

HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 12. oktober 2011

Sag 168/2008

(2. afdeling)

Gorm Lokdam (tidl. Royal Classic v/ Gorm Lokdam)

(advokat Erik Høimark)

mod

Alfi Zitzmann GmbH Isoliergefässe und Metallwaren

(advokat Claus Barrett Christiansen)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 16. april 2008.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Peter Blok, Lene Pagter Kristensen, Henrik Waaben, Michael Reklings og Lars Hjortnæs.

Påstande

Appellanten, Gorm Lokdam (tidl. Royal Classic v/ Gorm Lokdam), har gentaget sine påstande, dog således at der for så vidt angår indstævnte, Alfi Zitzmann GmbH Isoliergefässe und Metallwarens, påstand nr. 6 alene påstås frifindelse.

Alfi Zitzmann har gentaget sin påstand nr. 4 om betaling af 950.000 kr. med procesrente fra sagens anlæg den 18. juli 2005. I øvrigt påstås stadfæstelse, dog at SØ- og Handelsrettens afgørelse om sagsomkostninger (dommens punkt 7) ændres, således at Gorm Lokdam skal betale et større beløb end 40.100 kr. i sagsomkostninger for SØ- og Handelsretten.

Anbringender

Gorm Lokdam har gentaget sine anbringender og har navnlig anført, at det ikke er godtgjort, at Carl Zitzmann var ophavsmand til Juwel-termokanden. I fogedretten oplyste Alfi Zitzmann da også, at ophavsmanden var ukendt. Det følger herefter af ophavsretslovens § 63, stk. 2, at ophavsretten udløb senest i 1988, dvs. 70 år efter, at Juwel-kanden var bragt på markedet. De

Øvrige termokander er videreudviklinger af Juwel-kanden og er ikke selvstændigt ophavsretligt beskyttede.

Et eventuelt vederlagskrav efter ophavsretsloven skal beregnes på grundlag af en licensafgift, der i mangel af andre oplysninger må fastsættes til 5 % af salgsprisen. Vederlaget kan endvidere højst baseres på, at Gorm Lokdam anslået har solgt 2.200 kander.

Der er ikke godtgjort en markedsfortrængning eller markedsforstyrrelse, som overstiger et eventuelt vederlagskrav, og som skyldes Gorm Lokdams markedsføring af sine kander. Der kan ikke lægges vægt på en konstateret salgsnedgang i 2006, når markedsføringen af Gorm Lokdams kander foregik i 2005, også under hensyn til, at det må lægges til grund, at Alfi Zitzmann i den periode satte priserne op. Det er ikke godtgjort, at Alfi Zitzmanns udgifter til en konceptmanual skyldes markedsføringen af Gorm Lokdams kander.

Alfi Zitzmann har gentaget sine anbringender og har supplerende anført, at det er sandsynliggjort, at Carl Zitzmann er ophavsmand til Juwel-kanden, der kom på markedet i 1918. Endvidere følger det af formodningsreglen i ophavsretslovens § 7, stk. 1, at Carl Zitzmann er ophavsmand, idet Alfi-mærket, som altid har været påført Juwel-kanderne, henviser til Zitzmann. Alfi Zitzmanns kander Juwel Tee, Smaragd og Opal er hver for sig ophavsretligt beskyttet som selvstændige værker. Subsidiært er de ophavsretligt beskyttet som variationer af Juwel-kanden.

Gorm Lokdams kander er derimod ikke udtryk for en selvstændig kunstnerisk indsats, men fremtræder som nærgående efterligninger, der ikke kunne være lavet uden kendskab til Alfi Zitzmanns kander.

Alfi Zitzmann har efter ophavsretsloven krav på et vederlag, der kan beregnes til 110.000 kr. på grundlag af et anslået salg af 2.200 af Gorm Lokdams kander til en gennemsnitlig pris på 200 kr. pr. stk. og en royalty på 25 % af salgsprisen.

