bør lægge til grund til støtte for, at Dumleslikkepinden har særpræg.

Konklusionen på denne 'Brand recognition' markedsundersøgelse, der blev foretaget i december 2021 var, at mere end 2/3 af de adspurgte, der blev forevist henholdsvis MUMS! slikkepinden uden emballage og Dumle slikkepinden uden emballage, associerede begge produkter med Dumle/Fazer.

6.2.2.3 Det er ikke en betingelse for indarbejdelse/varemærkebeskyttelse, at Fazer har anvendt Dumle-slikkepindens form som varemærke eller i øvrigt har markedsført Dumle-slikkepinden uden emballage

Det er juridisk forkert, således som anført af Spangsberg og fastslået af Sø- og Handelsretten i Kendelsen, at det er en betingelse for indarbejdelse, at selve den vare – her den uindpakkede Dumle-slikkepind – der hævdes varemærket til i sig selv, er anvendt som et varemærke eller et kendetegn. Dette fremgår udtrykkeligt af nyere retspraksis fra EU-Domstolen og Retten, jf. nedenfor om henholdsvis Kit Kat og Storck.

Det blotte salg og den hermed skete markedsføring af en vare er tilstrækkeligt. I sådanne tilfælde kan der ikke fremlægges dokumentation for egentlige markedsføringsomkostninger knyttet til den pågældende vare. Indarbejdelse og særpræg må dokumenteres på anden vis. Som det utvetydigt fremgår af praksis for EU-Domstolen, sker dette i stedet ved fremlæggelse af omsætningstal og tillige netop ved sådanne markedsundersøgelser, som Fazer har fået foretaget, der dokumenterer den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugers opfattelse af varen som en oprindelsesmarkør, og dermed at særpræg er indarbejdet

Der henvises til Kit Kat afgørelsen, der drejede sig om indarbejdelsen af Kit Kat-chokolade-/kiksbaren. Denne var ikke indarbejdet i hele EU og kunne derfor ikke registreres som EU-varemærke, jf. dommen fra EU domstolen (C-84/17 P, C-85/17 P og C-95/17). I Retten i 1. Instans i T-112/13 blev det imidlertid konkluderet, at mærket var indarbejdet i visse medlemslande, og i den forbindelse udtalte Retten blandt andet:

*"[...] according to case-law, it is not necessary, in order to assess whether a mark has acquired distinctive character through use, for the shape to appear on the packaging of the product or to be visible at the time of sale. A mark may thus acquire distinctive character through use that is visible in advertisements or when the product is consumed (see, to that effect, judgment of 22 June 2006, *Storck v OHIM*, C-24/05 P, EU:C:2006:421, paragraphs 70 and 71).[...]"* [vores understregning]

Af Storck-afgørelsen, C-24/05 P, hvortil der henvises i Kit Kat-afgørelsen, fremgår følgende af præmis 70-71:

”For så vidt angår dette anbringendes tredje led bemærkes, at selv om et varemærke ikke fra begyndelsen har fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, kan det få det som følge af brug i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i forhold til de omhandlede varer og tjenesteydelser. Et sådant fornødent særpræg kan bl.a. erhverves efter en normal tilvænningsproces hos den relevante kundekreds (jf. dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 67, og dommen i sagen Mag Instrument mod KHIM, præmis 47).

Det følger heraf, at der ved bedømmelsen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, skal tages hensyn til alle de situationer, hvor den relevante kundekreds kan blive konfronteret med dette varemærke. Dette er tilfældet ikke blot på købstidspunktet, men også før dette tidspunkt, f.eks. gennem reklamer, og på det tidspunkt, hvor varen fortæres.”
[vores understregning]

Den relevante kundekreds ”konfronteres” med Dumle-slikkepinden på det tidspunkt, hvor varen ”fortæres”. Dette er sket i et sådant omfang og en sådan grad – som følge af mere end 60 år på markedet – at den relevante kundekreds opfatter selve slikkepindens form som et varemærke for Dumle og Fazer. Formen på Dumle-slikkepinden er således indarbejdet som varemærke, jf. varemærkelovens § 3, stk. 3.

Fazer har imidlertid også, om end i beskedent omfang, markedsført Dumle slikkepinden uden emballage.

6.2.3 Formen opfylder kravene til præcis gengivelse, jf. varemærkeloven § 2, nr. 2

Det bestrides, at formen på Dumle-slikkepinden ikke kan identificeres klart og præcist, således som Spangsberg hævder i sit kæresvarskrift. De identiske forme, der anvendes i den maskine, hvor både Dumle- og MUMS!-slikkepindene produceres, sikrer produkternes ensartethed. Gengivelseskravet som anført i blandt andet Sieckmann-dommen (C-273/00), hvorefter gengivelsen skal være ”klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv”, er opfyldt for Dumle-slikkepindens vedkommende.

Problematikken om ”klar og præcis” gengivelse er særligt relevant for varemærker, der ikke kan opfattes visuelt som eksempelvis duftmærker og følemærker. Sieckmann-dommen drejede sig netop om, hvorvidt et duftmærke kunne opfylde det daværende krav om grafisk gengivelse ved en deponering af en duftprøve. Det var ikke tilfældet, jf. EU-Domstolens besvarelse af sagens 2. præjudicielle spørgsmål.

