



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 22. april 2022

Sag BS-41967/2020-OLR
(10. afdeling)

ferm Living ApS
(advokat Jens Jakob Bugge)

mod

Coop Danmark A/S

og

Fakta A/S

og

Wolly & Co. A/S
(alle advokat Jan Al-Erhayem
v/advokat Jens Folker Bruun)

Sø- og Handelsretten har den 26. oktober 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-50242/2018-SHR).

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Katja Høegh og Henrik Hjort Elmquist har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, ferm Living ApS, har nedlagt påstand som for Sø- og Handelsretten om:

Påstand 1:

Coop Danmark A/S og Fakta A/S forbydes at markedsføre, udbyde og sælge produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A i EU, subsidiært i Danmark.

Påstand 2:

Coop Danmark A/S og Fakta A/S skal tilbagekalde og fjerne produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A fra egne butikker samt tilbagekalde disse fra forhandlere og andre ikke-slutbrugere.

Påstand 3:

Coop Danmark A/S og Fakta A/S skal destruere deres lager af produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A, herunder alle tilbagekaldte eksemplarer af produkterne.

Påstand 4:

Coop Danmark A/S og Fakta A/S forbydes at markedsføre, udbyde og sælge produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A i enhver farve.

Påstand 5:

Fakta A/S forbydes at markedsføre sig ved brug af den annonce, som fremgår af bilag 30.

Påstand 6:

Coop Danmark A/S skal betale 1.500.000 kr. til ferm Living ApS med tillæg af procesrente af 100.000 kr. fra den 19. december 2018, af 400.000 kr. fra den 29. marts 2019 og af 1.000.000 kr. fra den 5. marts 2020.

Påstand 7:

Coop Danmark A/S skal senest 14 dage efter en dom offentliggøre en fældende doms begrundelse og resultat i en periode på ikke under 14 dage på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet coop.dk og på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet fakta.dk.

Påstand 8:

Wolly & Co. A/S forbydes at producere, importere, eksportere, markedsføre, udbyde og sælge produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A i og fra EU, subsidiært i og fra Danmark.

Påstand 9:

Wolly & Co. A/S skal destruere sit lager af produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A.

Påstand 10:

Wolly & Co. A/S skal senest 14 dage efter en dom offentliggøre en fældende doms begrundelse og resultat på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet wolly.dk i en periode på ikke under 14 dage.

Påstand 11:

Wolly & Co. A/S skal betale 250.000 kr. til ferm Living ApS med tillæg af procesrente af 50.000 kr. fra den 19. december 2018 og af 200.000 kr. fra den 29. marts 2019, subsidiært et af retten fastsat mindre beløb.

De indstævnte, Coop Danmark A/S, Fakta A/S og Wolly & Co. A/S ("Coop", "Fakta" og "Wolly" i det følgende), har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten fremlagt:

- yderligere klip fra ferm Living ApS' ("ferm Living" i det følgende) Instagram-profil og skærmpoint fra selskabets hjemmeside fra den 29. oktober 2020,
- materiale til illustration af en grøn trend og farvetendenserne i efterår/vinter 2016/2017, forår/sommer 2017 og forår/sommer 2018,
- print fra Instagram-profilen "coop_living_and_more",
- print fra Coops Instagram-profil med visning af designklassikere designet af Poul Henningsen, Verner Panton, Arne Jacobsen og Hans J. Wegner og markedsføring af barstole fra Mate
- print fra Coops hjemmeside/Instagram-profil med visning af Coop magasinholder og Agnes lænestol med andre produkter fra ferm Living (Wire Basket og Arum lampe) henholdsvis opslag fra den 16. november 2019, hvor Ferm Livings Plant Box optræder sammen med forskellige Coop-produkter.

Et antal eksemplarer af Plant Box og Wollys Plantekasser har været forevist i landsretten.

Anbringender

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

ferm Living har yderligere gjort følgende anbringender gældende, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 12. januar 2022 (henvisninger til dom, bilag, ekstrakt og materialesamling er udeladt):

”102. Det er overordnet ferm LIVING’s opfattelse (ligesom i øvrigt skønsmandens), at de af Sø- og Handelsretten nævnte (mindre) forskelle ikke bidrager til et andet *overordnet* indtryk eller formindsker forvekslingsrisikoen mellem de to plantekasser.

103. Efter ferm LIVING’s opfattelse er de formelementer, der er særegne for Plant Box, ligeledes tilstede i Wollys Plantekasser. Disse elementer er særligt sammensætningen af de 3 geometriske komponenter, nemlig den rektangulære boks, det ligeledes overordnet rektangulære stativ og de flytbare låg, der tilsammen skaber et unikt produkt. Plantekassernes særegne elementer giver derfor - efter en helhedsbedømmelse - utvivlsomt samme overordnede designmæssige identitetsoplevelse.