Endvidere har Alfi Zitzmann efter ophavsretsloven og markedsføringsloven krav på erstatning for markedsfortrængning. Der bør herved lægges vægt på nedgangen i Alfi Zitzmanns indtægter ved salg af termokander i Danmark fra 2005 til 2006, idet denne nedgang i vidt omfang

skyldes markedsføringen og salget af Gorm Lokdams kander. Der bør endvidere lægges vægt på, at Alfi Zitzmann fandt det nødvendigt at udarbejde en konceptmanual til forhandlerne for at imødegå de skadelige virkninger af markedsføringen af Gorm Lokdams kander. Indtægtsnedgangen ved salg af Juwel-kander fra 2005 til 2006 var på ca. 1.125.000 kr., og udgifterne til konceptmanualen var på ca. 100.000 kr. Der har endvidere været en betydelig markedsforstyrrelse.

Designregistreringen af Gorm Lokdams termokande nr. 5095 er ugyldig, idet kanden ikke er et resultat af en selvstændig skabende indsats, men giver samme helhedsindtryk som Alfi Zitzmanns termokander. Kanden opfylder derfor ikke nyhedskravet og kravet om individuel karakter, jf. designlovens § 3.

Supplerende sagsfremstilling

I supplerende syns- og skønserklæring fra juli 2010 hedder det bl.a.:

”Spørgsmål 23)

I hvilket omfang er udformningen af tud, låg og greb på Alfi kanderne funktionelt bestemt?

Tud, låg og greb er både funktionelt og æstetisk bestemt. Tudens form er naturligvis udformet til at kunne hælde, hvilket imidlertid er en ramme/begrænsning, som tillader en betydelig grad af formgivningsfrihed.

Grebet er udformet i forhold til hånden og formålet (at hælde) samt i forhold til den enkelte kandes størrelse, vægt, tyngdepunkt osv., hvilket ligeledes kan ske med en betydelig grad af formgivningsfrihed.

Låget har ligeledes store formgivningsmæssige frihedsgrader, dog er det hensigtsmæssigt, at den tætsluttende del af låget er cirkulært. Udformningen af selve hængslingsdelen af låget er dog i vidt omfang funktionelt bestemt af Alfis dobbelthængslede løsning/opfindelse.

For kander - og industrielt designede produkter generelt - gælder det, at formen i større eller mindre grad er funktionelt bestemt. Dette forhindrer dog ikke store formgivningsmæssige frihedsgrader, hvilket også afspejles i Alfis øvrige program og det generelle udbud af kander.

For alle Alfi kander og de enkelte elementer gælder det, at formen er fremkommet via en kombination af æstetiske og funktionelle kvaliteter, som på Alfi kanderne går op i en højere enhed.

Spørgsmål 23a)

Såfremt der ses bort fra enkelte kanders tud, låg og greb, adskiller Alfi kanderne sig fra de andre kander på markedet, og i givet fald på hvilken måde?

De Alfi kander, som er en del af det man kunne kalde den klassiske Alfi, dvs. de kander, som denne sag vedrører, adskiller sig generelt fra andre kander via det grundlæggende formsprog, som i forhold til andre kander er karakteriseret ved et forholdsvis komplekst formudtryk, som fremkommer ved svungne linier og bløde organiske former (modsat et strengt geometriske formsprog). Dette gælder såvel det overordnede indtryk som de enkelte elementer.

Dette er historisk begrundet, idet det tydeligt ses, at Alfi kandernes formkode - på trods af en løbende bearbejdning, er grundlagt i en tid med tydelige formmæssige rødder og inspirationen fra kander i andre og meget formbare materialer såsom porcelæn. Samtidig er Alfis formkode desuden karakteriseret ved kombinationen af de svungne, bløde linier og meget præcise overgange fra én form til en anden f.eks. ved brug af små rundingsradier i disse overgange - særlig distinkt i "kroppens" overgang fra konveks til konkav.

