

# Intellectual Property Perspective

Design | Markedsføring | Ophavsret | Patenter | Teknologi | Varemærker



# INDHOLD

- 4 | Og ophavsretten og ytringsfriheden levede lykkeligt til deres dages ende...
- 6 | Nyt direktivforslag om "green claims"
- 8 | Den Fælles Patentdomstol – sager om midlertidige forbud og påbud
- 13 | Bettingfirma dømt for at krænke elitesportsudøveres rettigheder
- 14 | Beskrivende tegn – kan de registreres som varemærker?
- 16 | Samtykkekravet efter henholdsvis markedsføringsloven og GDPR – og de mulige forskelle i praksis

## 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.

Vi sætter blandt andet fokus på vigtigheden af grøn markedsføring i dagens konkurrenceprægede marked og diskuterer det nye direktiv om "green claims", der skal forhindre falske miljøpåstande. Den Fælles Patentdomstol (UPC) slog dørene op den 1. juni 2023. Det vil ændre regimet for håndhævelse af patentrettigheder i Europa, herunder anvendelsen af foreløbige foranstaltninger som f.eks. midlertidige forbud og påbud.

I den langvarige sag om Berlingskes brug af et fotografi og en karikaturtegning af Den Lille Havfrue, blev chefredaktøren frifundet for påståede ophavsretlige og markedsføringsretlige krænkelser. Sagen har sat fokus på spændingsfeltet mellem ophavsret og ytringsfrihed i den danske mediebranche.

Håndhævelsen af patentrettigheder i Europa vil give danske patentejere både fordele og ulemper. Vi ser også på en retssag, hvor et bettingfirma blev dømt for at krænke elitesportsudøveres rettigheder og undersøger betydningen af samtykkekravet i både markedsføringsloven og GDPR.

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

God læselyst.



# Og ophavsretten og ytringsfriheden levede lykkeligt til deres dages ende...

Den 17. maj 2023 satte Højesteret punktum i sagen om Berlingskes brug af et fotografi og en karikaturtegning af skulpturen Den Lille Havfrue. I modsætning til de tidligere instanser frifandt Højesteret Berlingskes chefredaktør for de påståede ophavsretlige og markedsføringsretlige krænkelse. Et punktum er således sat i den sag, der de seneste år har udspillet sig i krydsfeltet mellem ophavsret og ytringsfrihed, og som har tiltrukket stor opmærksomhed fra den danske mediebranche.

## Sagen kort fortalt

Sagen udspringer af henholdsvis en tegning bragt i Berlingske Tidende den 18. maj 2019 og et fotografi bragt den 22. april 2020.

Tegningen var anvendt som illustration til en artikel med titlen "Ondskaben i Danmark", der handlede om de øvrige nordiske landes syn på den hårde tone i den danske udlændingebat. Tegningen refererer tydeligt til Den Lille Havfrue, men hun er udstyret med et flosset Dannebrog og et ansigt med forvrængede zombie-træk.

## Havfruens historie

Statuen af Den Lille Havfrue blev skabt af den danske billedhugger Edvard Eriksen i 1913 på foranledning af Carl Jacobsen, Carlsberg Bryggeri

Arvingerne til billedhugger Edvard Eriksen arvede ved hans død i 1959 rettighederne til skulpturen Den Lille Havfrue. Ophavsretten til statuen udløber i 2029.

Edvard Eriksens Arvinger I/S, som er indehaver af ophavsretten til skulpturen, anlagde herefter sag mod Berlingskes ansvarshavende chefredaktør for krænkelse af ophavsretten og god markedsføringskik.

Fotografiet, der viser Den Lille Havfrue med mundbind på, blev anvendt som illustration til en artikel med titlen "Bange for Coronasmitte? Så stemmer du nok på Dansk Folkeparti". Fotografiet blev inddraget i retssagen efter at være blevet bragt i Berlingske i april 2020. Artiklen omhandlede et forskningsprojekt på Aarhus Universitet, der påviste et sammenfald mellem smittefrygt og højrepolitisk overbevisning blandt danskere.

## Byrettens afgørelse

Byretten fandt, at de to illustrationer krænkede arvingernes ophavsretlige eneret til udnyttelse af Den Lille Havfrue, idet tegningen og fotografiet havde en ubestridelig og tilsigtet lighed med det originale værk.

Arvingerne fik også medhold i, at den negative politiske kontekst, som værket blev anvendt i, var i strid med deres ideelle ophavsrettigheder.