Om varemærker, der som Dumle-slikkepinden kan opfattes visuelt, kan nævnes Kraft Foods registrering fra 1996 af Toblerone, hvor selve 3D-formen i uindpakket tilstand – fuldstændigt som Dumle-slikkepinden – er registreret som et EU-varemærke. Tobleronechokoladen består af flødechokolade, honning og mandelsplinter, og der vil uden tvivl kun-

ne påvises tilsvarende mindre forskelle i den forstand, at formen på de enkelte produkter vil have "hver deres særegenheder". Dette indebærer imidlertid ikke, at formen ikke kan gengives, således som loven kræver. Tilsvarende kan nævnes Toms Skildpadde, hvis form er registreret som dansk varemærke.

Dumle-slikkepinden opfylder således det grundlæggende krav om at kunne gengives, jf. varemærkeloven § 2, nr. 2.

6.2.4 Det bestrides, at formen følger af varens egen karakter, jf. varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 1, litra a

Spangsberg hævder endvidere i sit kæresvarskrift, at formen på Dumle-slikkepinden følger af varens egen karakter og derfor er udelukket fra registrering, jf. varemærkelovens § 14, stk. 1, nr. 1, litra a. Dette bestrides.

Trods utvivlsomt ihærdige forsøg er det ikke lykkedes for Spangsberg at finde et eneste eksempel på en slikkepind, der tilnærmelsesvis ligner Dumle slikkepinden, hverken i eller udenfor Danmark. Der henvises igen til Spangsbergs egen dokumentation, der viser den mangfoldighed, der findes, når det drejer sig om formen på slikkepinde. Der er frit slag, og varens egen karakter dikterer på ingen måde formen.

Der er ikke, som hævdet af Spangsberg, tale om at Fazer hævder eneret til en særlig produktgruppe eller ønsker en "monopolisering af en generisk funktion, der kommer til udtryk i varens form, som forbrugerne muligvis kan efterspørge hos konkurrenternes varer". Dumle-slikkepinden er ikke en "specifik type" og formen er ikke "den generiske form på denne type slikkepinde", som hævdet af Spangsberg i kæresvarskriftet side 5, og synspunktet er da også ganske udokumenteret.

7 MUMS! Produkterne er retsstridige og krænker Fazers rettigheder

Når retsstridigheden af de enkelte MUMS! Produkter skal vurderes, gælder to væsentlige overordnede principper, jf. de følgende to afsnit.

7.1 Landsretten skal vurdere helhedsindtrykket ved krænkelsesvurderingen

Herom fastslår Sø- og Handelsretten følgende:

"Når man herefter sammenholder Dumle-produkternes emballage med MUMS!-produkternes oprindelige og ændrede emballage, finder retten, at de væsentlige designelementer, som går igen i MUMS!-emballagerne, udgøres af elementer, der er en del af markedets fællessprog, og som Fazer ikke kan hævde eneret til. Uanset at der er visse ligheder mellem emballagerne, finder retten efter en samlet vurdering, at helhedsindtrykket af MUMS!-produkterne er tilstrækkeligt differentieret ved særligt brugen af skrå orange striber på både den oprindelige og den ændrede emballage, ligesom placering af det mørkeblå bånd i den øvre del af emballagerne, adskiller sig fra Dumles design. Mærket MUMS! er endvidere centralt placeret, hvilket er med til at differentiere MUMS! -produkterne yderligere."

I sin sammenligning og dermed i vurderingen af retsstridigheden af MUMS!-emballagerne begår Sø- og Handelsretten den fejl, at man lægger afgørende vægt på enkeltelementer, der er en del af markedets fællessprog. Der er imidlertid klar retspraksis for, at ligesom beskyttelsesomfanget skal vurderes på basis af den konkrete *sammensætning* af enkeltelementer, er der ligeledes den konkrete sammensætning, der skal vurderes og indgå i den lighedsvurdering, der ligger til grund for vurderingen af retsstridigheden. Sagt på en anden måde er det ikke de taktiske detaljeforskelle mellem Dumle Produkterne og MUMS! Produkterne, men derimod helhedsindtrykket, som skal vurderes, sådan som det måtte fremstå for den relevante kundekreds i lyset af det udviskede erindringsbillede, da kundekredsen oftest ikke vil se Dumle Produkterne og MUMS! Produkterne side om side.

...

7.5 Epinions markedsundersøgelser dokumenterer, at forbrugeren associerer og forveksler MUMS! Produkterne med Dumle Produkterne

7.5.1 Mærkegenkendelse i slik, chokolade og slikkepindsmarkedet – og forvekslelighed

...

Jesper Lykke forklarede i Sø- og Handelsretten om resultaterne af denne Epinions 2. markedsundersøgelse, at der er tale om *"nogle af de mest klare resultater, han har set. Det er en stærk konklusion, som de sjældent ser så klart udtrykt."*

...