Kanderne har som helhed og i de enkelte elementer et meget detaljeret formudtryk og en høj bearbejdningsgrad, som fremkommer gennem en grundig menneskeskabt og individuel indsats og store håndværksmæssige kvaliteter, hvorfor den også velfortjent har status som en design klassiker.

Spørgsmål 24)

Er eller har der været andre kander på markedet med lignende tud? I givet fald hvilke og i hvilken periode?

Dette spørgsmål forudsættes besvaret ud fra den viden, skønsmanden allerede har, således at der ikke skal iværksættes nærmere undersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet.

Jeg har kendskab til 2 nutidige modeller fra Cook & Baker, hvor specielt den ene kandes tud også er meget tæt på Alfis (se BILAG 1).

Ellers har langt de fleste termokander en tud med et mere enkelt og geometrisk formsprog.

Hvis man skulle finde eksempler på kander med lignende tud, skal man sandsynligvis kigge på f.eks. porcelænskander fra tiden, hvor Alfi Juvel kanden blev skabt?

Spørgsmål 25)

Er eller har der været andre kander på markedet med lignende låg? I givet fald hvilke og i hvilken periode?

Dette spørgsmål forudsættes besvaret ud fra den viden, skønsmanden allerede har, således at der ikke skal iværksættes nærmere undersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet.

Det karakteristiske ved Alfis låg er kombinationen af selve lågets form og hængslingsdelen, som er et distinkt kendetegn for den klassiske Alfi kande.

Her er det ligeledes de to nutidige kander fra Cook & Baker, som kommer tættest på, dog ikke med så tydelig lighed i kombinationen mellem låg og hængsel som Classic Royal kanderne.

Ellers mener jeg ikke at have kendskab til kander med lignende låg udover lågets referencer til især ældre vin- og kaffekander med vippelåg, fremstillet i andre materialer - kander fra den tid, hvor Alfi's første kande Juwel blev skabt.

Spørgsmål 26)

Er eller har der været andre kander på markedet med lignende greb? I givet fald hvilke og i hvilken periode?

Dette spørgsmål forudsættes besvaret ud fra den viden, skønsmanden allerede har, således at der ikke skal iværksættes nærmere undersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet.

Alfi seriens greb er - ud fra funktionelle begrundelser - i form, størrelse og placering dedikeret den enkelte kandes størrelse, vægt, tyngdepunkt osv. og er dernæst formmæssigt bearbejdet med udgangspunkt i den overordnede formkode med bløde, organiske former og en høj detaljerings- og bearbejdningsgrad grundlagt i en tid, hvor inspirationen kom fra kander i andre og meget formbare materialer såsom porcelæn.

Grebet på de kander, som denne sag omhandler, er (bortset fra Juwel Tee) også karakteriseret ved at have et "spids" toppunkt.

Spørgsmål 27)

Af bilag 43 - konceptmanualen fra Alfi - fremgår det, at låget henholdsvis grebet på Juwel kanden gennem årene har undergået forandringer, og på side 9, 20 og 25 i samme manual fremgår, at udformningen af såvel låg, greb og tud varierer.

På den baggrund anmodes skønsmanden om nærmere at præcisere, hvilke variationer vedrørende låg, greb og tud der efter skønsmandens opfattelse omfattes af "designkoden".

Som det fremgår af bilag 43 - konceptmanualen fra Alfi - side 6 vedrørende Alfi sortimentet, stræber Alfi efter, citat: "... at opnå et bredt spektrum af forskellige stilarter i sortimentet - for at appellere til hele paletten af forbrugere. Hvert produkt udtrykker sit eget koncept, sin egen tid - og bidrager til alfis totale koncept.

I dag er alfi sortimentet både bredt og dybt - der findes en kande der matcher enhver stil og et hvilket som helst bord Kort sagt - en kande til ethvert formål og enhver smag" (citat slut).