Byretten afviste dermed, at referencerne til Den Lille Havfrue var omfattet af Berlingskes ytringsfrihed i forbindelse med formidling af emner af åbenbar offentlig interesse. Byretten lagde i den forbindelse vægt på, at referencen til Den Lille Havfrue ikke var nødvendig for at formidle artiklernes budskab. Byretten afviste ligeledes, at tegningen udgør et selvstændigt værk, der alene anvender stilelementer og ideer fra det oprindelige værk.

Derimod fandt byretten det ikke bevist, at Berlingske havde udnyttet Den Lille Havfrues status som nationalt ikon i strid med god markedsføringskik.

## Landsrettens afgørelse

I sagen for Østre Landsret skulle landsretten yderligere tage stilling til, hvorvidt tegningen udgjorde en lovlig parodi, og hvorvidt den specifikke kontekst, som tegningen og fotografiet indgik i, gjorde dem til lovlige ytringer i medfør af Den Europæiske Menneskerettighedskonventionens artikel 10.

Berlingskes chefredaktør og biintervenienten Danske Medier gjorde i den henseende gældende, at Den Lille Havfrue konkret ikke blev anvendt i sin status af ophavsretligt beskyttet kunstværk, men som nationalikon og symbol for Danmark og danskhed.

Landsretten afviste imidlertid det synspunkt og stadfæstede byrettens dom med den forskel, at vederlaget til arvingerne blev hævet til 300.000 kr. Modsat byretten nåede landsretten endvidere frem til, at tegningen og fotografiet var i strid med god markedsføringskik. Det blev begrundet med, at anvendelsen af Den Lille Havfrue var sket med henblik på at tiltrække opmærksomhed og derved øge interessen for Berlingskes journalistiske produkter.

Landsrettens dom var bemærkelsesværdig, idet den væsentligt reducerede betydningen af ytringsfrihedshensyn og det ulovbestemte parodiprincip i forhold til den hidtidige retsopfattelse.

## Højesterets afgørelse

I modsætning til de tidligere instanser frifandt Højesteret ved dommen af 17. maj 2023 Berlingskes chefredaktør for de påståede krænkelse.

Ved sin dom slår Højesteret fast, at der i dansk ophavsret gælder et parodiprincip, der hviler på en fast dansk og fællesnordisk tradition med støtte i forarbejderne til ophavsretsloven og retspraksis. Med henvisning til EU-Domstolens praksis om Infosoc-direktivet og i overensstemmelse med implementeringen af DSM-direktivet i dansk ret i 2021 og forarbejderne hertil fandt Højesteret endvidere, at parodibegrebet skulle forstås EU-konformt. Dette betyder blandt andet, at parodier kan være lovlige både i tilfælde, hvor parodien retter sig mod selve værket, og hvor parodien vedrører noget andet. I den konkrete sag havde Berlingske anvendt Den Lille Havfrue som parodi på Danmark, danskerne og danskhed.

Med henvisning til netop Den Lille Havfrues status som nationalt symbol frifandt Højesteret desuden Berlingske for at have brugt fotografiet af skulpturen med mundbind på i en artikel om COVID 19-pandemien og danskernes politiske observans. I vurderingen af både karikaturtegningen og fotografiet inddrog Højesteret det væsentlige hensyn til pressens ytringsfrihed.

Ud over den konkrete afvejning mellem de kolliderende grundrettigheder udtalte Højesteret generelt om afvej-

ning mellem ophavsretten og ytringsfriheden, at "ved vurderingen af, hvorvidt en ytring har samfundsmæssig relevans, kan der lægges vægt på hensynet til pressens funktion, ytringens politiske karakter og den kunstneriske ytringsfrihed. Endvidere skal bl.a. karakteren og alvoren af de sanktioner, som krænkelsen afføder, indgå ved vurderingen af, om der ved håndhævelsen af den påberåbte immaterialret sker et videre indgreb i ytringsfriheden, end hvad der er nødvendigt i et demokratisk samfund."

Afvejningen mellem de to grundrettigheder skal således ikke kun inddrage, om det er nødvendigt at bruge et ophavsretligt beskyttet værk til at formidle et budskab, men også om det er nødvendigt at gøre indgreb i pressens ytringsfrihed for at beskytte rettighedshavernes ophavsrettigheder. Højesterets udtalelse indikerer desuden, at meget strenge sanktioner for immaterialretskrænkelser i visse tilfælde kan medføre en uhensigtsmæssig "chilling effect" på ytringsfriheden.

