

Intellectual Property Perspective

Design | Markedsføring | Ophavsret | Patenter | Teknologi | Varemærker



INDHOLD

4	Kommerciel brug af kendisser
6	IP-retlige udfordringer ved kunstig intelligens
10	Dokumentationskrav til "grønne" markedsføringsudsagn
12	To (tilsyneladende) modstridende kendelser fra Sø- og Handelsretten om gyldigheden af samme patent
14	Varemærket "EtOH" nød kun snæver beskyttelse for alkoholholdige produkter

Forord

I en tid med teknologisk udvikling, tiltagende globalisering og international konkurrence er indtægtpotentialet fra IP stadig stigende, og for mange virksomheder er IP lige så vigtigt som at have adgang til råvarer eller et produktionsgrundlag. Samtidig bliver IP-krænkelser stadig mere komplekse, hvorfor virksomheders behov for at beskytte og håndhæve deres rettigheder vokser sig større.

Som én af de største og mest specialiserede afdelinger for IP i Danmark ønsker vi at sætte fokus på IP-området, som i takt med den foranderlige virkelighed bliver mere kompliceret og internationaliseret.

I magasinet "Intellectual Property Perspective" kan du læse om nogle af de mest interessante nyheder inden for IP-området. Vi dykker ned i både aktuelle emner og emner, som vi oplever kan være svære for virksomheder at forholde sig til. Samtidig kan du læse om emner, som fortjener øget fokus og kendskab.

Formålet er at klæde jeres virksomhed på og sikre jer de bedste betingelser for udvikling, udnyttelse og beskyttelse af jeres IP-potentiale.

I denne udgave kan du blandt andet få indblik i en dom, der afspejler det aktuelle fokus på miljømarkedsføring og "grønne" markedsføringsudsagn. I 2022 blev nogle af de hidtil mest velfungerende teknologier med kunstig intelligens lanceret i åbne udgaver tilgængelige for alle. Men hvem har rettigheder til indholdet? Og hvad hvis det krænker immaterielle rettigheder? Endelig kan du læse om to (tilsyneladende) modstridende kendelser fra Sø- og Handelsretten om gyldigheden af samme patent.

Du er altid meget velkommen til at række ud til os ved spørgsmål eller behov for uddybning.

God læselyst!



Kommerciel brug af kendisser

Må en virksomhed lancere produkter med billeder af en kendt person? Hvis man spørger den verdenskendte popsanger Justin Bieber, så er svaret nej.

I december 2022 rettede han skarp kritik af en global tøjproducent, der havde lanceret en t-shirt med et billede af hans ansigt, og i løbet af ganske få timer blev t-shirten fjernet fra salg.

Og sagen er ikke den første af sin slags. I de senere år har der været et stigende antal sager, som har vedrørt brugen af kendte menneskers billeder i reklamer eller på produkter.

En af de større sager vedrørte sangerinden Rihanna, der sagsøgte en tøjproducent for at have solgt en t-shirt med et print af hendes ansigt, og den britiske domstol dømte i den efterfølgende retssag tøjproducenten til at betale 3,3 millioner pund i erstatning til sangerinden.

Der er med andre ord god grund til at sætte sig ind i, hvad man må og ikke må, hvis man som virksomhed overvejer at bruge billeder af kendte personer.

Retten til eget billede

I dansk ret findes der en retsgrundsætning, som forbyder brug af kendte personers billeder i kommerciel kontekst, medmindre de har givet tilladelse til dette. Det betegnes retten til eget billede og udgør kernen i den juridiske disciplin, der kaldes personlighedsretten.

Personlighedsretten beskytter menneskets personlighed og privatliv, og i løbet af de seneste år har de personlig-

hedsretlige grundsætninger været med til at fastlægge grænserne for, i hvilket omfang man må gøre brug af andre personers billede, navn og historie. Personlighedsretten suppleres af markedsføringsloven, som ligeledes yder beskyttelse mod kommerciel anvendelse af personbilleder.

Personlighedsretten beskytter alle mennesker, men den får en særlig betydning, når det omhandler offentligt kendte personer. Når det hænger sådan sammen, skyldes det, at der er knyttet en kommerciel værdi til disse personer, som de selv skal have lov til at udnytte.

Kommerciel kontekst

Retten til eget billede indebærer, at en person som udgangspunkt har ret til at bruge sit eget billede - og dermed også forbyde andre at bruge billedet i kommerciel kontekst.

Den kommercielle brug omfatter både situationer, hvor den kendte person bruges på sociale medier og som reklame for et produkt. Derudover omfatter det også situationer, hvor den kendte personen optræder på selve produktet, som det var tilfældet med Justin Bieber og Rihanna.

I retspraksis findes der en lang række domme, hvor det er fastslået, at det ikke er tilladt at bruge kendte personers billeder i kommerciel kontekst. Den første dom på området blev afsagt af Højesteret og vedrørte billedet af den kendte skuespiller, Buster Larsen (1920 - 1993), som blev brugt i markedsføringen for en virksomhed.

Kræver samtykke

I dommen fastslog Højesteret, at billedet var i strid med retten til eget billede, fordi skuespilleren ikke havde givet samtykke til brugen af billedet.

I langt de fleste sager er det klart, om der foreligger samtykke eller ej, men der findes også situationer, hvor det er mere uklart, om der er givet samtykke og i givet fald, hvilken rækkevidde dette samtykke har.