7.5.2 Epinions markedsundersøgelse 'Dumle Association Study'

Fazer fik under sagens forberedelse og for at imødegå den af Spangsborg rejste kritik af de to første undersøgelser udarbejdet endnu en markedsundersøgelse, nu med inddragelse af udvalgte versioner af Spangsborgs ændrede emballager, og hvor de adspurgte blev præsenteret for stimuli, hvor produktnavnet ikke er sløret, jf. 'Dumle Association Study – Full Report'.

Selv med produktnavnet bevaret og uafhængigt af, om det er de oprindelige eller de nye versioner af MUMS! emballagerne, forbinder forbrugerne MUMS! med Dumle. Desuden angiver de adspurgte, forevist Dumle og MUMS! produkter side om side, at de ligner hinanden – på flere parametre end blot selve indholdet.

Undersøgelsen dokumenterer, at de adspurgte i høj grad tænker på Dumle, når de præsenteres for oprindelige, henholdsvis de nye/ændrede versioner af MUMS! produkter. Dette gælder selv for de uhjulpne respondenter. Mens alene få respondenter tænker på andre produkter/mærker, når de præsenteres for Dumle produkter, tænker en betydelig andel af respondenterne på Dumle, når de præsenteres for MUMS! Produkterne. Undersøgelsen viser derfor, at der er en høj grad af forveksling og association mellem MUMS! produkterne og Dumle produkterne.

Resultaterne af disse to markedsundersøgelser understøtter de i sagen fremlagte opslag fra sociale medier, herunder Reddit-tråden med foto af både MUMS! slikkepindsposen og MUMS! karamelposen, Anders Hemmingsens Instagram story med foto af MUMS! og Sofie Bøcher Lindquists Instagram story, tillige med foto af MUMS! slikkepindsposen. Alle tilkendegiver klart deres forveksling og associering til Dumle brand og produkter, når de præsenteres for MUMS! Produkterne, og herunder en klar skuffelse over at Spangsberg kopierer Dumle Produkterne.

De påpegede objektive faktiske ligheder mellem produkterne, som der er redegjort for ovenfor i afsnit 7.3 og 7.4, understøttes derfor til fulde af det empiriske grundlag fra markedet, der er fremlagt.

7.5.3 Det er forkert, når Sø- og Handelsretten fastslår, at emballagerne er "tilstrækkeligt differentieret"

Af Sø- og Handelsrettens præmisser fremgår følgende:

"Uanset at der er visse ligheder mellem emballagerne, finder retten efter en samlet vurdering, at helhedsindtrykket af MUMS!-produkterne er tilstrækkeligt differentieret ved særligt brugen af skrå orange striber på både den oprindelige og den ændrede emballage, ligesom placering af det mørkeblå bånd i den øvre del af emballagerne, adskiller sig fra Dumles design."

Dette finder ikke støtte i Epinions data, der tværtimod viser, at den ændrede MUMS! karamelpose med orange striber for 66 % af de adspurgtes vedkommende leder tankerne hen på Dumle eller Fazer.

...

8 Parterne er uenige om validiteten af de i sagen udarbejdede markedsundersøgelser

Ved sagens behandling i Sø- og Handelsretten blev to af de tre markedsundersøgelser, som Fazer fik foretaget ved Epinion, mødt med kritik fra Spangsberg. Kritikken drejede sig om markedsundersøgelserne fremlagt i sagen, og som blandt andet er behandlet i afsnit 6.1.2, 6.2.2.2 og 7.5.1 ovenfor.

For at imødegå Quantics kritik af, at Fazers analyser alene inddrog umærkede produkter, hvor varemærkerne var sløret, og at Epinion alene havde testet de emballager, der var på markedet, og ikke Spangsbergs nye/ændrede emballager, der endnu ikke var på markedet, foretog Epinion en tredje markedsundersøgelse med inddragelse af emballage med varemærket afbildet og omfattende to af de nye/ændrede emballager. Markedsundersøgelsen er fremlagt og behandles ovenfor i afsnit 7.5.2. Resultatet var det samme: Stor genkendelighed og høj grad af forveksling. Hvis man viser et MUMS! produkt bliver tankerne for en betydelig andel af de adspurgte ledt hen på Dumle. Det gælder både for den oprindelige og den ændrede MUMS! emballage. Det gør ingen forskel, om man kan se varemærket/produktnavnene eller ej.

Fazer er i øvrigt ikke enig i Quantics vurdering af Epinions markedsundersøgelser eller for den sags skyld konklusionerne i de af Quantic udarbejdede markedsundersøgelser:

8.1 Det er en fejl, at Quantics markedsundersøgelse blev tillagt vægt af Sø- og Handelsretten

Quantic udarbejdede tillige en markedsundersøgelse for Spangsberg: "Mærke og identifikationsanalyse: MUMS! og Dumle". Markedsundersøgelsen blev fremlagt den 11. februar 2022.

Sø- og Handelsretten har i sine præmisser vedrørende spørgsmålet om produktefterligning for så vidt angår emballagen lagt vægt på denne undersøgelse. Retten fastslog således følgende: *"Markedsundersøgelsen udarbejdet af Quantic den 11. februar 2022 understøtter endvidere, at både Dumle-produkterne og MUMS!-produkterne med den ændrede emballage har en meget høj identifikationsgrad, og at der ikke er risiko for forveksling af produkterne."*

Sø- og Handelsretten har altså øjensynligt set helt bort fra Epinions markedsundersøgelser. Det er en fejl, som Landsretten bør rette op på blandt andet af de grunde, der redegøres for nedenfor.