Jeg er naturligvis klar over, at der er formmæssig stor variation og spændvidde i Alfis produktprogram (hvilket, som det fremgår af konceptmanualen er meget bevidst), og at man dermed ikke kan tale om en designkode, som dækker hele Alfis sortiment, men kun gælder de kander, som denne sag omhandler, dvs. kander, som relaterer sig til den

formkode, der blev grundlagt med Juwel kanden i 1918. De kander, der ligger tættest på den oprindelige designkode er Juwel, Juwel Tee, Opal, Smagrad og Saphir.

Dernæst er der kander, som indeholder dele af Juwel designkoden, f.eks. Jubilee, Achat, Albergo, Gusto og Classico, hvor der er tale om en formmæssig bearbejdning af f.eks. tud og låg i kombination med nye greb. Disse kander indeholder elementer af designkoden fra "den klassiske Alfi produktlinie" - og i forskellig grad.

Derudover indeholder Alfis sortiment en række kander med helt andre - og for størstedelens vedkommende individuelle formelementer. Dette gælder overvejende den nyere del af sortimentet, hvoraf de fleste kander er i plast.

Spørgsmål 28)

Giver det skønsmanden anledning til ændret besvarelse af spørgsmål 2 - 4a, såfremt antages, at den første frembringelse af Juwel kanden ikke længere er ophavsretsligt beskyttet - dvs. at de enkelte elementer frit kan anvendes af andre?

Nej.

Spørgsmål 29)

Er der fra "Aluminiumwarenfabrik Fischbach", der efter anden verdenskrig blev eksproprieret, blevet produceret Juwel kander, og i givet fald i hvilken periode?

Dette spørgsmål forudsættes besvaret ud fra den viden, skønsmanden allerede har, således at der ikke skal iværksættes nærmere undersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet.

Virksomheden er, siden den blev eksproprieret, geografisk flyttet flere gange og producerer stadig Juwel kanden.

Spørgsmål 30)

Skønsmanden anmodes om - efter undersøgelse af den af Gorm Lockdam designede termokande 5095 - detaljeret at oplyse om ligheder/forskelle i forhold til Alfi kanderne, herunder materialevalg og holdbarhed.

Diameter *Termokande 5095 diameter er Ø 140 mm, sammenlignet med Ø 138 mm på Alfi Smaragd, hvis grundform (bortset fra faceteringen) er tættest på 5095. Alfi Opals diameter er mindre - Ø 130 mm pga. hovedformens cylinderform (ikke buet).*

Højde *Termokande 5095 og Opal har næsten samme højde (5095 er 3 mm højere).*

"Sokkel" *Termokande 5095 har en synlig samling mellem bund & "krop" 23 mm fra bunden og adskiller sig derved fra Juwel & Tee, som har samlingen midt på kanden, mens Smagrad og Opal er samlet i*

bunden. Dog har Opal kanden et niveauspring i ca. samme højde, hvilket har en lignende visuel effekt.