104. Det bør ikke føre til et andet resultat, at der ved Wollys Plantekasse er foretaget nogle uvæsentlige ændringer fsva. materialevalg og udformningen af stativet, som ikke bidrager til en anden overordnet identitetsoplevelse.

...

105. I nærværende sag er der netop tale om, at indstævnte (bevidst) har forsøgt skabe et produkt med det samme overordnede helhedsindtryk som Plant Box, men at mindre og for helhedsindtrykket uvæsentlige detaljer er anderledes.

106. Det var da også skønsmandens vurdering, at der ikke ved Wollys Plantekasse tilføjet nye design-, materiale- eller funktionselementer ift. Plant Box, hvilke understreger, at der er tale om sådan en lighed mellem de to plantekasser, at Wollys Plantekasser utvivlsomt krænker ferm LIVING’s ophavsret til Plant Box.

107. ferm LIVING bemærker hertil, at den ophavsretsrlige identitetsoplevelse ikke blot vil være opfyldt, hvor lighederne mellem produkterne er så udtalt, at den relevante kundegruppe bliver reelt vildledt og dermed forveksler produkterne.

108. Forvekslelighed kan ligeledes foreligge, hvor produkterne, grundet et genkendeligt formsprog, kan opfattes som ligeværdige og dermed substituerbare. Dette betegnes i litteraturen ”*kommerciel identitet*” (Produktefterligninger i praksis, s. 56).

109. Wollys Plantekasser og Plant Box har et særdeles sammenligneligt og genkendeligt formsprog, jf. det i ovenstående refererede.

110. Selv hvis Østre Landsret mod forventning ikke finder, at der er risiko for, at den relevante kundegruppe reelt vil forveksle Plant Box og Wollys Plantekasser, er produkterne uden tvivl substituerbare,

hvorefter at der foreligger kommerciel identitet og dermed identitetsoplevelse mellem produkterne.

Mindre forskelle ift størrelse og vægt

...

112. Det må på baggrund af retspraksis lægges til grund, at det ikke er afgørende, hvorvidt der mellem produkter af denne type er (mindre) forskelle i disses vægt og størrelse.

...

114. ferm LIVING bemærker endvidere, at retspraksis understøtter, at enkle og minimalistiske ophavsretligt beskyttede designs (in casu Plant Box) ligeledes kan krænkes af "grovere" efterligninger, såfremt efterligning stadig giver samme designmæssige udtryk, hvilket utvivlsomt er tilfældet ved Wollys Plantekasser. Se hertil Østre Landsrets domme i hhv. BS-15944/2020-OLR (Würtz/Bitz' - et kinesisk ordret stel) og U.2020.2532 Ø (Anne Black), hvor Østre Landsret i sidstnævnte dom anfører:

...

Efterligning af en dårligere kvalitet

115. Sø- og Handelsretten fremhæver endvidere, at Wollys Plantekasser og Plant Box er forskellige med hensyn til "*deres grundlæggende kvalitet og deres designmæssige udtryk, hvilket også afspejles i den markante prisforskel*". Dette er i overensstemmelse med Maria Rabde-Liebers (fra Coop) omtale af Wollys Plantekasser som en "skrammelkasse".

116. Efter ferm LIVING's opfattelse må dette skulle forstås således, at det forhold, at Wollys Plantekasser er produceret i *en ringere kvalitet* og derfor kan sælges til *en lavere pris* end ferm LIVING's Plant Box, bidrager til, at produkterne ikke giver samme identitetsoplevelse.

117. Hvis Sø- og Handelsrettens udtalelse skulle tages til følge, ville det medføre en uønsket retstilling, hvor industrielle efterligninger af danske designprodukter, som generelt giver samme identitetsoplevelse som originalproduktet, kan fordrive originalproduktet fra markedet, hvis de er udarbejdet i en tilstrækkelig dårlig kvalitet, men bibeholder samme indtryk.

118. Et sådant synspunkt er senest blevet afvist af Østre Landsret dom afsagt den 27. maj 2021 i Sag BS-15944/2020-OLR (Würtz):

...

119. Østre Landsret lægger i dommen således vægt på, at de konkrete forskelle i kvalitet, form og format (begrundet i en industriel fremgangsmåde) "*for det utrænede øje*", ikke bidrager til en anden identitetsoplevelse.

120. De samme forhold gør sig gældende i nærværende sag, hvor en større kommerciel producent (Coop) sælger en underlødige industriel efterligning (Wollys Plantekasser) af et kvalitetsdesignprodukt (Plant

Box), og at dette bl.a. retfærdiggøres med henvisning til, at produktet er udarbejdet i en dårligere kvalitet.