8.2 Quantics markedsundersøgelse lider af mangler, og Spangsbergs kritik af Epinions markedsundersøgelser er fejlagtig

Efter sagens behandling i første instans har Epinion foretaget en vurdering af Quantics markedsundersøgelse og de konklusioner, som Spangsberg og Sø- og Handelsretten drog på baggrund heraf. Epinion har endvidere forholdt sig til de kritikpunkter, der blev rejst fra Quantics side af Epinions undersøgelser og resultater. Der henvises til notatet fremlagt ...

8.3 Quantics hyldetest er uegnet

Som det fremgår af Epinions notat, er den af Quantic udførte "hyldetest" med gengivelse af de enkelte stimuli/produkter i plancher og den manglende restriktion på de adspurgtes besvarelsestid uegnet. En sådan hyldetest uden tidsbegrænsning reflekterer ikke købsituationen, og hverken identifikationsgrad eller forvekslelighed kan fastslås på denne måde. Det var denne fejlbehæftede undersøgelse, der førte til Sø- og Handelsrettens fejlslutning, jf. gengivelsen af uddrag af præmisserne ovenfor.

8.4 Gamle og nye mærker kan testes mod hinanden, og "monadisk test" er en anerkendt metode

Quantics synspunkt om, at *"det er meget svært at teste gamle og nye mærker mod hinanden, fordi der er stort kendskab til de gamle mærker"* afvises tillige, ligesom det fastslås, at den af Epinion anvendte "monadiske test" er en bredt accepteret metode.

...

Det gøres gældende, at retten kan og bør se bort fra Quantics markedsundersøgelse og i stedet lægge afgørende vægt på de af Epinion udar-

bejdede markedsundersøgelser, der er baseret på anerkendte metoder, og disses endog meget klare data og resultater, jf. nærmere nedenfor.

C FORMALITET

1 Forbuds- og påbudsbetingelser er opfyldt, og Spangsbergs påståede udfasning af flere af MUMS! Produkterne fjerner hverken behovet eller grundlaget for et forbud

...

2 Tilbagekaldelse

Det gøres gældende, at retten i forbindelse med nedlæggelse af forbud skal træffe afgørelse om at tilbagekalde de af forbuddet omfattede produkter som vist i bilag 1-5 og ... fra Spangsbergs distributører og erhvervsmæssige kunder, jf. retsplejeloven § 413.

3 Sikkerhedsstillelse

Det gøres gældende, at Fazer har godtgjort, at Fazers rettigheder efter markedsføringsloven og varemærkeloven bliver krænket, og at forbud og påbud derfor kan nedlægges uden sikkerhedsstillelse, jf. retsplejelo-ovens § 415, stk. 1. Subsidiært gøres det gældende, at forbuddet og påbuddet skal nedlægges mod en passende sikkerhedsstillelse fastsat af retten, jf. retsplejelo-ovens § 415, stk. 2.

Spangsberg har anmodet om, at der i tilfælde af meddelelse af forbud og påbud stilles en sikkerhed af Fazer på ikke under 20.000.000 kr. Dette tal fremstår som taget ud af den blå luft, idet der ikke i sagen er fremlagt nogen dokumentation for beregningsgrundlaget. Allerede da beløbet udgør omsætningen, og ikke fortjenesten, som Spangsberg afviser at oplyse, kan beløbet imidlertid ikke anses for relevant for en eventuel sikkerhedsstillelse.

D OMKOSTNINGER

Fazer begærer sig tillagt sagsomkostninger i henhold til retsplejelo-vens § 421 både for sagen i Sø- og Handelsretten og for denne kæresag."

Supplerende processkrift

"Parternes uenighed om de metoder, der er anvendt i de i sagen udførte markedsundersøgelser, senest udtrykt ved Epinions notat og Quantics bemærkninger hertil af 27. juli 2022 har givet anledning til at indhente en erklæring herom. Rapporten *Evaluation and Assessment report* fremlægges.

1 Den af Quantic for Spangsberg udarbejdede markedsundersøgelse af 29. juli 2022 kan ikke tillægges vægt

Markedsundersøgelsen af 29. juli 2022 er udført på et tidspunkt, hvor MUMS! produkterne – efter Fazers opfattelse uberettiget – har været på det danske marked i 9-10 måneder. Resultaterne af undersøgelsen er

derfor uden værdi for Landsrettens stillingtagen til sagens hovedspørgsmål om Dumles markedsposition og Spangsbergs krænkende adfærd.

2 Rapporten af 4. august 2022

2.1 Om de adspurgte professorer

Professor Jessica Aschemann-Witzel og professor Polymeros Chrysochou, som har skrevet erklæringen, er begge ansat ved *Institut for Virksomhedsledelse - MAPP - Research on Value Creation in the Food Sector* ved School of Business and Social Sciences, Aarhus Universitet. Jessica Aschemann-Witzel er centerleder. Begge har mangeårig og betydelig forskningserfaring i forbrugeradfærd med mere.