Eksempelvis førte modellen, Carina Jensen, i 1995 en sag for Højesteret, som angik rækkevidden af hendes samtykke. Modellen havde indvilget i at få taget et billede til en husstandsomdelt reklamebrochure for en virksomhed, men da billedet efterfølgende - efter at Carina Jensen var blevet offentligt kendt som vært i Lykkehjulet - blev brugt på butiksskilte for virksomheden, fastslog Højesteret, at modellen ikke havde givet samtykke til denne brug, og hun blev derfor tilkendt erstatning.

Erstatning og godtgørelse

Der findes i dansk retspraksis en lang række eksempler på virksomheder, der har måttet betale erstatning til kendte personer. Ofte kan det være svært at dokumentere det konkrete tab, der er forbundet med den uretmæssige brug af billederne, og erstatningen bliver derfor som udgangspunkt fastsat skønsmæssigt.

I tillæg til erstatningen er der også tilfælde, hvor virksomheden skal betale såkaldt "godtgørelse". Det var blandt andet tilfældet i ovennævnte sag med Rihanna, hvor domstolen fastslog, at hun havde lidt et imagetab ved den uretmæssige brug af hendes billede. Også i dansk kontekst findes der eksempler på kendte personer, der er blevet tilkendt godtgørelse. I 1983 blev Kim Larsen tilkendt erstatning og godtgørelse, fordi hans billede uretmæssigt var blevet brugt i en annonce for et brancheblad. I annoncen blev radioforhandlere opfordret til at bruge Kim Larsens billede som reklame for deres radioprodukter. Østre Landsret vurderede, at det udgjorde en krænkelse af Kim Larsen, at han var blevet brugt i en kommerciel sammenhæng.

Databeskyttelsesretten

Foruden ovennævnte regler og retsgrundsætninger yder også databeskyttelsesretten et værn mod udnyttelse af personbilleder.

Et billede af en genkendelig person udgør en personoplysning, og der kræves derfor en hjemmel, hvis billedet skal bruges - også i en kommerciel kontekst.

Hvis der er indgået en kontrakt om brug af billedet, vil kontrakten være hjemmelsgrundlaget. Ellers kan et databeskyttelsesretligt samtykke fra den person, som optræder på billedet, også udgøre et hjemmelsgrundlag. Der stilles imidlertid særlige indholdsmæssige krav til

samtykket, og for at være gyldigt skal samtykket være frivilligt, informeret, specifikt og utvetydigt, og det skal kunne trækkes tilbage med den virkning, at brugen skal ophøre. Samtykke som databeskyttelsesretlig hjemmel er derfor ofte ikke så egnet i en kommerciel sammenhæng.

Et tredje hjemmelsgrundlag er den såkaldte interesseafvejningsregel. Ifølge denne regel skal der foretages en konkret afvejning af de interesser, som den pågældende virksomhed har i at anvende billedet, over for hensynet til den person, der optræder på billedet. Her er der mange faktorer, som skal tages med i betragtningen, herunder at personen på billedet ikke føler sig udstillet, udnyttet eller krænkede. Det klare udgangspunkt er dog, at interesseafvejningsreglen ikke vil kunne komme på tale i forbindelse med kommerciel brug af et billede af en kendt person.

Gode råd til virksomheder

Hvis du overvejer at bruge et personbillede på din virksomheds produkter eller som reklame for disse produkter, er det vigtigt, at du sørger for at indgå en kontrakt eller indhente tilladelse og i den forbindelse sikre et databeskyttelsesretligt gyldigt samtykke fra den person, der optræder på billedet.

I begge tilfælde skal den information, som du giver til personen blandt andet fortælle om, hvad billedet skal bruges til, og hvor længe det må bruges.

Kontakt



Martin Dahl Pedersen
Partner

Dir. +45 38 77 43 88
Mob. +45 24 85 00 17
mdp@kromannreumert.com



Lisbeth Krener
Director, advokat

Dir. +45 38 77 10 93
Mob. +45 20 20 47 80
likr@kromannreumert.com



Kathrine Kjær
Advokatfuldmægtig

Dir. +45 38 77 12 47
Mob. +45 61 55 43 77
kaki@kromannreumert.com



IP-retlige udfordringer ved kunstig intelligens

I 2022 blev nogle af de hidtil mest velfungerende teknologier med kunstig intelligens lanceret i åbne udgaver. Nu har alle mulighed for at skabe kreative billeder eller tekster ved hjælp af AI - i hvert fald på forsøgsstadiet. Den nye teknologi medfører dog også en række udfordringer - for hvem har egentlig rettighederne til indholdet, og hvem står i skudlinjen, hvis dette indhold krænker andres immaterielle rettigheder?

Kunstig intelligens eller AI (artificial intelligence) bruges almindeligvis om computerprogrammer, der i et eller andet omfang er "selvstændigt tænkende" og dermed i stand til at udføre opgaver, som normalt vil kræve en menneskelig intelligens. Vi har længe kendt til og brugt AI-teknologi i hverdagen med f.eks. søgemaskiner og ansigts- og stemmegenkendelsesteknologier, men i slutningen af 2022 blev AI-applikationerne ChatGPT og DALL-E 2 lanceret. De to systemer indebærer betydelige teknologiske fremskridt inden for AI og kan skabe kreative værker på et niveau, som ikke er set før. ChatGPT er en chatrobot, der på få sekunder kan skrive artikler, sange, digte, historier og kode- og sågar løse universitetsopgaver. I samme stil kan DALL-E 2 på et øjeblik generere og sammensætte både kreative og kunstneriske billeder baseret på et kort tekstinput.