121. En sådan retstilling kan efter ferm LIVING's opfattelse naturligvis ikke opretholdes, hvilket også understøttes i litteraturen, se hertil fx Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (1. udgave), s. 260:

...

Visuelle momenter i bedømmelsen

122. Sø- og Handelsretten fremhæver herudover, at selve plantekassen *ikke* er fæstnet til stativet på Wollys Plantekasser, hvorimod kassen på Plant Box er fikseret til stativet med svejsninger, som et forhold, der "*medvirker til produkternes udtryksmæssige differentiering og identitetsoplevelse*". Dette forekommer at være tæt på helt irrelevant for krænkelsevurderingen.

123. Det er derimod væsentligt at vurdere de dele af fremtoningen, der er synlige for beskueren, og som bidrager til produktets *umiddelbare* identitetsoplevelse, jf. bl.a. Sø- og Handelsrettens dom af 21. juni 1990 gengivet i U. 1992.909 H (Superellipsebord), hvor skønsmanden konstaterede (og som blev taget til følge af Sø- og Handelsretten):

...

125. ferm LIVING gør således gældende, at det er uden betydning for identitetsoplevelsen af produkterne, hvorvidt Wollys Plantekasser ligger løst på stativet, imens Plant Box er fikseret til stativet, så længe produkterne giver samme overordnede identitetsoplevelse

Wollys Plantekasser krænker ferm LIVING's designret til Plant Box

...

130. Vurderingen i forhold til den designretlige krænkelse skal tage afsæt i selve designregistreringen, jf. afbildningerne af designet vist nedenfor og *ikke* i de fremviste og medbragte Plant Box eller andre fotos m.v. heraf, der ikke fremgår af designregistreringen (Stone):

...

Denne designregistrering skal sammenholdes med Wollys Plantekasser, jf. fx bilag 37, E 323, dels og individuelt som disse fremtræder ved markedsføringen i kataloger, på internettet m.v. dels og individuelt, som disse fremgår af det fysiske produkt (*Stone*):

...

131. Der skal foretages en vurdering af helhedsindtrykket ikke en fragmenteret sammenligning af detaljer punkt for punkt, jf. *Stone*.

...

Sø- og Handelsrettens dom af 26. oktober 2020

...

138. Sø- og Handelsretten lagde til grund, jf. citatet ovenfor, at den informerede bruger *ikke* vil få samme helhedsindtryk af det registrerede design og Wollys Plantekasser. Disse detaljer har i vurderingen fået tillagt alt for stor vægt, idet disse ikke ændrer på, at helhedsindtrykket stadig er det samme. Sø- og Handelsretten har tydeligvis undladt i strid med praksis at anlægge en helhedsvurdering, som ville føre til, at der foreligger en design-krænkelse, jf. også det under pkt. 131ff anførte. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse, at:

“Det forhold, at Wollys plantekasse, ligesom designregistreringen, er rektangulær i sin grundform, gør ikke, at den informerede bruger vil få samme helhedsindtryk, blandt andet fordi dimensioneringen af Wollys plantekasse er tydeligt anderledes.” (appellantens understregninger)

139. Det bemærkes hertil for det første, at det på ingen måde kan konstateres, at dimensioneringen af Wollys Planterkasser *“er tydeligt anderledes”*, hvilket er særligt åbenlyst, når der sammenlignes mellem designregistreringen og de indstævntes markedsføring i tilbudsaviser, på hjemmesider m.v.

140. Sø- og Handelsrettens præmisser må endvidere skulle forstås sådan, at (den i øvrigt irrelevant hævdede) forskel i størrelsen mellem plantekasserne bl.a. medfører, at den informerede bruger vil få et andet helhedsindtryk.

141. ferm LIVING fastholder, at den informerede bruger vil finde, at Plant Box og Wollys Plantekasser giver samme helhedsindtryk.

142. EU-domstolen har tidligere fastslået, at et krænkende produkts størrelse er uden betydning ved fastlæggelsen af designbeskyttelsen, jf. bl.a. Rettens afgørelse i de forenede sager T-83/11 og T-84/11 (Antrax), præmis 67:

...

144. Østre Landsret skal således vurdere, hvorvidt *helhedsindtrykket* i ferm LIVING’s design for den informerede bruger genfindes i Wollys Plantekasse, uagtet om plantekasserne afviger fra hinanden størrelsesmæssigt.

Skærmbillede fra ferm LIVINGs Instagramprofil og hjemmeside

145. Wolly har i ankesvarskriftet fremlagt et klip fra ferm LIVING’s Instagram-profil og et screendump fra ferm LIVINGs hjemmeside taget den 29. oktober 2020. Disse skulle ifølge Wolly dokumentere, at:

...

147. Kontrasten mellem den rektangulære kasse og de tynde metalben findes imidlertid både hos ferm LIVING’s Plant Box og Wollys Plantekasse.