Endelig frifandt Højesteret Berlingskes chefredaktør for den påståede krænkelse af markedsføringsloven. I modsætning til landsretten udtalte Højesteret, at selvom Berlingske som kommerciel avisvirksomhed er erhvervsdrivende i markedsføringslovens forstand, finder markedsføringsloven ikke anvendelse for pressens redaktionelle indhold. Denne klare udtalelse fra Højesteret har væsentlig betydning for danske medier. I modsætning til landsrettens dom i sagen er Højesterets dom på dette punkt desuden i overensstemmelse med den hidtidige praksis vedrørende pressens brug af personbilleder. Og således levede ophavsretten og ytringsfriheden lykkeligt til deres dages ende...

Dommen kan læses [her](#).

Kromann Reumert overtog sagen for Højesteret og har repræsenteret Berlingskes chefredaktør og Danske Medier som biintervenient.

## Kontakt



Martin Dahl Pedersen  
Partner

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



Anne-Sophie Kofoed Rasmussen  
Advokatfuldmægtig

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

# Nyt direktivforslag om "green claims"

I de seneste år er det blevet et vigtig konkurrenceparameter at fremhæve sin virksomhed som "grøn", da produkter, der markedsføres som miljørigtige, ofte oplever større vækst. Mange forbrugere vil gerne hjælpe den grønne omstilling på vej, og derfor er det vigtigt med tiltro til markedsføringen.

I 2020 blev der på foranledning af Europa-Kommissionen foretaget en større undersøgelse, der blandt andet viste, at 53,3 % af de undersøgte miljøudsagn i EU var uklare, urigtige, eller ubegrundede (*European Commission, Environmental claims in the EU – inventory and reliability assessment, 2020*). Som led i den europæiske Green Deal og det øgede arbejde med forbrugerbeskyttelse på EU-plan skal virksomheder derfor forhindres i at markedsføre falske miljøpåstande (greenwashing).

Kommissionen har i forlængelse heraf i marts 2023 fremsat et nyt forslag til et direktiv om de såkaldte "green claims" (*Proposal for a Directive on substantiation and communication of explicit environmental claims*). Direktivet skal supplere de generelle markedsføringsretlige regler på området.

## Forslagets relevante hovedtræk

Det foreslåede direktiv skal indføre det første sæt detaljerede EU-regler for dokumentation af "green claims" og dermed regulere brugen af miljøudsagn i virksomheders markedsføring.

Forslaget indeholder blandt andet kriterier for, at miljøudsagn skal ledsages af nærmere information om virksomheden (f.eks. via en QR-kode), ligesom virksomheden selv skal udarbejde en vurdering med henblik på at underbygge de miljøudsagn, der bruges. Forslaget indeholder også specifikke krav til, hvad en vurdering skal indeholde.

Forslaget lægger også op til, at der skal etableres en verifikationsproces i medlemsstaterne, hvor virksomhedens vurdering/dokumentation verificeres af en uafhængig tredjepart.

Hvis direktivforslaget vedtages i sin nuværende form, vil medlemsstaterne blive forpligtet til at etablere effektive sanktioner for overtrædelse af reglerne om "green claims". Sanktionerne skal være proportionale, men skal dog inklu-

dere bøder, der effektivt fratager de økonomiske fordele, der er opnået ved overtrædelsen, ligesom der skal være sanktioner som konfiskation af indtægter fra produkterne samt midlertidig udelukkelse fra offentlige udbudsprocedurer og adgang til offentlig finansiering.

Der er desuden lagt op til, at såkaldte mikrovirksomheder i vid udstrækning vil blive undtaget fra kravene.

## Betydning for Danmark

I Danmark har der længe været fokus på virksomheders brug af miljøudsagn i deres markedsføring, men markedsføringsloven indeholder ikke specifikke bestemmelser møntet på miljømarkedsføring. Det er derfor nu bl.a. markedsføringslovens regler om vildledning (lovens §§ 5 og 6) og kravet om, at faktuelle forhold skal kunne dokumenteres (lovens § 13), der gør sig gældende på området for miljømarkedsføring. De regler er generelt anvendelige for enhver type markedsføring, herunder eksempelvis prismarkedsføring eller markedsføring af abonnemeter.

Forbrugerombudsmanden har med afsæt i markedsføringslovens regler om vildledning udgivet en vejledning og en kvikguide om miljømarkedsføring, hvoraf det også fremgår, at markedsføring ikke må være vildledende, og at faktiske oplysninger skal kunne dokumenteres.

Hvis virksomheder benytter klima- eller miljøudsagn i deres markedsføring, må væsentlige oplysninger f.eks. ikke udelades, og oplysningerne skal være korrekte. Vildledningsbestemmelserne i markedsføringsloven er strafbelagte, så brug af vildledende og udokumenterede miljøudsagn i markedsføringen kan allerede i dag straffes med bøde.