Med nye muligheder for at skabe kreativt indhold opstår der en række spørgsmål i relation til immaterielle rettigheder og risikoen for krænkelser. Det er et komplekst

emne, som den nuværende danske og europæiske immaterialretlige lovgivning ikke umiddelbart tager direkte stilling til. Nedenfor giver vi et overblik over nogle af de immaterialretlige spørgsmål, der kan opstå ved brug af AI-teknologi til at udvikle kreativt indhold.

Ingen ophavsretlig beskyttelse

Ophavsretten giver skaberen af et værk eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden. For at nyde beskyttelse efter ophavsretsloven skal værket have en vis originalitet, og ifølge den gængse opfattelse kræver det (blandt andet), at værket er menneskeskabt (udtryk for en selvstændig, skabende indsats).

Selvom AI-genereret indhold kan forekomme originalt, består den menneskelige indsats oftest alene af det tekstinput, der udgør grundlaget for teknologiens generering af indholdet. Efter dansk ret er det klare udgangspunkt derfor, at AI-genererede værker ikke kan opnå ophavsretlig beskyttelse, idet de ikke er skabt af mennesker (men computerprogrammer). Det betyder, at der ikke er nogen, der har ophavsretten til AI-genererede værker. Som konsekvens heraf har den person, der har skabt et værk ved brug af AI, ikke nødvendigvis en eneret til at fremstille, udgive og formidle værket. Ophavsretten giver altså ikke skaberen - det vil sige den, der har "instrueret" AI-systemet - grundlag for at kunne offentliggøre værket uden risiko for, at det kopieres og udnyttes af andre.

Der kan dog argumenteres for, at værker genereret ved hjælp af AI-teknologi alligevel i nogle situationer kan opnå ophavsretlig beskyttelse:

AI-teknologien anvendes som et værktøj

Hvis man for eksempel bearbejder et billede eller en tekst igennem et AI-program gentagne gange med henblik på at få det helt rigtige resultat, kan der argumenteres for, at resultatet er et produkt af en menneskelig indsats snarere end et rent AI-genereret værk. For at værket i den sammenhæng kan opnå ophavsretlig beskyttelse, må det som minimum kræves, at der er foretaget konkrete, specifikke og kreative valg ved bearbejningen, så AI-programmet snarere kan anses som værende anvendt som et værktøj end (i sig selv) at være selve skaberen af værket. I så fald er der visse argumenter, som taler for, at værket kan anses som et produkt af en menneskelig indsats og dermed være ophavsretligt beskyttet.



AI-værket bearbejdes manuelt

Hvis et værk genereret ved brug af AI-teknologi efterfølgende bearbejdes manuelt, så der foretages ændringer af værket, vil ændringerne i sig selv være ophavsretligt beskyttet, hvis de selv er originale. De dele af værket, der er AI-genererede, vil derimod ikke være beskyttet. Hvis ændringerne imidlertid medfører, at det AI-genererede værk ikke længere ligner det oprindelige værk, som AI-teknologien genererede, kan der argumenteres for, at der er skabt et helt nyt værk, som i sin helhed er ophavsretligt beskyttet. Det er ikke muligt at opsætte specifikke grænser for, hvor mange ord eller hvor stor en andel af et billede, der skal være ændret, før der kan siges at være skabt et nyt værk. Det må dog som minimum kræves, at der er foretaget selvstændige, kreative valg, således at det nye værk har et andet udtryk end det AI-genererede værk.

Det skal understreges, at området for ophavsretlig beskyttelse af værker, som - helt eller delvist - er genereret af AI, endnu ikke er afgjort i dansk ret eller retspraksis. Der er således ikke noget endegyldigt svar på, om - og i givet fald under hvilke betingelser - man kan opnå ophavsretlig beskyttelse af værker genereret ved hjælp af AI. På nuværende tidspunkt verserer der i USA, hvor det (i modsætning til Danmark) er muligt at få registreret ophavsret, en både interessant og højaktuel sag om AI og ophavsret. Den amerikanske patent- og varemærkemyndighed, USPTO, fandt i september 2022, at en tegneserie genereret ved hjælp af AI-billedgeneratoren Midjourney var beskyttet af ophavsret. I november annoncerede USPTO dog, at man ville igangsætte en ny undersøgelse af sagen. Undersøgelsen er stadig i gang, men USPTO forventes at trække anerkendelsen af den ophavsretlige beskyttelse tilbage og dermed slå fast, at alene værker skabt af mennesker kan være genstand for ophavsret. Hvis USPTO trækker beskyttelsen tilbage med denne begrundelse, vil der fortsat være et behov for at få afdækket yderligere afgrænsninger på området, herunder hvornår noget kan anses som værende "menneskeskabt".

Man kan argumentere for, at de ovennævnte usikkerheder peger på et behov for opdateret lovgivning på det ophavsretlige område. I modsat fald må det forventes, at domstolene i fremtiden vil skulle tage stilling til spørgsmål om ophavsret, der ikke er taget højde for i den nuværende udformning af den danske ophavsretslov. Det er dog ikke en nyskabelse, at domstolene netop får opgaven med at subsumere brugen af ny teknologi under den eksisterende lovgivning.



AI-genererede værker kan krænke tredjemandes rettigheder

Netop fordi AI-teknologierne er trænet på baggrund af ophavsretligt beskyttet materialer, kan AI-genererede resultater også krænke andres immaterielle rettigheder, herunder ophavsret, varemærker, designs og patenter.