<i>Volumen</i>	<i>Termokande 5095 har en volumen på ca. 0.8 liter, hvilket er mindre end for de fleste af Alfi kanderne, som typisk har en volumen på ca. 1 liter.</i>
<i>Greb</i>	<i>Grebet, der (sammenlignet med termokande 5093) er ændret på termokande 5095, adskiller sig fra Alfis greb på Juwel, Opal og Saphir ved at have et mindre spidst toppunkt på grebets øverste bue.</i>
<i>Tud</i>	<i>Tudens form, der (i forhold til termokande 5093) er ændret, er således tættere på Alfis tud i højde, bredde og rundingsradier, mens den forrest spidser en anelse mere til. Hullet ned i kanden er fortsat 5 mm større i diameter på Juwel.</i>
<i>Vippelåg</i>	<i>Vippelåget har ikke samme kvalitet som på Alfis kander. 5095 er funktionelt af væsentlig dårligere kvalitet, hvilket gælder både mht. materialevalg og tæthed, ligesom låget lukker skævt og upræcist bl.a. pga. en blødere gummi-indsats. Hængslingen er ikke af samme kvalitet og vippemekanismen fungerer væsentlig dårligere.</i>
<i>Formdetaljer</i>	<i>Overgangen mellem den konkave og den konvekse form (kransen op mod kandens top) er ikke så præcis og markant på 5095 som på Alfis kander.</i>
<i>Vægt</i>	<i>Termokande 5095 og Alfi kanderne vægt er stort set ens (5095 1047 g / Opal 1106 g / Juwel 1038 g).</i>
<i>Tyngdepunkt</i>	<i>Tyngdepunktet er dog væsentlig forskelligt og er i Alfi kanderne placeret højere, hvilket giver en bedre ergonomi og hældebevægelse.</i>
<i>Glasindsats</i>	<i>Indsatsen på termokande 5095 er mørkere og "pletet" i overfladen.</i>
<i>Materialer</i>	<i>Alfi kanderne materialevalg er af meget høj kvalitet og finish, mens 5095 kanden er lavet i en billigere metallegering.</i>
<i>Overflade</i>	<i>Juwel kanden har en smukkere, mere blank og eksklusiv overflade, hvor 5095 kandes overflade er mere mat, ujævn og gullig. Termokande 5095 har dog en væsentlig flottere overflade og finish end de øvrige kander fra Classic Royal og kommer dermed visuelt noget tættere på Alfi kanderne. Hvorvidt dette også gælder kvalitetsmæssigt er tvivlsomt, hvilket dog er svært at vurdere.</i>
<i>Samlinger</i>	<i>Overgange & samlinger er dårligere udført på termokande 5095.</i>

Spørgsmål 31)

Er der andre kander på markedet, der ligner termokande 5095?

Dette spørgsmål forudsættes besvaret ud fra den viden, skønsmanden allerede har, således at der ikke skal iværksættes nærmere undersøgelser med henblik på at besvare spørgsmålet.

Der er kander, hvis delelementer har en vis lighed med termokande 5095 "kroppen", men ingen - udover Alfi kanderne - hvor helhedsindtrykket er det samme.

Spørgsmål 32)

Kan termokande 5095 anses for et resultat af en selvstændig skabende åndsindsats, præget af ophavsmandens individualitet?

NEJ!"

Det fremgår af en oversigt udarbejdet af Gorm Lokdam baseret på Alfi Zitzmanns oplysninger om virksomhedens salg af Opal-kander til den danske eneforhandler i perioden 2000-2005, at den gennemsnitlige mellemhandlerpris (prisen ved salg til eneforhandleren) for denne kande i 2005 var 412,83 kr. pr. stk.

Parterne er enige om, at der skal tages udgangspunkt i, at Gorm Lokdam anslået har markedsført i alt 2.229 kander nr. 5090-5094 her i landet. Det fremgår af en oversigt udarbejdet af Gorm Lokdam, at 1.566 af kanderne er solgt til tredjemand, og at 142 stk. er anvendt i hans egne virksomheder, mens der efterfølgende er blevet returneret 327 stk. fra tredjemand som følge af sagen. Der har således været en markedsfortrængning på højst 1.381 kander.

Det bemærkes, at der ved fotogengivelsen af termokanderne i SØ- og Handelsrettens dom side 5 er byttet om på Opal-kanden og Smaragd-kanden.

Højesterets begrundelse og resultat

Gorm Lokdam (tidligere Royal Classic ved Gorm Lokdam) har for Højesteret særlig gjort gældende, at de omhandlede termokander produceret af Alfi Zitzmann GmbH Isoliergefässe und Metallwaren benævnt Juwel, Tuwel Tee, Opal og Smaragd ikke er ophavsretligt beskyttede, idet det ikke er dokumenteret, at Carl Zitzmann var ophavsmand til Juwel-kanden, hvor-

for ophavsmanden til denne kande må anses for ukendt, således at ophavsretten er ophørt 70 år efter, at kanden blev bragt på markedet, dvs. i 1988, jf. ophavsretslovens § 63, stk. 2, og idet de tre øvrige kander er videreudviklinger af Juwel-kanden, som ikke opfylder betingelserne for at være selvstændigt ophavsretligt beskyttet. Som det fremgår af det følgende, finder Højesteret det ufornuddent at tage stilling til disse spørgsmål.