Hvis direktivforslaget bliver vedtaget, vil det være op til medlemsstaterne at beslutte, præcis hvordan det skal implementeres og håndhæves. De nye regler i forslaget ser ikke ud til at ændre fundamentalt på den retsstilling, vi kender i dag, hvor der allerede findes relativt detaljerede retningslinjer for og anbefalinger om, at miljøudsagn skal opfylde en række nærmere bestemte krav for ikke at være vildledende.

Forbrugerombudsmandens vejledninger og praksis udgør dog ikke et lovgrundlag, så den største ændring fremadrettet vil være, at specifikke regler om brug af miljøudsagn i markedsføring bliver lovfæstet. Desuden vil de foreslåede krav om virksomhedernes egne vurderinger og uafhængige verificeringsprocesser skabe et nyt system på tværs af EU.



I sidste ende bliver det naturligvis op til domstolene at vurdere, hvorvidt et givent miljøudsagn – uanset om det er i tråd med Forbrugerombudsmandens eksisterende anbefalinger eller ej – strider mod vildledningsforbuddet. Om den vurdering fremadrettet kan falde anderledes ud grundet de kommende regler på området, er vanskeligt at spå om. Til gengæld er der ingen tvivl om, at virksomhederne skal være forberedt på, at der med tiden vil blive stillet højere krav til det forudgående arbejde og den nødvendige dokumentation, før der kan bruges miljøudsagn i markedsføringen.

## Kontakt



Pia Kirstine Voldmester  
Partner  
Dir. +45 38 77 10 15  
Mob. +45 26 86 64 28  
pkv@kromannreumert.com



Daiga Grunte-Sonne  
Director, Advokat  
Dir. +45 38 77 41 18  
Mob. +45 61 20 99 95  
dso@kromannreumert.com



Kia Hansen  
Advokatfuldmægtig  
Dir. +45 38 77 12 68  
Mob. +45 42 31 77 55  
kiha@kromannreumert.com





# Den Fælles Patentdomstol – sager om midlertidige forbud og påbud

Det siges, at al begyndelse er svær. Det har også vist sig at være tilfældet i forhold til den endelige etablering og lancering af Den Fælles Patentdomstol (the Unified Patent Court, "UPC"). Men efter lang tids venten slår UPC endelig dørene op fra den 1. juni 2023. Det vil ændre regimet for håndhævelse af patentrettigheder i Europa – også anvendelsen af foreløbige foranstaltninger i form af midlertidige forbud og påbud, som er emnet for denne artikel.

## Introduktion til UPC

Med lanceringen af UPC har indehavere af Enhedspatenter<sup>1</sup>, europæiske patenter og SPC'er (Supplerende beskyttelsescertifikater), der er udstedt på basis af førnævnte typer af patenter, nu mulighed for at kunne håndhæve deres rettigheder ved én og samme domstol. UPC's afgørelser vil som det generelle udgangspunkt have umiddelbar retsvirkning på tværs af de 17 EU-medlemslande, som har tilsluttet sig det nye europæiske patentregime<sup>2</sup>.

UPC har enekompetence til at træffe afgørelse i flere forskellige typer af sager, herunder almindelige domssager om gyldighed og/eller erstatning for patentkrænkelser og sager om foreløbige foranstaltninger som f.eks. midlertidige forbud og påbud samt bevissikringssager, hvis sagen vedrører et Enhedspatent eller et SPC baseret på et Enhedspatent. For så vidt angår traditionelle europæiske patenter (og SPC'er baseret derpå) har UPC fra begyndelsen kompetence – og vil efter en overgangsordning på

enten 7 eller 14 år have enekompetence – til at træffe afgørelse i førnævnte typer af sager.

I Danmark er der ikke tradition for, at domstolene nedlægger forbud og påbud (permanente eller midlertidige), som har virkning ud over Danmarks grænser. Muligheden for at kunne få håndhævet sine rettigheder ved en enkelt afgørelse, som har virkning i det meste af EU ("cross border"), vil derfor kunne være en stor fordel for mange patenthavere sammenlignet med det tidligere patentregime, hvor man har skulle indlede parallelle forbudssager ved nationale domstole, hvis håndhævelse af et patent ønskedes i flere forskellige jurisdiktioner.

Det ændrede patentregime, herunder særligt UPC's kompetence til at træffe afgørelser med "cross border" virkning, indebærer omvendt en væsentlig trussel for de virksomheder, som risikerer at blive mødt med beskyldninger om (påstået) krænkelser af andres patenter, idet en afgørelse fra UPC vil kunne lukke disse virksomheders aktiviteter ned i næsten hele EU på én gang.