148. Det gør ingen forskel for det overordnede helhedsindtryk mellem de to kasser, at de tynde ben på Wollys Plantekasse er firkantede, imens de tynde ben på ferm LIVINGs Plant Box er runde. Dette var i øvrigt også skønsmandens vurdering (syn- og skønsrapport af 29. september 2019, spørgsmål 11).

149. Bilag IV.Ø og bilag IV.Å understøtter derfor ikke Wollys argument og har i øvrigt ingen bevismæssig værdi ift. spørgsmålet om krænkelse af ferm LIVING's enerettigheder til Plant Box.

OVERTRÆDELSE AF MARKEDSFØRINGSLOVENS § 3, STK. 1

...

160. ferm LIVING henviser endvidere til Østre Landsrets dom afsagt den 27. maj 2021 i Sag BS-15944/2020-OLR (Würtz), s. 83, hvor Østre Landsret udtalte, at brugen af et originalprodukt som forlæg for et efterligningsprodukt "*for at ramme en designmæssig trend*" ikke kunne føre til, at der ikke forelå en overtrædelse af markedsføringsloven.

Prisforskel og underlødige kopier

...

164. Coop har på sin Instagram-profil delt en række billeder fra andre Instagram-profiler, hvor Coops produkter optræder sammen med designklassikere fra Poul Henningsen, Verner Panton, Arne Jacobsen og Hans. J. Wegner.

165. Dette modsiger indstævntes argument om, "*at kundesegmentet er helt forskelligt, og at en kunde til en Wolly plantekasse ikke vil være interesseret i en ferm Living plantekasse eller omvendt.*" (indstævnes sammenfattende processkrift under Sø- og Handelsretssagen).

166. Både ferm LIVING og Coop markedsfører sig således imod en kundekreds, som er interesserede i at købe kvalitetsmøbler fra anerkendte danske designere.

167. ferm LIVING bemærker i den forbindelse, at Coop ligeledes sælger (dyre og ægte) designermøbler, fx barstole fra Mater til en pris af 3.149 kr.

168. Coop har også delt en række billeder fra andre brugere, hvor ferm LIVING's produkter optræder. På bilag 75 ses produkter fra Coop (magasinholder og Agnes lænestol) side om side med produkter fra ferm LIVING (Wire basket og Arum lampe).

169. Bilag 75 indeholder også to opslag (dateret 16. november 2019 og 30. januar 2020), som er delt af Coop, hvor ferm LIVING's Plant Box optræder sammen med Coop produkter (henholdsvis spisebordsstole og et spejl). I kommentarfeltet for sidstnævnte opslag fremgår følgende: "*Plantekassen er det også en i sælger? I så fald hvad er prisen og er det med "hylden"?*"

170. Som det fremgår, er kundesegmentet *ikke* forskelligt. Tværtimod dokumenterer de fremlagte billeder, at Coops kunder også er ferm LIVING's kunder og omvendt. Det bemærkes samtidig, at Coop-koncernen også omfatter FDB Møbler, hvilket yderligere understøtter kundesammenfald.

171. At Wollys Plantekasser er en "skrammelkasse", jf. vidnet Maria Rabde-Liebers forklaring, og således produceret uden hensyntagen til Coops egen kraftigt markedsførte bæredygtighedsagenda, medfører heller ikke, at produktet henvender sig til et andet kundesegment end ferm LIVING's Plant Box.

172. Som beskrevet ovenfor under pkt. 115-121 beskytter markedsføringslovens § 3 m.fl. også ift. underlødige efterligninger som Wollys Plantekasser.

173. Samlet set har de indstævnte handlet i strid med markedsføringslovens § 3, stk. 1 ved at udbyde, sælge og markedsføre Wollys Plantekasser.

174. Selv hvis Østre Landsret ikke finder, at det er tilfældet, vil den *systematiske efterligning, opstillingsmåden i annoncer og markedsføringen under mærket Living&more* gøre den lovlige markedsføring af Wollys Plantekasser retsstridig, jf. Møgelvang-Hansen.

Sø- og Handelsrettens dom af 26. oktober 2021

175. Sø- og Handelsretten fandt - trods "*visse iøjnefaldende men overordnede farve- og formgivningsmæssige ligheder ... herunder konstruktionen*" - med henvisning til de samme forhold vedr. Wollys Plantekasser som ved ophavsretskrænkelsen (brugen af *firkantede hule rør, firkantede hjørner, samlet i gering, mindre vægt og størrelse, mere rustik med synlige og upræcise svejsninger, manglende fæstning af stativet og prisforskel*), at der heller ikke forelå en overtrædelse af markedsføringslovens § 3 om god markedsføringsskik.