MAPP-centerets forskningsområde er ifølge centerets hjemmeside "*Value Creation in the Food Sector for Consumers, Industry and Society*" og videre, at "*We do research on the development, marketing and distribution of foods and the societal impact of the food sector.*"

For yderligere information om professorernes videnskabelige baggrund henvises til beskrivelsen på instituttets hjemmeside om Jessica Aschemann-Witzel: ... og om Polymeros Chrysochou: ...

Om Polymeros Chrysochou skal særligt fremhæves, at hans "*research interests focus on areas of marketing communications and branding, with emphasis on food marketing, sustainability, and packaging design, among others.*"

2.2 Rapporten fastslår, at de af Fazer/Epinion anvendte metoder er fuldt ud valide og bedre egnede end de af Quantic anvendte metoder

Professorerne fastslår, at den af Epinion anvendte monadiske test er valid og anerkendt, også til markedsundersøgelser som de af sagen omfattede, og at man – som hævdet af Fazer – netop derved undgår den bias eller forudindfattethed, der kan forstyrre besvarelsene.

Også metoden med shelf testing (hyldetest) er en anerkendt metode. Professorerne påpeger imidlertid, at den af Quantic udarbejdede shelf test mangler validitet og kunne være udført "more realistic", og at man ikke på baggrund af den udførte undersøgelse kan konkludere, at der ikke er risiko for forveksling i købsituationen:

"Question Q8 in the Quantic study from 11.2.2022 contains a shelf test. However, the experimental design could be more realistic. Though the situation is mimicked towards the purchase situation with a shopping list, the task is not a (hypothetical) purchase of a product but the finding of a specific brand as a goal in itself. This design thus focuses the attention on something typically not in focus in a purchase situation. The task itself is in our assessment not most adequate for the purpose, because the potential confusion of brands in the actual purchase situation very likely only happens when consumers are not solely focusing their attention on the

brands. This shelf test thus does not allow to conclude no risk of confusion in a purchase situation. [vores understregning]

Konklusionen er følgende (erklæringen side 5):

“Both monadic testing and shelf tests are valid and recognized methods and have been conducted in line with our definition of these methods. Both methods cover a wide range of ways to put it into practice, and the relevant question is thus if the specific design leads to valid findings for the purpose. On this question, we assess that many findings in the studies do not allow to conclude whether or not there is a risk of confusion. The shelf test-based finding (Quantic study from 11.2.2022, question 8), is in our assessment relatively less valid for the purpose than the monadic test-based finding (Epinion study from January 2022, slides 26/27ff). The method used with blurring the images is in our assessment the closest approach that has been adopted to address the question in purpose.” [vores understregning]

På baggrund af erklæringen er der således ikke grundlag for den af Quantic rejste kritik af Epinions markedsundersøgelser og de af Epinion anvendte metoder. Både den monadiske test og herunder den skete 'blurring' af de stimuli, der indgik i Epinions første undersøgelse, er ikke blot valide valg, men rent faktisk den bedste tilgang til at undersøge og dokumentere de forhold, som har relevans for sagens kernespørgsmål.

Spangsbergs ihærdige forsøg på at desavouere de markedsundersøgelser, som Epinion har udført, er efter Fazers opfattelse blot yderligere 'støj', som Landsretten skal se bort fra.”

Spangsberg har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 3. august 2022 gældende (henvisninger til ekstrakt, materialesamling og bilag bortset fra til bilag, som er nævnt i påstandene, er udeladt):

“6.3. Dumle slikkepindens form har ikke særpræg i henhold til markedsføringslovens § 3 eller varemærkelovens § 3 som 3D varemærke

...

Det nu fremlagte eksempel består af et opslag på Facebook og et på Instagram, hvor hverken afsender eller land fremgår. Det fremgår tillige ikke, om der overhovedet er tale om markedsføring og bilaget har absolut ingen relevans for sagen.

...

Selv KIT-KAT barens form, der ses nedenfor, er ikke blevet anset for at besidde det fornødne særpræg til at kunne beskyttes som kendetegn



Dette fremgår af C-84/17, C-85/17 og C95/17, hvor selskabet bag søgte at opnå beskyttelse ved dokumentation for indarbejdelse, men fejlede.

...

De af Fazer angivne chokoladebarer – Skildpadden fra TOMS og Toblerones karakteristiske trekantede bar er begge eksempler på, at formen varierer markant fra normen, hvorved der foreligger iboende særpræg.

6.4. Dumleslikkependens form er heller ikke indarbejdet

Som det fremgår af blandt andet Kit-Kat afgørelsen kræves der betydelig dokumentation for brug af formen på et produkt for at det kan anses for indarbejdet i medfør af varemærkelovens § 3. Der henvises i den forbindelse til [at]

Gennemsnitsforbrugerens evne til at identificere varens kommercielle oprindelse vil afhænge af hans opmærksomhedsniveau. For tegn som gennemsnitsforbrugereren ikke har for vane at tillægge oprindelsesfunktion, vil gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau ikke være højt. Da gennemsnitsforbrugereren ikke har for vane at anse varens egen form som oprindelsesmarkør, vil hans opmærksomhedsniveau på slikkependens form være lav.