I denne artikel sætter vi fokus på udvalgte emner vedrørende sager om midlertidige forbud og påbud ved UPC.

## Midlertidige forbud og påbud i patentsager

Muligheden for at kunne få nedlagt et permanent forbud mod tredjemands krænkelser udgør et vigtigt håndhævelsesinstrument for mange patenthavere. Almindelige

domssager om forbud mod patentkrænkelser er imidlertid kendetegnet ved relativt lange sagsbehandlingstider. Det er ikke usædvanligt i patentsager, at der kan gå flere år fra sagens anlæggelse, til der foreligger en endelig dom, som kan håndhæves. Selv i domssager ved UPC, hvis system er baseret på et "effektivitetsprincip", som bl.a. kommer til udtryk ved meget korte frister for parternes respektive skriftlige indlæg, er forventningen, at der vil kunne gå omkring ét år fra sagens anlæg, til der foreligger en dom ved første instans.

De lange sagsbehandlingstider udgør i mange tilfælde en stor kommerciel ulempe for patenthavere, idet opretholdelsen af et tilstrækkeligt og effektivt beskyttelsesniveau af patenthavers enerettigheder forudsætter, at patenthaver hurtigt kan få stoppet en eventuel krænkelser for derved at kunne begrænse skadevirkningerne mest muligt. Dette gælder særligt i sager, hvor patenthaver risikerer at lide et uopretteligt tab, hvis ikke den påståede krænkelser bringes til ophør inden for relativt kort tid.

Den tungtvejende interesse i hurtigt at få bragt en krænkelser til ophør er en af de primære årsager til, at patenthavere ofte som det første retslige skridt, når en (formodet) krænkelser fra tredjemand er blevet identificeret, vælger at indlede en sag om nedlæggelse af midlertidigt forbud og påbud. I denne type sager kan patenthavere nemlig relativt hurtigt, og på et foreløbigt grundlag, få domstolens stillingtagen til, om den formodede krænkelser midlertidigt skal forbydes, indtil der ved en domssag kan tages endeligt stilling til, om tredjemands handlinger skal forbydes ved et permanent forbud og eventuelt udløse et erstatningsansvar for tredjemand.

Til trods for at sager om midlertidige forbud og påbud generelt er tænkt at skulle være af subsidier karakter i forhold til den sædvanlige fremgangsmåde med iværksættelse af almindelige domssager, har der bl.a. i Danmark udviklet sig en praksis, hvorefter muligheden for at få nedlagt et midlertidigt forbud og påbud reelt synes at udgøre den primære sikring mod immaterialretskrænkelser.

Denne praksis er ganske udbredt i sager om krænkelser af patenter, og det kan ikke udelukkes, at den også vil vinde indpas ved UPC, bl.a. på grund af Domstolens kompetence til at kunne nedlægge midlertidige forbud og/eller påbud med virkning på tværs af medlemslandenes grænser, og fordi det vil være muligt at indlede en sag om midlertidigt forbud og påbud, uanset at der allerede verserer en almindelig domssag (hovedsag) ved Domstolen mellem de samme parter vedrørende samme påståede krænkelser(r).

## Midlertidige forbud og påbud ved UPC

Artikel 32, stk. 1, litra c, og artikel 62 i UPC-aftalen tilvejebringer det retlige grundlag for, at UPC kan afsige kendelse om midlertidige forbud og påbud. Det følger af sidstnævnte bestemmelse, at formålet med disse foreløbige afgørelser er at give mulighed for, (i) at en nært forestående krænkelser kan forhindres, (ii) at en fortsættelse af en påstået krænkelser midlertidigt kan forbydes, eller (iii) at fortsættelsen af en påstået krænkelser handling kan gøres betinget af, at der stilles sikkerhed for erstatning til rettighedshaveren.

Midlertidige forbud og påbud ved UPC kan nedlægges over for (i) den påståede krænkelser eller (ii) en mellemmand, hvis tjenesteydelser benyttes af den påståede krænkelser. Det vil f.eks. kunne blive relevant i forhold til netværksoperatører og internetudbydere, som formidler adgang til hjemmesider, hvor der sælges produkter, som krænkelser det patent eller SPC, som begæringen om midlertidigt forbud/påbud er baseret på.