Efter skønsmandens udtalelser finder Højesteret det utvivlsomt, at Alfi-kanderne har et sådant særpræg, at de er beskyttede mod efterligning efter markedsføringslovens § 1, og at de termokander betegnet med numrene 5090, 5091, 5092, 5093 og 5094, som Royal Classic importerede fra Kina, er forvekslelige med Alfi-kanderne, idet kanderne 5090, 5091 og 5092 på det nærmeste er slaviske efterligninger af Alfi-kanderne Juwel og Juwel Tee, mens kanderne 5093 og 5094 må betegnes som en meget nærgående efterligning af navnlig Alfi-kanden Smaragd. Ligheden mellem termokanderne er af en sådan karakter, at det er ubetænkeligt at lægge til grund, at den er bevidst og tilstræbt. Højesteret finder det også ubetænkeligt at lægge til grund, at Royal Classic ved Gorm Lokdam ved købet var bekendt med Alfi-kanderne og med, at der var tale om en efterligning af disse.

Royal Classic ved Gorm Lokdam har derfor på ansvarspådragende måde overtrådt markedsføringslovens § 1 ved importen og salget af de omhandlede termokander.

Allerede som følge af, at Royal Classic har overtrådt markedsføringslovens § 1, stadfæster Højesteret SØ- og Handelsrettens dom for så vidt angår konklusionens punkter 1, 2, 3 og 5.

Som anført af SØ- og Handelsretten må det antages, at Royal Classics termokander i betydeligt omfang har fortrængt Alfi-kanderne. På denne baggrund og efter det oplyste dels om antallet af kander, der er solgt af Royal Classic, herunder til Gorm Lokdams egne virksomheder, dels om Alfi Zitzmanns priser ved salg til den danske mellemhandler, finder Højesteret, at Alfi Zitzmanns afsætningstab efter et forsigtigt skøn kan ansættes til 100.000 kr. Det bemærkes herved, at det må komme Alfi Zitzmann til skade, at selskabet heller ikke for Højesteret har oplyst størrelsen af sit dækningsbidrag.

Endvidere bemærkes, at den tilkendte erstatning for afsætningstab må antages at overstige, hvad Alfi Zitzmann ville kunne have krævet som mindsterstatning efter ophavsretslovens §

83 i form af et rimeligt vederlag, og at der herefter ikke efter denne bestemmelse ville være krav på erstatning i form af et rimeligt vederlag ved siden af erstatningen for afsætningstab.

Højesteret finder, at Alfi Zitzmann tillige har krav på erstatning for markedsforstyrrelse. Denne erstatning fastsættes skønsmæssigt til 50.000 kr., således at den samlede erstatning herefter udgør 150.000 kr.

Efter skønsmandens svar på spørgsmålene 30-32 må det lægges til grund, at Royal Classics kande nr. 5095, som er registreret efter designloven, ikke opfylder betingelserne i lovens § 3 for opnåelse af designret. Højesteret tiltræder derfor, at designregistreringen er ugyldig, og stadfæster således også punkt 6 i konklusionen i Sø- og Handelsrettens dom.

I sagsomkostninger for fogedret, Sø- og Handelsretten og Højesteret skal Gorm Lokdam betale 125.000 kr. til dækning af advokatudgifter og 10.750 kr. til dækning af retsafgifter i forhold til et beløb på 150.000 kr., i alt 135.750 kr.

Thi kendes for ret:

Punkt 1-6 i konklusionen i Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes med den ændring vedrørende punkt 4, at det beløb, som Gorm Lokdam skal betale til Alfi Zitzmann GmbH Isoliergefässe und Metallwaren, forhøjes til 150.000 kr. med procesrente fra den 18. juli 2005.

I sagsomkostninger for fogedret, Sø- og Handelsretten og Højesteret skal Gorm Lokdam betale 135.750 kr. til Alfi Zitzmann GmbH Isoliergefässe und Metallwaren.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.