EU Domstolen har påpeget, at det er på købstidspunktet, hvor gennemsnitsforbrugereren udviser den højeste grad af opmærksomhed, jf. C-24/05 P (Storck), pr. 72. Fazer har udelukkende markedsført slikkependen i indpakket form, hvorfor den aldrig har været synlig på købstidspunktet. Dette vil derfor i væsentlig grad langsommeliggøre en eventuel indarbejdelsesproces.

Fazer henviser til markedsundersøgelsen. Markedsundersøgelsen indgik allerede i sagen for Sø- og Handelsretten, hvor man korrekt fandt, at undersøgelsen ikke var udtryk for, at der var stiftet en 3D-varemærkeret til slikkependens form.

Undersøgelsens troværdighed skal grundlæggende betvivles, og undersøgelsen bør alene anses som et partsindlæg uden bevisværdi. Det skal i det hele henvises til hvad Spangsberg har gjort gældende herom i 1. instans og ...

Besvarelsene angående slikkepindens form kan heller ikke udgøre bevis for, at formen har indarbejdet særpræg. Markedsundersøgelsens opbygning medfører, at de adspurgte er blevet primet med DUMLE og FAZER varemærket forud for besvarelsen af spørgsmålene. Derfor vil de adspurgte have en falsk tilbøjelighed til at forbinde formen med netop denne kommercielle oprindelse. Dette udgør en væsentlig fejlkilde i undersøgelsen. Derfor kan markedsundersøgelsen ikke anses som et udtryk for, at respondenterne uhjulpent forbinder slikkepindens form med Fazer.

I sagen U.2003.2166S, der angik formen på BODUM stempelkaffekander, havde BODUM fremlagt en markedsanalyse, som viste en bekendthedsgrad på 56 % for Chambord-kanden, 65 % for Brazil-kanden og 70 % for Bistro-kanden. Retten anså dog alene undersøgelsen som udtryk for, BODUM varemærket var kendt for stempelkaffekander, men fortolkede ikke undersøgelsens resultat som udtryk for, at formen på kanderne faktisk virkede som en oprindelsesmarkør. Sø- og Handelsretten anså det derfor ikke som bevist, at kanderne havde indarbejdet særpræg.

På tilsvarende vis er Fazers markedsundersøgelse alene udtryk for, at respondenterne forbinder DUMLE/Fazer med chokoladeovertrukne karamelslikkepinde i oval form. Dermed er undersøgelsen ikke udtryk for, at slikkepinden kommunikerer en kommerciel oprindelse, hvilket er kravet for, at særpræg er indarbejdet.

Endelig gøres det gældende, at en enkelt markedsundersøgelse ikke udgør tilstrækkelig bevis for indarbejdelse. Som det fremgår af T-396/02 pr. 56-58 (ikke indstregede) stilles der endog betydelige krav til dokumentationen, herunder i form af dokumentation for markedsandel, investering, markedsføringsomkostninger etc. Endelig er det afgørende, at den fremlagte dokumentation ikke blot viser, at kundekredsen 'har set produktet før' men at de faktisk henfører det til en konkret producent. Der henvises tillige til Bodumafgørelsen ovenfor.

Den af Fazer i nærværende sag meget mangelfulde dokumentation opfylder ikke disse krav

Det gøres derfor gældende, at Fazer heller ikke gennem indarbejdelse har opnået kendetegnsret til slikkepindens form.

6.5. Sø- og Handelsretten fandt ikke, at MUMS! produkterne krænker Dumle produkterne

På grundlag af en særdeles detaljeret sammenligning af de tilbageværende elementer i de to produkter, kom Sø- og Handelsretten frem til, at ingen af de to MUMS! produktversioner krænkede Fazers mulige rettigheder. Dette er Spangsberg helt enig i.

...

6.5.3. Ingen af emballagerne for MUMS! karameller krænker Fazers påståede rettigheder

...

Som det tillige fremgår af den for landsretten fremlagte Quantic undersøgelse, er det kun en begrænset del af kundegruppen som finder ligheder mellem de to emballager, og kun i en situation, hvor de direkte opfordres til at vurdere sammenfald.”

Begge parter har indleveret omkostningsopgørelser. Under proceduren har Spangsberg i fortsættelse heraf tilkendegivet, at Sø- og Handelsretten efter Spangsbergs opfattelse har fastsat sagsomkostningerne på et passende niveau.

Landsrettens begrundelse og resultat

Den oprindelige MUMS!-emballage

Fazer har ikke gjort gældende, og der er heller ikke noget, som understøtter, at Spangsberg fremstiller, lader fremstille, importerer, markedsfører, udbyder og/eller sælger produkter i den oprindelige emballage som vist i bilag 1, 3, og 4 eller agter på ny at iværksætte sådan fremstilling mv. Betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, for at nedlægge forbud er dermed ikke opfyldt for så vidt angår Fazers påstande 1, 3 og 4, som angår den oprindelige MUMS!-emballage.