Hvis man eksempelvis spørger ChatGPT om, hvad der står på den første side af en kendt roman, eller beder DALL-E 2 om at illustrere et udstillet maleri, er det ikke umuligt, at resultatet vil krænke de oprindelige værker. I et sådant tilfælde vil der være tale om tilsigtede krænkelser. Med AI-teknologien kan der dog også ske utilsigtede krænkelser. Brugeren kan således ikke nødvendigvis vide, om der i det AI-genererede resultat indgår elementer fra beskyttede værker, varemærker, designrettigheder og lignende.

Som bruger af AI-teknologi har man ansvaret for, at resultatet ikke krænker andres rettigheder. Det er meget vigtigt at være opmærksom på, hvis man ønsker at anvende AI-genererede værker kommercielt. Krænkelse af andres immaterielle rettigheder kan medføre krav om erstatning, vederlag og godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Det kan således blive en dyr omgang, hvis man ikke sikrer sig, at et AI-genereret værk ikke krænker andres rettigheder, inden det udnyttes.

AI-genereret indhold kan bygge på beskyttet indhold

AI-teknologier kan generere kreativt indhold, fordi de gennem machine learning er blevet tilført milliarder af tekster og billeder fra internettet, som gør dem i stand til at finde mønstre og løsninger på komplekse problemer samt til at lære at danne nyt indhold. For at machine learning fungerer, er der behov for at anvende store mængder data til oplæring af AI-teknologien. Under denne dataminering skelnes der ikke nødvendigvis mellem data, der er beskyttet af ophavsret, og data, som ikke er. Der kan således i træningen af AI-teknologierne være brugt ophavsretligt beskyttet indhold, som ikke må kopieres eller tilgængeliggøres uden samtykke fra ophavsmanden. Der er derfor en risiko for, at der ved benyttelsen af AI-teknologi sker en krænkelse af ophavsretten.

Problemet er imidlertid, at de minerede data ikke nødvendigvis længere er til stede i AI-systemet, og det vil derfor være svært - hvis ikke umuligt - for en ophavsmand at bevise, at hans eller hendes værk indgår i AI-teknologien. Hvis der fremadrettet opstår sager, hvor det er helt tydeligt, at AI-teknologier er trænet på ophavsretligt beskyttet materiale, kan det forventes, at der vil blive kørt sager mod udviklerne af den pågældende AI-teknologi.

Kontakt



Kristian Storgaard
Partner
Dir. +45 38 77 44 70
Mob. +45 20 19 74 10
kst@kromannreumert.com



Mette Møller Pedersen
Advokat
Dir. +45 38 77 44 02
Mob. +45 51 50 34 44
mmp@kromannreumert.com



Helena Marie Antonsen
Advokat
Dir. +45 38 77 22 82
Mob. +45 24 86 00 44
hema@kromannreumert.com

WTR 1000 World Trademark Review 2023

WTR - World Trademark Review - har netop udgivet deres årlige top 1000 liste over førende virksomheder og juridiske eksperter inden for varemærkeområdet.

Kromann Reumert er atter at finde på listen, og vi indtager dermed en vigtig position blandt verdens mest anerkendte varemærkespecialister.

Med prisen fulgte blandt andet disse ord fra WTR:

“ *Focused on providing a value-added service through nimbly tailoring strategies to suit client needs, Kromann Reumert boasts a strong team of knowledgeable experts willing to go the extra mile.* ”

På individuelt plan har vores partnere Pia Kirstine Voldmester, Frank Bøggild, Kolja Staunstrup hver især fået WTR udmærkelser som juridiske eksperter.



Pia Kirstine Voldmester



Frank Bøggild



Kolja Staunstrup

Dokumentationskrav til "grønne" markedsføringsudsagn

Sø- og Handelsretten afsagde den 27. januar 2023 dom i en sag om brug af vildledende markedsføringsudsagn, som Kromann Reumert førte for sagsøger, virksomheden Nordic Waterproofing A/S. Her får du et indblik i dommen og det aktuelle fokus på miljømarkedsføring, som den afspejler.

Sagens genstand

Sagen omhandlede en række markedsføringsudsagn anvendt af virksomheden Eurotag Danmark A/S ("Eurotag"), der leverer tagpapprodukter til det danske marked. Udsagnene fremhævede produktserien Derbigum NT, et belgisk produkt, som Eurotag er eneforhandler af, som værende mere miljøvenlig end konkurrerende produkter på markedet.

Nordic Waterproofing A/S ("NWP"), en dansk koncern, der producerer og leverer tagpap til det danske marked, anlagde sag med påstand om forbud mod anvendelse af en lang række specifikke udsagn fra Eurotags markedsføringsmateriale med henvisning til, at udsagnene var udokumenterede og vildledende.

De omstridte udsagn

De anfægtede udsagn var dels konkrete udsagn om angivelige egenskaber ved produktet, herunder f.eks. "3 x mindre CO₂-udledning" og "9,5 x mindre råvareforbrug", og dels generelle udsagn, herunder "Derbigum er miljøvenlig og bæredygtig". En del af udsagnene havde karakter af sammenlignende reklame uden, at Eurotag havde specificeret, hvilke produkter sammenligningen angik. De sammenlignende udsagn vedrørende råvareforbrug var endvidere inkonsistente, fordi der ikke kun blev henvist til 9,5 x mindre råvareforbrug, men også til hhv. 7 og 9 x mindre råvareforbrug for samme produkt.

Eurotag anvendte også udsagnet "EPD verified" i en grafisk udformning for Derbigum NT, der kunne give det indtryk, at der var tale om en officiel mærkningsordning. EPD ("Environmental Product Declaration") er en miljøvaredeklaration, som indeholder objektive oplysninger om et byggematerials miljømæssige aftryk, men uden at være et miljømæssigt kvalitetsstempel som sådan og uden at tage stilling til, om det pågældende produkt er bedre eller ringere end tilsvarende produkter på markedet.