176. Dette er der ikke dækning for, jf. ovenfor pkt. 149-173, samt det anførte omkring ophavsretskrænkelsen, herunder pkt. 115-121. For det utrænede øje er der tale om det samme helhedsindtryk, både som følge af det overordnede designudtryk og som følge af det betydelige sammenfald af enkeltligheder.

177. Det gøres endvidere gældende, at Sø- og Handelsretten har undladt behørigt at inddrage indstævntes illoyale markedsadfærd i sine overvejelser og derved har sat en urimeligt høj grænse for overtrædelser af markedsføringslovens § 3, stk. 1.

178. Wolly har således bl.a. i) indsendt et billede af ferm LIVING's Plant Box som forlæg for produktionen af Wollys Plantekasser, ii) ikke kunnet dokumentere en reel selvstændig produktudvikling af plantekassen og iii) anvendt stort set identiske farver, ligesom markedsføringen af Wollys Plantekasser har lagt sig tæt op ad den

markedsføring, som ferm LIVING har haft mht. opstilling af plantekasser med indhold.

179. Indstævnte har således *forsætligt snyllet* på ferm LIVING's omfattende design- og udviklingsarbejde ved udarbejdelsen og markedsføringen af Wollys Plantekasser.

180. Sådanne tilfælde af illoyal markedsadfærd skal efter hidtidig praksis tillægges betydelig vægt ved vurdering overtrædelse af god markedsføringsskik, jf. bl.a. Østre Landsrets dom af 22. oktober 2018 i sag B-1259-17 (utrykt dom gengivet i Produktefterligninger i praksis, s. 254f), hvor retten lagde vægt på:

- i at originalproduktet havde en betydelig markedsposition,
- ii at kopisten måtte have kendt til originalproduktet, samt
- iii at kopisten ikke kunne dokumentere et selvstændigt udviklingsarbejde ved produktet.

FAKTAS MARKEDSFØRING ER I STRID MED MARKEDSFØRINGSLOVENS REGLER OG ICC'S KODEKS FOR REKLAMEPRAKSIS OG MARKEDSKOMMUNIKATION (PÅSTAND 5)

...

190. Udover at rettens gengivelse af ferm LIVING's anbringender omkring problemstillingen er utilstrækkelig og forkert, jf. tillige ovenfor pkt. 181ff, ligesom retten ikke er opmærksom på ferm LIVING's formulering af påstand 5, hvorfor præmissen alene derfor er meningsløs, så er begrundelsen for frifindelsen derudover i bedste fald ganske tvivlsom. At det afgørende moment skulle være, at COOP/Fakta bruger et magasin i stedet for en bog, kan ikke udgøre en korrekt retlig subsumption (af ferm LIVING's billedet under pkt. 182 fremgår i øvrigt tillige magasinlignende elementer). At det efter nærmere granskning af fotoet under hovedforhandlingen fremgår, at der er tale om medlemsbladet Samvirke, er ligeledes irrelevant for vurderingen af, om markedsføringsloven er overtrådt.

SANKTIONER

ferm LIVING har krav på økonomisk kompensation

...

194. Til belysning af ferm LIVING'S krav om økonomisk kompensation er fremlagt en grafisk oversigt over udviklingen i salget af ferm LIVING'S Plant Box i perioden fra år 2016 til år 2021.

195. Oversigten viser en positiv udvikling i det danske salg af Plant Box fra år 2016 til år 2017 fra et salg af 1.720 stk. i 2016 til et salg af 2.921 stk. i 2017. En tilsvarende positiv udvikling ses i det globale salg i samme tidsperiode, hvor salget steg fra 8.536 stk. i 2016 til 14.525 stk. i 2017.

196. Der var i de efterfølgende år en løbende stigning i det årlige globale salg af Plant Box, hvor salget udgjorde 18.648 stk. i 2018, 19.770 stk. i 2019 og 21.600 stk. i 2020.

197. I samme periode var der derimod en negativ salgsudvikling for Plant Box i Danmark, hvorefter at salgstallet faldt til 2.897 stk. i 2018, 2.013 stk. i 2019 og 1.818 stk. i 2020.

198. Imens der således var en årlig global vækst i salgsudvikling for Plant Box i perioden fra år 2017 til år 2020, faldt de danske salgstal i samme periode.

199. Der ses altså, at der efter introduktionen af Wollys Plantekasser på det danske marked var et betydeligt fald i det danske salg af Plant Box, hvilket er modsat den globale udvikling.

200. Det gøres derfor gældende, at introduktionen af Wollys Plantekasser på det danske marked har haft en særdeles negativ indvirkning på salget af ferm LIVING's Plant Box i Danmark. Der er med andre ord sket en betydelig markedsfortrængning, hvilket (tillige) ligger til grund for ferm LIVING's kompensationskrav.

...