Den uemballerede slikkepind

Fazer har også for landsretten gjort gældende at have en ved brug opnået varemærkeret til et tredimensionelt varemærke i form af den uemballerede Dumle-slikkepind, og at denne varemærkeret er krænket af Spangsberg, og at Spangsberg tillige har handlet i strid med markedsføringslovens § 3, stk. 1, og § 22 ved markedsføringen af MUMS!-slikkepinden.

Ved vurderingen heraf er det efter landsrettens opfattelse uden betydning, hvorvidt Fazer har eller kunne have sikret sig en kontraktuel adgang til at forbyde den polske slikfabrikant, Baltyk, på hvis maskine både Dumle- og MUMS!-slikkepinden fremstilles, at producere slikkepinde, som i uemballeret form fremstår identiske med Dumle-slikkepinden, for andre slikproducenter, herunder Spangsberg.

Ifølge varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, kan varemærkeret stiftes her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket vedvarende anvendes, når brugen har et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter. Af § 3, stk. 3, 2. pkt., følger, at hvis mærket ikke har fornødent særpræg ved ibrugtagningen, stiftes retten først, når der skabes særpræg gennem mærkets anvendelse. Det følger endvidere af lovens § 10 c, stk. 3, at anvender indehaveren af et

varemærke, hvortil der alene er stiftet rettigheder ved brug efter § 3, stk. 1, nr. 3, ikke vedvarende varemærket, fortabes varemærkeretten.

Efter fast retspraksis fra EU-Domstolen i blandt andet dom af 22. juni 2006 i sag C-24/05, Storck mod KHIM, præmis 24-25, er kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker. Ved anvendelsen af disse kriterier er opfattelsen hos den relevante kundekreds imidlertid ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke. Fornødent særpræg kan – for så vidt som det oprindeligt mangler – opnås ved brug i form af en normal tilvænningsproces hos den relevante kundekreds, jf. blandt andet Storck-dommen, præmis 70. Ifølge præmis 71-72 i samme dom skal der ved bedømmelsen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, tages hensyn til alle de situationer, hvor den relevante kundekreds kan blive konfronteret med dette varemærke. Dette er tilfældet ikke blot på købstidspunktet, men også før dette tidspunkt, f.eks. gennem reklamer, og på det tidspunkt, hvor varen fortæres. Det er, når forbrugeren forbereder og træffer sit valg mellem forskellige varer i den omhandlede kategori, at gennemsnitsforbrugeren udviser den højeste grad af opmærksomhed, og derfor er spørgsmålet om, hvorvidt gennemsnitsforbrugeren bliver eller ikke bliver konfronteret med varemærket på købstidspunktet, af særlig betydning ved afgørelsen af, om dette varemærke har fået fornødent særpræg ved brug.

Efter bevisførelsen lægger landsretten til grund, at Dumle-slikkepinden alt-overvejende har været markedsført af Fazer i emballeret form. Forbrugerne har således i al væsentlighed kun kunnet opnå kendskab til det af Fazer påberåbte tredimensionelle varemærke ved fortæring. Dumle-slikkepinden er imidlertid blevet solgt på det danske marked i adskillige år, hvilket efter det oplyste er sket, uden at der samtidig har været markedsført chokoladeslikkepinde med et lignende udseende. Der må herigennem antages at være opnået et kendskab hos forbrugerne til også den uemballerede slikkepinds form og udseende, hvilket også understøttes af den af Epinion foretagne undersøgelse "Brand recognition in the candy, chocolate and lollipop category" fra januar 2022 .

Fazer udsendte i begyndelsen af 2021 en pressemeddelelse, hvoraf fremgik:

"Farvel til Dumle Slikkepinden

I mere end 60 år har Dumleslikkepinden pyntet fastelavnsris og været fast inventar i slikposerne til børnefødselsdage, men nu er den æra slut, da produktionen af den flade chokoladeovertrukne karamelslikkepind ophører i marts.

- Håndværket såvel som opskriften er lige så unik som slikkepinden, og derfor svær at erstatte med nutidens moderne teknologi. Vi har forsøgt at finde en løsning til at fortsætte produktionen på en effektiv og bæredygtig måde, men det er desværre ikke længere muligt, siger Christina Frænde, Marketing Manager hos Fazer Danmark, og forklarer yderligere:

- Maskinen der producerer Fazer Dumleslikkepinden skal betjenes med håndkraft og kræver reservedele som ikke er til at opdrive mere. Derfor er det tid til at sige farvel. Vi ved, at slikkepinden er elsket af mange, og vi vil selvfølgelig fortsætte vores bestræbelser på at finde en måde at producere en ny version af en klassiske slikkepind igen i fremtiden, men nu er det tid til at sige farvel til den gamle.

Karamellerne og det øvrige sortiment fra Fazer Dumle vil fortsat være at finde på hylderne i butikkerne, ligesom Fazer vil vedblive med at udvikle nye varianter.”