Sager om midlertidige forbud og påbud ved UPC er, ligesom det er tilfældet efter dansk civilprocesret, uafhængige af, om der allerede verserer en hovedsag mellem parterne om samme påståede krænkelser baseret på samme patent eller SPC. Der er derfor intet til hinder for, at en sag om midlertidigt forbud og påbud verserer parallelt med hovedsagen ved UPC. Det betyder bl.a., at man relativt hurtigt vil kunne få bragt en formodet krænkelser til ophør ved en afgørelse om nedlæggelse af midlertidigt forbud/påbud, og derefter, inden for en overskuelig periode, få fulgt denne kendelse op med en dom om permanent forbud og eventuelt erstatning for krænkelser, forudsat betingelserne herfor er opfyldt.

### UPC's beføjelse til at nedlægge midlertidigt forbud og/eller påbud og kriterierne herfor

Ifølge den centrale bestemmelse i UPC-aftalens afsnit om midlertidige forbud og påbud, artikel 62, kan UPC afsige kendelse om flere forskellige foreløbige foranstaltninger i sager om nedlæggelse af midlertidigt forbud og påbud. Disse foranstaltninger omfatter bl.a.

- foreløbigt påbud eller forbud;
- beslaglæggelse eller aflevering af produkter, der mistænkes for at krænke et patent;
- arrest i den påståede krænkelser løsøre og faste ejendom, herunder indefrysning af den påståede krænkelser bankkonti og andre aktiver, hvis rekvirenten kan godtgøre, at der foreligger omstændigheder, som kan vanskeliggøre indrivelsen af erstatning.

Artikel 62 i UPC-aftalen er i vidt omfang baseret på artikel 9 i Retshåndhævelsesdirektivet og artikel 50 i TRIPS-aftalen. Til trods for dette er forventningen, at der vil gå en rum tid, før der er skabt nogenlunde klarhed over forbuds- og påbudsbeføjelsernes indhold, herunder særligt den nærmere rækkevidde af dem. Det skyldes, at der er store forskelle på, hvordan de forskellige medlemsstater fortolker og administrerer reglerne om midlertidige forbud og påbud efter nuværende national praksis.

Uklarheden vedrørende forbuds- og påbudsbeføjelsernes præcise indhold og fortolkning vil skulle fjernes gennem retspraksis fra UPC, herunder afgørelser fra Appeldomstolen. Det vil derfor formentlig tage nogle år, før der foreligger et tilstrækkeligt antal afgørelser på området til, at brugere af UPC vil kunne begynde at danne sig et nogenlunde overblik over rækkevidden af de forbuds- og påbudsbeføjelser, der er til rådighed ved UPC i sager om midlertidige forbud og påbud.

Ved UPC's lancering er der endvidere tvivl om den nærmere fortolkning af de centrale kriterier, der skal være opfyldt, før der kan nedlægges et midlertidigt forbud og/eller påbud. Kriterierne fremgår af artikel 62, stk. 2 og 4, som har følgende ordlyd:

"2. Domstolen har skønsbeføjelse til at afveje parternes interesser og til navnlig at tage hensyn til den potentielle skade for parterne som følge af udstedelsen eller afvisningen af påbuddet eller forbuddet."

"4. Domstolen kan [...] kræve, at rekvirenten fremlægger alt rimeligt bevismateriale, således at den med tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastslå, at rekvirenten er rettighedshaveren, og at rekvirentens rettigheder krænktes, eller at en sådan krænkelse er nært forestående." (fremhævet her).

Idet UPC er overladt en skønsmæssig beføjelse ved vurderingen efter artikel 62, stk. 2 af, om et midlertidigt forbud eller påbud – under de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag – skal udstedes eller afvises, er det vanskeligt på nuværende tidspunkt at sige noget kvalificeret om, hvilke momenter der vil blive lagt vægt på ved denne vurdering.

Hertil kommer, at formuleringerne "rimeligt bevismateriale" og "tilstrækkelig stor sikkerhed" rummer en vis elasticitet. Domstolen har fået et relativt stort fortolkningsrum, når det skal vurderes, om kriterierne for at nedlægge et midlertidigt forbud og påbud er opfyldt i en konkret sag.

Særligt spørgsmålet om, hvilken bevistærskel der vil skulle være opfyldt, før man kan få nedlagt midlertidigt forbud og påbud ved UPC, giver anledning til tvivl. Kriteriet om, at Domstolen på baggrund af alt "rimeligt bevismateriale" skal kunne fastslå, at der er "tilstrækkelig stor sikkerhed" for, at der f.eks. foreligger en krænkelse, eller at en sådan er nært forestående, giver naturligvis en vis vejledning i forhold til, hvilken bevistærskel patenthavere vil skulle møde for at få et forbud. Der gælder således ikke et krav om, at patenthaver skal godtgøre, at der foreligger en krænkelse. Men i lyset af bestemmelsens vage formulering og fraværet af retspraksis fra Domstolen, hvor den forhold sig specifikt til den nærmere fortolkning af kriterierne i artikel 62, stk. 4, vil det i Domstolens første år være forbundet med tvivl, hvilken linje der anlægges, dvs. hvor strengt eller lempeligt beviskravet for at kunne få nedlagt et midlertidigt forbud eller påbud ved UPC vil være.