SAGSOMKOSTNINGER

239. For det tilfælde, at ferm LIVING får medhold, gøres det gældende, at denne skal tillægges omkostninger svarende til selskabets udgifter til advokatbistand, som dels afspejler de satser, der opkræves for advokatbistand på området for intellektuel ejendomsret, dels en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt er afholdt af ferm LIVING og dennes forsikringsselskab, jf. retsplejelovens, jf. § 316, jf. tillige retshåndhævelsesdirektivets artikel 14, EU-Domstolens dom i sag C-57/15 (United Video Properties Inc.), Østre Landsrets kendelse i BS-16813/2018-OLR (U2019.3930Ø) samt Højesterets dom i U.2021.958 (Ørsted)."

ferm Living har oplyst at have haft udgift til advokat for Sø- og Handelsretten på 642.600 kr. ekskl. moms og for landsretten på (til dels estimeret) 568.883 kr. ekskl. moms.

Coop, Fakta og Wolly har yderligere gjort følgende anbringender gældende, som fremgår af selskabernes sammenfattende processkrift af 12. januar 2022 (henvisninger til ekstrakt er udeladt):

"Det bestrides endvidere, at de for ferm Livings plantekasses karakteristiske elementer genfindes i Wollys plantekasse, se således også Sø- og Handelsrettens præmisser, og at ferm Living for så vidt selv er enig i, at dette er de karakteristiske elementer, se f.eks. fra ferm Livings hjemmeside:

”ferm Livings plantekasser har en elegant og tidløs æstetik, og designet rummer en interessant kontrast mellem den helt rektangulære kasse på toppen og de fine tynde metalben”

...

Det bemærkes for en ordens skyld, at Wolly ikke har noget lager af produkter.”

Coop, Fakta og Wolly er ikke fremkommet med oplysninger om deres udgift til advokat.

Landsrettens begrundelse og resultat

Ophavsret og beskyttelse efter markedsføringsloven

ferm Livings plantekasse, Plant Box, blev som anført af Sø- og Handelsretten skabt af ferm Livings designteam i slutningen af 2015. Planteboks af træ havde forud herfor været på markedet i 1950’erne og 1960’erne. Parterne er enige om, at, da Plant Box blev skabt, fandtes der på det danske marked kun plantekassen fra Kristina Dam og Fermobs ”Basket”-plantekasse (begge afbilledet på s. 10 i Sø- og Handelsrettens dom). Disse to plantekasser adskiller sig efter landsrettens opfattelse væsentligt fra Plant Box.

Herefter og i øvrigt af de af Sø- og Handelsretten anførte grunde tiltrædes det, at Plant Box er ophavsretligt beskyttet og beskyttet efter markedsføringsloven.

Wollys Plantekasse har som anført af skønsmanden i svaret på spørgsmål 6 et designudtryk, som ligger tæt op af Plant Box’. Begge produkter består således af en rektangulær metalkasse ovenpå et tilsvarende rektangulært metalstativ i tilnærmelsesvis samme dimensioner og altovervejende i samme farver (sort, hvid, mintgrøn, grå, rosa/nude), og giver en oplevelse af identitet for beskueren med det utrænede øje. De mindre forskelle, der umiddelbart kan konstateres, når produkterne ses ved siden af hinanden, i form af navnlig udformningen af stellet (på Wollys Plantekasse firkantede rør, der fremstår tungere end de visuelt lettere runde rør i Plant Box), størrelsesforskellen og små forskelle i dimensionerne på stativerne, den i den ene version af Wollys Plantekasse anderledes placerede tværstang, nuanceforskellene i nogle af de anvendte farver (grå og rosa/nude), og den perforerede top på låget på Wollys Plantekasse fremfor det glatte låg på Plant Box, ændrer ikke på, at det samlede helhedsindtryk er det samme. De øvrige af skønsmanden i svaret på spørgsmål 5 nævnte forskelle i vægt, kvalitet af svejsninger, forskellig konstruktionsmetode og det forhold, at Wollys Plantekasse i modsætning til Plant Box ligger løst på stativet, er ikke umiddelbart synbare, når produkterne ses stående side om side. En konstatering heraf – og af den kvalitetsforskel, der er imellem produkterne – kræver således, at beskueren undersøger produkterne i detaljer.

Lighederne er – særligt henset til de betydelige frihedsgrader, der, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 8, er ved designet af en plantekasse – så betydelige, at Wollys Plantekasse må anses for skabt med Plant Box som direkte forlæg, jf. herved også skønsmandens svar på spørgsmål 7, 9 og 10. Det fremgår da også af Morten Avnskjold fra Wolly i Danmarks mail af 14. marts 2016 til Belinda Liao på virksomhedens kinesiske kontor, at Wolly bevidst har tilstræbt at efterligne Plant Box.