Det sagde domstolen

Sø- og Handelsretten udtalte, at udsagnene vedrørte faktiske forhold, der i medfør af markedsføringslovens § 13 skal kunne dokumenteres. Da der endvidere var tale om udsagn, der fremhævede væsentlige miljømæssige fortrin hos Eurotags produkter, var dokumentationskravet skærpet.

Sø- og Handelsretten fandt imidlertid, at de beregninger, som Eurotag havde fremlagt som grundlag for de sammenlignende udsagn og "EPD Verified", ikke var tilstrækkeligt dokumenterede.

På baggrund af bevisførelsen fandt Sø- og Handelsretten, at dokumentationskravet ikke var opfyldt. Udsagnene var derfor uberettigede og stridende mod markedsføringsloven, og sagsøgte fik forbud mod at anvende dem som sket i sin aktuelle markedsføring.

For så vidt angik udsagnet "EPD Verified" udtalte retten, at brugen "giver indtryk af, at Derbigum NT er certificeret eller har bestået en kvalitetstest." Retten fandt på dette grundlag udsagnet vildledende og stridende imod markedsføringslovens §§ 3, 5, 6, 8, 13 og 20.



Ud fra passivitetsbetragtninger blev Eurotag frifundet for en række andre udsagn fremsat i en ældre brochure, som på tidspunktet for Sø- og Handelsrettens behandling ikke længere blev anvendt. Eurotag blev endvidere frifundet for påstand om erstatning/vederlag samt om tilbagekaldelse og berigtigelse af de uretmæssige udsagn.

Dommens bidrag til forståelsen af reglerne

Sø- og Handelsrettens præmisser er relativt kortfattede. Alligevel bidrager sagen til en forståelse af dokumentationskravet i sager om miljømarkedsføring.

Forbrugerombudsmanden lægger i sin kvikguide fra 2021 vægt på, at navnlig fritstående, generelle miljøudsagn skal være dokumenteret gennem en livscyklusanalyse ("LCA").

En EPD, som den Eurotag henviste til, er en alment anerkendt livscyklusanalyse for byggevarer. Dommen er derfor udtryk for, at selvom man for så vidt har behørig dokumentation for sit eget produkts egenskaber, er der langt fra frie tøjler i forhold til, hvordan man vælger at markedsføre produktet baseret på dokumentationen. Anvender man udsagn i sin markedsføring udledt af en livscyklusanalyse, som ofte er et teknisk kompliceret dokument, skal man kunne redegøre for, hvordan man er nået frem til de pågældende oplysninger.

Udformning af påstande

Ud over de markedsføringsretlige aspekter af dommen er den også et eksempel på, at påstande i en stævning om forbud mod konkrete udsagn kan danne grundlag for en domskonklusion.

Eurotag fik således ikke medhold i sin principale påstand om afvisning under henvisning til, at påstandene var for bredt formulerede, utilstrækkeligt konkretiserede og derfor uegnede til pådømmelse.

Der er ellers ingen tvivl om, at der er mange faldgruber forbundet med denne type stævningspåstande, som - medmindre de er meget specifikke - vil kunne føre til forbud mod lovlige udsagn og handlinger. NWP havde af denne grund specificeret, at forbudspåstandene specifikt vedrørte brugen af de omstridte udsagn "som sket" i den pågældende markedsføringskontekst.

Øget fokus på miljømarkedsføring

Reguleringen af miljømarkedsføring finder sted gennem markedsføringslovens velkendte bestemmelser om forbud mod vildledning og krav om dokumentation. Der er altså langt fra tale om ny regulering, men den stadig stigende interesse blandt forbrugere i at træffe grønnere valg, har øget værdien for virksomheder i at kunne markedsføre sig som miljøvenlige.

Den aktuelle retssag mellem NWP og Eurotag var anlagt mellem to erhvervsdrivende, der begge markedsfører deres produkter til andre erhvervsdrivende, men reglerne er i endnu højere grad relevante i et forbrugerperspektiv, og Forbrugerombudsmanden har for nylig øget sit fokus på problemstillingen.

Forbrugerombudsmandens øgede fokus på grøn markedsføring er blandt andet muliggjort af en bevillingsforhøjelse, hvoraf en del er øremærket til skærpet tilsyn med miljømarkedsføring. Derfor er forventningen, at mængden af Forbrugerombudsmandssager om miljømarkedsføring vil øges i 2023.

Danske myndigheders fokus på miljømarkedsføring skal også ses i lyset af EU's miljøprogram "Den europæiske grønne pagt", som indebærer en række forbrugerbeskyttelsestiltag med udgangspunkt i den grønne omstilling. Der er for eksempel fremsat forslag til en række ændringer i direktivet om urimelig handelspraksis, som blandt andet indebærer, at listen over de produkttegenskaber, som forbrugerne ikke må vildledes om, udvides til at omfatte miljømæssige virkninger, ligesom generiske og vage miljøanprisninger føjes til den såkaldte "sortliste" over forbudte former for handelspraksis i direktivets bilag 1.

Hos Kromann Reumert har vi omfattende erfaring med rådgivning inden for alle aspekter af markedsføringsretten, herunder miljømarkedsføring.