Ligesom det er tilfældet for forståelsen af forbuds- og påbudsbeføjelsernes nærmere indhold, vil det være nødvendigt med retspraksis på området, før den nuværende retsikkerhed vedrørende den nærmere forståelse af de centrale kriterier (forhåbentlig) vil begynde at aftage. Inden da må patenthavere og eventuelle krænkere affinde sig med, at det ved overvejelserne af, om der skal indledes en sag, eller under forberedelsen af en sag vil være (endnu) vanskeligere end normalt at bedømme ens retsstilling.

#### Mulighed for ex parte forbud

Domstolens behandling af sager om midlertidige forbud og påbud ved UPC vil være opdelt i en skriftlig del og en mundtlig del. Den mundtlige del vil kunne omfatte en mundtlig høring, som omfatter én af eller alle sagens parter.

Som noget særligt vil der også være mulighed for ex parte forbud og/eller påbud ved UPC. Ex parte forbud eller påbud betyder, at en påstået patentkrænker kan risikere at få nedlagt et midlertidigt forbud/påbud mod bestemte handlinger uden selv at have haft mulighed for at deltage i hverken den skriftlige eller mundtlige del af retssagen. Ex parte forbud og påbud benyttes meget sjældent i dansk ret, og der er så vidt vides ikke eksempler på, at danske domstole nogensinde har nedlagt et ex parte forbud eller påbud i en patentsag.

Eftersom ex parte forbud/påbud udgør et alvorligt indgreb, har man indført mulighed for, at virksomheder, som har en formodning om, at der vil kunne blive indleveret en begæring om, at der nedlægges ex parte forbud/påbud mod et af virksomhedens produkter og/eller aktiviteter, på forhånd kan indlevere et såkaldt "beskyttelsesskrift" til Domstolen. Et sådant beskyttelsesskrift vil være en form for profylaktisk forsvarsskrift, hvor afsenderen på forhånd kan gøre sine argumenter gældende mod en forventet begæring om midlertidigt forbud/påbud. På den måde kan

virksomheden sikre sig, at Domstolen ikke træffer afgørelse i en sag om ex parte forbud og påbud uden forinden at have taget stilling til indholdet af beskyttelsesskriftet.

Det er derfor vigtigt for virksomheder at overveje muligheden for at indlevere beskyttelsesskrifter til Domstolen, hvis man har en formodning for, at der kan være konkurrenter, som vil forsøge at opnå et ex parte forbud eller påbud mod ens produkter eller aktiviteter. Det vil i de fleste tilfælde kræve, at man løbende overvåger konkurrenters patentrettigheder, herunder verserende patentansøgninger. Hvis blokerende patentrettigheder identificeres, vil det være hensigtsmæssigt som et præventivt skridt at indlevere beskyttelsesskrift(er) til Domstolen.

*Kromann Reumerts patent litigation team følger udviklingen ved UPC tæt og står klar til at hjælpe danske virksomheder med rådgivning om sagsbehandlingen af bl.a. patentkrænkelsessager ved UPC. Derudover kan vi facilitere kontakten til nogle af de mange dygtige patentagenter, vi arbejder sammen med, som vil kunne hjælpe danske virksomheder med overvågning af tredjemandsrettigheder og med at foretage Freedom-To-Operate-analyser, hvor dette er relevant. Vi kan desuden bistå med fastlæggelsen af virksomhedernes håndhævelses- eller forsvarsstrategi på området.*

## Læs vores publikation, hvor vi med en tænkt case illustrerer UPC's konkrete betydning for en mellemstor virksomhed.



Læs publikationen >

## 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



Victor Fasmer Henum  
Advokatfuldmægtig

Dir. +45 38 77 12 19  
Mob. +45 61 63 54 66  
vifh@kromannreumert.com

# Årsberetning og ESG-rapport

Indsigt og udsyn: 2022 og fremtiden i Danmarks førende advokatvirksomhed



Læs publikationen >



## Bettingfirma dømt for at krænke elitesportsudøveres rettigheder

Sø- og Handelsretten afsagde den 8. maj 2023 dom i en sag om brugen af en række elitesportsudøveres navne og billeder.