På den nævnte baggrund finder landsretten, at Coop, Fakta og Wolly har krænket ferm Livings rettigheder efter ophavsretslovens § 2, jf. § 1, stk. 1, og markedsføringslovens § 3, stk. 1.

Designrettigheder

ferm Living har ubestridt designretlig beskyttelse af det design, som fremgår af registreringen af 9. september 2015, og som består af de i Sø- og Handelsrettens dom side 5 gengivne 4 tegninger. Af disse tegninger kan det efter landsrettens opfattelse ikke udledes, at stativet i det registrerede design er ”bukket og med afrundede hjørner” som anført af Sø- og Handelsretten.

Designere af plantekasser må, jf. det tidligere nævnte svar fra skønsmanden på spørgsmål 8, anses for at have betydelig frihed ved udformning af den enkelte plantekasse.

På den baggrund og efter en vurdering af det registrerede design sammenholdt med Wollys Plantekasse finder landsretten, at den informerede bruger vil få samme helhedsindtryk af Wollys Plantekasse som af det registrerede design, jf. designlovens § 9, stk. 2. Landsretten lægger herved vægt på, at Wollys Plantekasse i den ene af de to stativudformninger, hvor tværstængerne er placeret mod gulvet, fremstår helt identisk med det registrerede design, og at Wollys Plantekasse i den anden udformning, hvor den ene tværstang er placeret mod gulvet og den anden på den ene side af stativet under kassen, i alt væsentlighed fremstår identisk, idet det kun er den ene tværstang, som er anderledes placeret.

Det følger heraf, at Coop, Fakta og Wolly tillige har krænket ferm Livings rettigheder efter designlovens § 9, stk. 1.

Forbud, tilbagekaldelse, tilintetgørelse og offentliggørelse

På den nævnte baggrund tager landsretten ferm Livings subsidiære påstand 1 og 8 om, at det forbydes Coop og Fakta at markedsføre, udbyde og sælge og Wolly Plantekasser i Danmark, henholdsvis at det forbydes Wolly at producere, importere, eksportere, markedsføre, udbyde og sælge Wolly Plantekasser i og fra Danmark til følge. Landsretten finder herved, at der ikke er noget grundlag for at udstrække forbuddet videre end Danmark. Der er efter de foreliggende

oplysninger heller ikke et aktuelt behov for at forbyde Coop og Fakta at markedsføre, udbyde og sælge Wolly Plantekasser i "enhver farve" som anført i påstand 4. Denne påstand tages derfor ikke til følge.

Da de hensyn, som er nævnt i ophavsretslovens § 84, stk. 4, og designlovens § 38, stk. 4, samt det almindelige proportionalitetshensyn, der skal iagttages ved anvendelse af markedsføringslovens § 24, ikke ses at være til hinder herfor, tager landsretten påstand 2, 3 og 9 om tilbagekaldelse og tilintetgørelse til følge som nedenfor bestemt, jf. herved ophavsretslovens § 84, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, designlovens § 38, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, og markedsføringslovens § 24, stk. 1, nr. 2. Det bemærkes, at Wolly ikke har fremført nogen form for bevis for det anførte om ikke at have flere plantekasser på lager.

Påstand 7 og 10 om offentliggørelse tages efter krænkelens karakter, og da de proportionalitetshensyn, der skal iagttages ved anvendelse af ophavsretslovens § 84 a, designlovens § 39 a og markedsføringslovens § 24, ikke ses at tale herimod, til følge, jf. ophavsretslovens § 84 a, designlovens § 39 a, og markedsføringslovens § 24, stk. 1, nr. 2.

Påstand 5

Når henses til det ovenfor bestemte om forbud mod Faktas markedsføring, udbud og salg af Wolly Plantekasser, kan ferm Living ikke anses for at have retlig interesse i den nedlagte påstand 5. Påstanden afvises derfor.

Vederlag, erstatning og godtgørelse

Wollys Plantekasse er en nærgående efterligning af Plant Box, og Coop og Fakta må anses for at være professionelle indkøbere, der generelt må antages at være bekendt med nye produkter og trends. Henset hertil og for Wollys vedkommende tillige til Morten Avnskjolds mail af 14. marts 2016 til Belinda Liao må krænkelsen tilregnes Coop, Fakta og Wolly som i hvert fald uagtsom.

Coop, Fakta og Wolly skal derfor betale vederlag og erstatning til ferm Living for lidt tab, herunder markedsforstyrrelse, jf. ophavsretsloven § 83, stk. 1 og 2, designlovens § § 37, stk. 1 og 2, markedsføringslovens § 24, stk. 2 og 3, samt godtgørelse efter ophavsretslovens § 83, stk. 3, og designlovens § 37, stk. 3.