Kontakt



Frank Bøggild
Partner

Dir. +45 38 77 45 95
Mob. +45 24 86 00 11
fb@kromannreumert.com



Daiga Grunte-Sonne
Director, Advokat

Dir. +45 38 77 41 18
Mob. +45 61 20 99 95
dso@kromannreumert.com



Anne-Sophie Kofoed Rasmussen
Advokatfuldmægtig

Dir. +45 38 77 12 10
Mob. +45 51 38 17 31
askr@kromannreumert.com



To (tilsyneladende) modstridende kendelser fra Sø- og Handelsretten om gyldigheden af samme patent

Sø- og Handelsretten afslog for nylig en anmodning om midlertidigt forbud med henvisning til, at den påberåbte patentrettighed var ugyldig, da patentkravene manglende basis i stamansøgningen. Retten nedlagde dog 11 dage senere forbud på grundlag af samme patent over for en anden sagsøgt, som havde forsvaret sig med andre ugyldighedsgrunde.

Den første sag

I den første sag for Sø- og Handelsretten angik konflikten, hvorvidt Viatrix, som fremstiller og markedsfører generiske lægemidler, krænkede Biogens patentrettighed ved at fremstille, markedsføre og sælge lægemidlet Dimethylfumarat Mylan til behandling af multipel sklerose. Patentets beskyttelsesomfang angik et yderligere medicinsk anvendelseskrav for stoffet Dimethylfumarat i dosen 480 mg pr. dag. Biogens patentrettighed var den danske del af et afdelt europæisk patent.

Biogen anmodede Sø- og Handelsretten om nedlæggelse af midlertidigt forbud mod Viatrix.

Viatrix påstod, at forbuddet skulle nægtes fremme, og gjorde gældende, at Biogens patentrettighed var ugyldig som følge af manglende basis i stamansøgningen, manglende nyhed og manglende opfindelseshøjde.

Forudgående myndighedsbehandling

Stamansøgningen for stridpatentet havde forud for retssagen været genstand for en indsigelsessag ved den Europæiske Patentmyndigheds ("EPO") Indsigelsesafdeling, som fandt patentet ugyldigt på grund af manglende opfindelseshøjde. Denne afgørelse blev af Biogen appelleret til EPO's Tekniske Appellkammer.

EPO's Tekniske Appellkammer fandt ligeledes stamansøgningen ugyldigt, men med henvisning til manglende basis i ansøgningen. Appellkammeret fremhævede i den forbindelse, at Biogen under sagsbehandlingsforløbet havde indskrænket det ansøgte beskyttelsesomfang til at omfatte et lægemiddel alene bestående af Dimethylfumarat i dosen 480 mg pr. dag, hvilket udgjorde en selektion fra flere lister, som kun er tilladt under særlige omstændigheder.

I forlængelse af Appellkammerets afgørelse indleverede Biogen en afdelt patentansøgning, hvori beskyttelsesomfanget blev ændret fra "består af" Dimethylfumarat i dosen 480 mg pr. dag til "omfatter" Dimethylfumarat i dosen 480 mg pr. dag. Beskyttelsesomfanget blev herved udvidet, idet "omfatter" også beskytter den situation, hvor lægemidlet indeholder andre aktivstoffer eller tekniske træk end de nævnte.

Ved den afdelte patentansøgnings behandling ved EPO's Prøvningsafdeling blev spørgsmålet om manglende basis vurderet på baggrund af en række tredjepartsindvendinger.

Prøvningsafdelingen fandt i den forbindelse, at patentet havde basis i stamansøgningen, da "omfatter" og "består af" har forskelligt beskyttelsesomfang, idet "omfatter" inkluderer muligheden for øvrige bestanddele. Der var derfor ikke tale om en selektion fra flere lister. EPO's Prøvningsafdeling tog således ikke indvendingen om manglende basis til følge, hvilket ellers var grunden, der havde ført til, at stamansøgningen blev afslået af EPO's Tekniske Appellkammer.

Sø- og Handelsretten uenig med EPO's Prøvningsafdeling

Sø- og Handelsretten afsagde kendelse i forbudssagen den 20. januar 2023. Retten var uenig med EPO's Prøvningsafdeling og fandt patentet ugyldigt på grund af manglende basis i stamansøgningen. Sø- og Handelsrettens begrundelse svarede til begrundelsen fra EPO's Tekniske Appellkammer i relation til stamansøgningen. Retten anså ændringerne i stridpatentet for at mangle basis, idet en fagmand skulle foretage flere valg for at komme frem til opfindelsen, trods ændringen af "består af" til "omfatter".

I sager om midlertidigt forbud gælder der en formodning for, at en prøvet patentrettighed er gyldigt udstedt, hvorfor det som regel er vanskeligt at komme igennem med ugyldighedsindsigelse baseret på andre ugyldighedsgrunde end klare tilfælde af manglende nyhed. Af den grund er afgørelsen interessant, fordi patentet blev anset for ugyldigt på baggrund af en argumentation om manglende basis, som EPO's Prøvningsafdeling specifikt havde taget stilling til. Det er sjældent, at Retten i en midlertidig forbudssag går imod en konkret vurdering fra EPO på samme faktiske grundlag.

Afgørelsen af 20. januar 2023 er en blandt en række nyere kendelser, hvor Sø- og Handelsretten har fundet en patentrettighed ugyldig baseret på andre ugyldighedsgrunde end klare nyhedsmodhold. Se IP-magasinet fra [juni 2021](#) side 5.

Parallel sag om samme patentrettighed

Parallelt med den første sag har Sø- og Handelsretten den 31. januar 2023 afsagt kendelse i en lignende sag mod Sandoz. Sagen mod Sandoz vedrørte den samme patentrettighed som sagen mod Viatrix.