Landsretten finder, at denne meddelelse måtte opfattes således, at Fazer permanent ophørte med at markedsføre Dumle-slikkepinden i den hidtidige form, idet der ved en eventuel relancering ville være tale om ”en ny version”, som ville være anderledes end ”den gamle”. Denne forståelse er bekræftet af det, som Fazers danske direktør, Hans Christian Ulrich, har udtalt til Ekstrabladet i en artikel af 20. januar 2022 i forbindelse med Fazers relancering af Dumle-slikkepinden. Landsretten lægger endvidere til grund, at der gik ca. et år, fra Fazer udsendte pressemeddelelsen, og salget af Dumle-slikkepinden herefter ophørte, og til at Fazer meddelte at ville relancere slikkepinden og gjorde dette. Det bemærkes, at der ikke er grundlag for at antage, at Spangsberg har haft kendskab til korrespondancen mellem Elina Saarento og Konrad Mickiewicz i februar 2021 om den forventede produktion af Dumle-slikkepinden hos Baltyk, før denne sag blev indledt.

På den baggrund er det uforholdsmæssigt at tage stilling til, om forbrugerne ved fortæring af Dumle-slikkepinde er blevet konfronteret med det påberåbte tredimensionelle mærke i en sådan grad, at betingelserne for at stifte en varemærkeret ved brug er opfyldt, idet en sådan varemærkeret og beskyttelse efter markedsføringslovens § 3, stk. 1, og § 22 under alle omstændigheder må anses for fortabt i perioden mellem ophøret af markedsføring af Dumle-slikkepinde og relanceringen heraf, herunder således, at Fazer ikke ved relanceringen af Dumle-slikkepinden kan påberåbe sig en varemærkeret eller markedsføringslovens § 3, stk. 1, og § 22 i forhold til Spangsbergs i den mellemliggende periode introducerede MUMS!-slikkepind i uemballeret form.

Betingelserne i retsplejelovens § 413 for at nedlægge forbud mod den uemballerede MUMS!-slikkepind som anført i Fazers påstand 5 er herefter ikke opfyldt.

Den nye MUMS!-emballage og påstanden om tilbagekaldelse

Efter resultaterne af de af Epinion og Quantic udarbejdede markedsundersøgelser lægger landsretten til grund, at Dumles emballage til slikkepinde og karameller har en sådan markeds-mæssig identitet og kommerciel adskillelsesevne, at den nyder beskyttelse mod efterligning, snyltning eller anden udnyttelse i medfør af markedsføringslovens § 3, stk. 1, og § 22.

Uanset at der er visse ligheder mellem den nye MUMS!-emballage og Dumle-emballagen, herunder i dele af farvevalget, tiltræder landsretten, at helhedsindtrykket af MUMS!-emballagen er tilstrækkelig differentieret fra Dumles emballage. Landsretten lægger herved navnlig vægt på, at mærkerne, Dumle og MUMS!, der har en fremtrædende plads på begge emballager, klart adskiller sig fra hinanden. Hertil kommer, som anført af Sø- og Handelsretten, brugen af skrå orange striber på MUMS!-emballagen, placeringen af det mørkeblå bånd i den øvre del af emballagen, den centrale placering af mærket MUMS!, og i den forbindelse at en del af de karakteristiske træk, som fremgår af Nørregades designmanual, og som findes på en række andre produkter solgt under brandet Nørregade genfindes på MUMS!-emballagen. Som ligeledes anført af Sø- og Handelsretten, understøtter Quantics Mærke og Identifikationsanalyse: MUMS! og Dumle af 11. februar 2022 og "SPANGSBERG: Kvantitativ sammenligningsundersøgelse – MUMS! og Dumle" af 29. juli 2022 også, at både Dumle-produkterne og MUMS!-produkterne med den ændrede emballage har en meget høj identifikationsgrad. Landsretten finder på denne baggrund, at det ikke er sandsynliggjort, at Spangsberg ved markedsføringen med den nye MUMS!-emballage har handlet i strid med markedsføringslovens § 3, stk. 1, eller § 22.

Det tiltrædes på den baggrund, at betingelserne i retsplejelovens § 413 for at nedlægge forbud som anført i Fazers påstand 2 og 6-8 mod den nye MUMS!-emballage ikke er opfyldt.

Som følge af det ovenfor nævnte kan påstand 9 om tilbagekaldelse heller ikke tages til følge.

Samlet resultat og sagsomkostninger

Sø- og Handelsrettens kendelse stadfæstes herefter.

Efter kæresagens udfald skal Fazer i sagsomkostninger for landsretten til Spangsberg betale 291.400 kr., hvoraf 200.000 kr. er til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms og 91.400 kr. er til dækning af udgift til Quantic. Om det sidstnævnte beløb bemærkes, at Spangsberg ikke inden for den af landsretten fastsatte frist herfor den 18. august 2022 har oplyst, om den af i

Spangsbergs omkostningsopgørelse oplyste udgift til Quantic på 114.250 kr. er inkl. eller ekskl. moms. Landsretten er derfor gået ud fra, at beløbet er inkl. moms, og har, da Spangsberg er momsregistreret og kan fradrage moms, fratrukket momsbeløbet. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb i landsretten. Da sagen til dels har angået et varemærkeretligt spørgsmål, er der for denne dels vedkommende tillige taget hensyn til at sikre, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48), som fortolket af EU-Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties).

THI BESTEMMES:

Sø- og Handelsrettens rettens kendelse stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Fazer Denmark ApS og Oy Karl Fazer Ab inden 14 dage til Spangsberg Chokolade A/S betale 291.400 kr. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.