Coop, Fakta og Wolly har bestridt, at erstatning mv. kan fastsættes som påstået af ferm Living til 1.500.000 kr. for Coop og Faktas vedkommende og til 250.000 kr. for Wollys vedkommende, men har ikke bestridt ferm Livings rentepåstande.

Der er enighed om, at Wollys fortjeneste på de krænkende produkter var 211.745 kr. ekskl. moms. På det foreliggende grundlag finder landsretten endvidere, at der ikke er grundlag for at betvivle rigtigheden af Coops

revisorbekræftede opgørelse, hvorefter Coop (herunder Faktas) fortjeneste var på 422.917 kr. ekskl. moms.

ferm Living har til støtte for erstatningspåstandene henvist til sit faldende salg af Plant Box på det danske marked, set i forhold til selskabets globale salg i årene efter at det krænkende produkt kom på markedet i Danmark.

Landsretten finder, at det må lægges til grund, at den skete markedsføring og salg af Wollys Plantekasse har påvirket ferm Livings salg negativt. Den nærmere skadevirkning er dog usikker, navnlig henset til at der, jf. de i Sø- og Handelsrettens dom s. 11-12 gengivne eksempler, kom en række andre plantekasser på markedet i Danmark i samme periode.

På den nævnte baggrund, og særligt henset til det opnåede udbytte ved salget af de krænkende produkter, den solgte mængde og længden af den periode, de var på markedet, sammenholdt med usikkerheden vedrørende størrelsen af ferm Livings tab, herunder den skete markedsforstyrrelse, finder landsretten, at det samlede vederlag, erstatning og godtgørelse, som Coop og Fakta henholdsvis Wolly skal betale, passende kan fastsættes til for Coop og Faktas vedkommende 750.000 kr. og for Wollys vedkommende til det påståede beløb på 250.000 kr. Beløbene tillægges rente som påstået.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Coop, Fakta og Wolly solidarisk betale 1.053.745,60 kr. til ferm Living i sagsomkostninger for begge retter. Heraf er 900.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms, 63.145,60 kr. er til dækning af udgift ekskl. moms til syn og skøn og afhjæmning i Sø- og Handelsretten og 90.600 kr. til retsafgift. Sagsomkostningerne er fastsat efter retsplejelovens § 316, som fortolket i lyset af retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 og EU-Domstolens afgørelse i sag C-57/15, United Video Properties Inc., idet der herved udover de faktiske omkostninger, som ferm Living har måttet afholde, er taget hensyn til de vundne beløb samt sagens omfang og forløb. Da Coop, Fakta og Wolly intet har anført om en indbyrdes fordeling mellem dem af sagsomkostninger, herunder af sagsomkostninger de solidarisk måtte blive pålagt at betale, har landsretten ikke foretaget en sådan fordeling.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres som følger:

Coop Danmark A/S og Fakta A/S forbydes at markedsføre, udbyde og sælge produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A i Danmark.

Wolly & Co. A/S forbydes at producere, importere, eksportere, markedsføre, udbyde og sælge produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A i og fra EU i og fra Danmark.

Coop Danmark A/S og Fakta A/S skal tilbagekalde og fjerne produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A fra egne butikker samt tilbagekalde disse fra forhandlere og andre ikke-slutbrugere.

Coop Danmark A/S og Fakta A/S skal destruere deres lager af produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A, herunder alle tilbagekaldte eksemplarer af produkterne.

Wolly & Co. A/S skal destruere sit lager af produkterne afbilledet i bilag 1, bilag 30 (plantekasser), bilag 60, bilag 61, bilag I.L (plantekasser) og bilag IV.A.

Coop Danmark A/S skal senest 14 dage efter denne dom offentliggøre dommens begrundelse og resultat i en periode på ikke under 14 dage på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet coop.dk og på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet fakta.dk.

Wolly & Co. A/S skal senest 14 dage efter denne dom offentliggøre dommens begrundelse og resultat på forsiden af hjemmesiden under domænenavnet wolly.dk i en periode på ikke under 14 dage.

Påstand 5 afvises.

Coop Danmark A/S skal betale 750.000 kr. til ferm Living ApS med tillæg af procesrente af 100.000 kr. fra den 19. december 2018, af 400.000 kr. fra den 29. marts 2019 og af resten fra den 5. marts 2020.

Wolly & Co. A/S skal betale 250.000 kr. til ferm Living ApS med tillæg af procesrente af 50.000 kr. fra den 19. december 2018 og af 200.000 kr. fra den 29. marts 2019.

I sagsomkostninger for begge retter skal Coop Danmark A/S, Fakta A/S og Wolly & Co. A/S solidarisk betale 1.053.745,60 kr. til ferm Living ApS i sagsomkostninger for begge retter. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Det idømte skal betales inden 14 dage.