Sandoz påstod, at forbuddet skulle nægtes fremme, og gjorde gældende, at Biogens patentrettighed var ugyldig som følge af utilstrækkelig beskrivelse af opfindelsen, manglende nyhed og manglende opfindelseshøjde. Sandoz gjorde, i modsætning til Viatrix, ikke gældende, at patentet manglede basis i stamansøgningen.

Retten kom, i modsætning til den første sag, frem til, at Sandoz ikke i tilstrækkelig grad havde sandsynliggjort, at Biogens patentrettighed var ugyldig, og et midlertidigt forbud blev nedlagt mod Sandoz. Retten bemærkede i den forbindelse, at EPO's Prøvningsafdeling havde taget stilling til, om opfindelsen var tilstrækkeligt beskrevet.

Begge kendelser kæret til Landsretten

Det er sjældent, at Sø- og Handelsretten kommer frem til divergerende resultater med hensyn til gyldigheden af samme patentrettighed. Det særlige i dette tilfælde er, at begge kendelser er afgivet inden for en kort tidsperiode fra hinanden, uden mellemliggende begivenheder.

Det er nu op til Landsretten i kæresagerne at afgøre, om patentrettigheden er gyldig eller ugyldig.

Kontakt



Nicolai Lindgreen
Partner

Dir. +45 38 77 43 70
Mob. +45 40 61 14 82
nl@kromannreumert.com



Nicolaj Bording
Partner

Dir. +45 38 77 45 87
Mob. +45 61 63 54 38
nbo@kromannreumert.com



Morten Sode
Advokatfuldmægtig

Dir. +45 38 77 20 39
Mob. +45 51 62 78 11
moso@kromannreumert.com

Varemærket "EtOH" nød kun snæver beskyttelse for alkoholholdige produkter

Sø- og Handelsretten afviste ved kendelse af 9. februar 2023 en anmodning om midlertidige forbud mod anvendelse af "EtOH" og "Nordic EtOH" som varemærke og forretningskendetegn ved salg af alkoholiske drikke. Ved afgørelsen lagde retten vægt på, at "EtOH" måtte anses som beskrivende for alkoholiske drikke, og beskyttelsen var ganske snæver.

Sagens baggrund

Sagen handlede om, hvorvidt Nordic Ethanol ApS' anvendelse af ordet "EtOH" som varemærke og "Nordic EtOH" som forretningskendetegn ved salg af alkoholiske drikke var i strid med EtOH Spirits ApS' rettigheder 1) til figurmærket "EtOH", registreret som EU-varemærke, 2) en eventuel opnået ibrugtagen varemærkeret til ordmærket "EtOH" i Danmark, og 3) selskabsnavnet "EtOH Spirits ApS".

EtOH Spirits ApS argumenterede for, at der skulle nedlægges midlertidige forbud. Nordic Ethanol ApS argumenterede derimod for, at EtOH Spirits ApS's anmodning skulle nægtes fremme.

Sø- og Handelsrettens dom

Sø- og Handelsretten afviste EtOH Spirits ApS' anmodning om midlertidige forbud mod Nordic Ethanol ApS' anvendelse af "EtOH" og "EtOH Nordic" som varemærke og forretningskendetegn, ligesom retten afviste, at registreringen af binavnet "Nordic EtOH ApS" var i strid med selskabsloven og kunne forbydes.

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Nordic Ethanol ApS krævede EtOH Spirits ApS' registrerede EU-rettigheder til figurmærket "EtOH", lagde Sø- og Handelsretten til grund, at ordelementet i figurmærket måtte anses som beskrivende for varen "whisky", da den almindelige forbruger vil opfatte figurmærket som en reference til alkohol, når det anvendes i forbindelse med alkoholiske drikke. Retten fandt, at EtOH Spirits ApS' EU-figurmærke alene nød en snæver beskyttelse, og da der var tale om et figurmærke, var det kun mærkets figurative fremtoning i sit hele - og ikke ordet "EtOH", der nød beskyttelse. Sø- og Handelsretten fandt herefter at betingelserne for at nedlægge forbud som følge af EtOH Spirits ApS' EU figurmærkerettigheder ikke var opfyldt.

Dernæst fandt Sø- og Handelsretten det ikke godtgjort, at EtOH Spirits ApS havde etableret en varemærkeret til ordet "EtOH" ved brug i Danmark. "EtOH" er en medicinsk eller videnskabelig forkortelse for ethanol, som findes i alkoholholdige drikkevarer. Retten fandt derfor, at ordet måtte anses som beskrivende for alkoholiske drikke. På den baggrund havde "EtOH" i den foreliggende sammenhæng en sådan mangel på særpræg, at etablering af en varemærkeret ville kræve intensiv indarbejdelse i markedet. Allerede fordi en sådan intensiv indarbejdelse hverken var godtgjort eller sandsynliggjort, fandt retten heller ikke betingelserne for at nedlægge forbud opfyldt.

Herefter tog Sø- og Handelsretten stilling til spørgsmålet om overtrædelse af markedsføringsloven. Retten fandt af de allerede anførte grunde og henset til de sparsomme oplysninger om EtOH Spirits ApS' position på markedet, at beskyttelsen af EtOH Spirits ApS' produkter under anvendelse af ordet "EtOH" måtte være ganske snæver. Herefter og henset til den væsentlige forskel på den visuelle udformning af parternes produkter og markedsføringsmateriale, var der ikke en lighed, der generelt kunne antages at fremkalde forveksling. Retten bemærkede i den forbindelse, at eventuelle forvekslinger er en påregnelig risiko, når man anvender et beskrivende ord som "EtOH" i sin markedsføring af alkoholiske produkter. Retten fandt herefter ikke, at Nordic Ethanol ApS ved sin markedsføring havde handlet i strid med markedsføringsloven, og der var således ikke udvist en adfærd i forhold til markedsføringsloven, som kunne begrunde, at der blev nedlagt forbud.

Sidst afviste Sø- og Handelsretten, at Nordic Ethanol ApS' registrering af binavnet "Nordic EtOH ApS" var i strid med selskabslovens § 2, stk. 2, da der - som retten allerede havde redegjort for - ikke var noget særegent ved anvendelsen af ordet "EtOH" i forbindelse med en virksomhed, der producerer alkoholiske drikke. Der var derfor ikke grundlag for at nedlægge forbud vedrørende Nordic Ethanol ApS' brug af binavnet.

Når en varemærkeregistrering ikke i sig selv er nok

Sagen illustrerer et tilfælde af de håndhævelsesvanskeligheder, der kan være ved svage mærker, dvs. mærker der har en lav grad af særpræg. Selvom EtOH Spirits ApS har registreret "EtOH"-logoet som figurmærke i EU, fandt Sø- og Handelsretten, at varemærket havde en lav grad af særpræg og dermed et snævert beskyttelsesomfang, idet ordelementet var beskrivende, ligesom varemærkets figurlige elementer var af begrænset karakter. Det var således uden betydning, at der var en høj grad af lighed mellem varerne, som parterne markedsfører.

Kendelsen kan også ses som et bidrag til vurderingen af den varemærkeretlige beskyttelse over for beskyttelsen af forretningskendetegn efter markedsføringsloven. Rettens bemærkning om, at eventuelle forvekslinger er en påregnelig risiko, når man anvender et beskrivende ord i sin markedsføring, afspejler, at sondringen mellem "stærke" og "svage" varemærker også påvirker den markedsføringsretlige beskyttelse.

Når virksomheder udtænker strategier for, hvilke varemærker, de ønsker at beskytte, er det vigtigt at overveje, om det valgte ord eller logo kan betragtes som "svagt", f.eks. mærker, der indeholder beskrivende ord og/eller svage figurlige elementer. Foretages disse strategiske overvejelser på et tidligt tidspunkt i virksomhedens brandudvikling, kan det øge sandsynligheden for, at virksomheders varemærkerettigheder succesfuldt kan håndhæves over for tredjemands brug af lignende kendetegn.

[Se kendelsen her.](#)

Kontakt



Kolja Staunstrup
Partner

Dir. +45 38 77 43 91
Mob. +45 61 61 30 30
kos@kromannreumert.com



Tugba Karacan
Senioradvokat

Dir. +45 38 77 31 76
Mob. +45 61 20 35 16
tca@kromannreumert.com



Katinka Tanne Stevner Engel
Advokatfuldmægtig

Dir. +45 38 77 10 25
Mob. +45 24 86 00 89
ktse@kromannreumert.com



“

The experience, high legal standards, creativity, clear communications, business understanding and availability – these are among the qualities that make the IP practice at Kromann Reumert's unique

Legal500

“

One of the top firms in Denmark for patent litigation.

Chambers



Kromann Reumerts IP-afdeling

Kromann Reumert er Danmarks førende advokatvirksomhed med kontorer i København, Aarhus og London.

Vi er omtrent 500 medarbejdere, hvoraf cirka 300 er jurister, der tilsammen dækker en lang række specialeområder, heriblandt rådgivning inden for IP til klienter i ind- og udland.

Vi er én af de største juridiske afdelinger for IP i Danmark, og vores specialister har været involveret i nogle af de mest omfattende sager på området.

Vores rådgivning dækker alle facetter af IP-området. Rådgivningen skræddersyes altid til den enkelte klients behov og baseres på et indgående samarbejde med og kendskab til klientens organisation og forretning.

En del af vores IP-afdeling udgøres af en administrationsenhed, der siden 2013 har håndteret administration af klienters porteføljer inden for varemærker, design og domæner.

Vi tilbyder blandt andet rådgivning inden for:

- Retssager vedrørende krænkelse, gyldighed, forbud samt bevissikring
- Tvister ved nationale og internationale administrative myndigheder
- Udarbejdelse af aftaler
- Virksomhedsoverdragelser
- Udarbejdelse af IP-strategier
- Administration af porteføljer inden for varemærker, designs og domæner.

Som det eneste danske advokatfirma er vi medlem af Lex Mundi – et omfattende internationalt netværk af 160 uafhængige advokatfirmaer med mere end 21.000 advokater. Vores klienter får derfor en enestående adgang til kvalitetsrådgivning i flere jurisdiktioner og til et netværk af eksperter fra hele verden.



KROMANN REUMERT

Hos Kromann Reumert sætter vi standarden. Sammen. Vi leverer værdiskabende løsninger og rådgivning med engagement og nærvær. Det gør vi med fokus på værdierne kvalitet, forretningsforståelse, samarbejdsglæde og troværdighed. Vi er Danmarks førende advokatvirksomhed med kontorer i København, Aarhus og London.

KØBENHAVN Ø

Sundkrogsgade 5
2100 København Ø, DK

AARHUS

Rådhuspladsen 3
8000 Aarhus C, DK

LONDON

65 St. Paul's Churchyard
London EC4M 8AB, GB

ADVOKATFIRMA

kromannreumert.com
Tlf. +45 70 12 12 11