Sagen drejede sig om bettingfirmaet Bet365, der igennem en periode på to år havde brugt navne og billeder af 23 danske atleter på bettingfirmaets Facebook- og Twitter-profiler uden atleternes samtykke.

### Krænkede atleter

Spørgsmålet var, om Bet365s brug af atleternes navne og billeder udgjorde en krænkelse af atleternes rettigheder, og i givet fald hvor meget atleterne kunne kræve i erstatning og vederlag for denne uberettigede brug.

Sø- og Handelsretten fastslog, at Bet365s brug af atleternes navne og billeder var sket som led i markedsføring. Da brugen var sket uden atleternes samtykke, forelå der derfor en krænkelse af atleternes ret til eget navn og billede, som i dansk ret beskyttes efter almindelige retsgrundsætninger og markedsføringslovens § 3, stk. 1.

Sø- og Handelsretten fastslog dernæst, at atleterne var berettiget til erstatning og vederlag for den uberettigede brug i overensstemmelse med markedsføringslovens § 24, stk. 2 og 3.

### Betydelig reklameværdi

Ved erstatningsudmålingen lagde Sø- og Handelsretten vægt på, at atleterne kunne have opnået mindst 50.000 kr. i betaling for hvert enkelt opslag, hvis der havde været indgået en aftale. Retten lagde desuden vægt på karakteren, omfanget og varigheden af de forsætlige krænkelse, og at de krænkede atleter var sportsudøvere i eliteklassen med en betydelig reklameværdi.

Sagen blev ført af advokat Martin Dahl Pedersen på vegne af Spillerforeningen, Håndbold Spiller Foreningen og Danske Elitesportsudøveres Forening.

Dommen er anket til Østre Landsret.

### Kontakt



Martin Dahl Pedersen  
Partner

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



Kathrine Kjær  
Advokatfuldmægtig

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

# Beskrivende tegn – kan de registreres som varemærker?

Et varemærke, som udelukkende består af ord eller figurer, der kan beskrive en egenskab ved de varer og/eller tjenesteydelser, varemærket anvendes for, er – som udgangspunkt – udelukket fra varemærke-registrering. Hensynet bag denne regel er at sikre, at beskrivende tegn ikke monopoliseres af den enkelte erhvervsdrivende.

## Registrering gennem indarbejdelse

En hindring for registrering af et beskrivende varemærke kan overvindes, hvis indehaveren kan dokumentere, at mærket er indarbejdet. Ved indarbejdelse forstås, at varemærket er blevet egnet til at identificere de varer og/eller tjenesteydelser, mærket er anvendt for, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed også egnet til at adskille disse varer og/eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.

Indarbejdelse kræver ofte en intensiv og langvarig brug, men vil altid afgøres på baggrund af en konkret vurdering baseret på den dokumentation, der er indleveret af indehaver. Der kan derfor ikke stilles faste grænser for,

hvornår et beskrivende varemærke kan overvinde dets registreringshindring, men i vurderingen kan den relevante myndighed lægge vægt på:

1. markedsandel,
2. intensiteten og varigheden af brugen – det er særligt vigtigt at fremlægge dokumentation, der er dateret,
3. den geografiske udstrækning af brugen,
4. markedsføringsomkostninger,
5. markedsundersøgelser, der viser, at den relevante omsætningskreds – på grund af varemærket – identificerer de pågældende varer og/eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og
6. brancheerklæringer.



Har en indehaver et ønske om at opnå registrering af sit beskrivende mærke, skal denne være særligt opmærksom på, at betegnelsen bruges som et varemærke – og ikke som virksomhedsnavn eller som en generisk betegnelse for bestemte varer og/eller tjenesteydelser. Dette kan imødekommes ved eksempelvis konsekvent at angive varemærket med versaler eller med stort begyndelses-bogstav. Det er vigtigt, at varemærket aldrig bruges som et navneord eller et udsagnsord.

Det er også vigtigt, at dokumentationsmaterialet tydeligt viser, hvilke varer og/eller tjenesteydelser mærket er brugt for, idet beskyttelsen gives for de varer og/eller tjenesteydelser, der kan dokumenteres indarbejdelse for.

## Beskyttelsesomfanget af indarbejdede varemærker

Det er vigtigt at holde sig for øje, at beskrivende mærker, der har opnået særpræg gennem indarbejdelse, kan blive betragtet som svage. Derfor kan beskrivende indarbejdede mærkers beskyttelse i en krænkelsevurdering være mere begrænset end for mere særprægede mærker, hvilket betyder, at andre vil kunne lægge sig relativt tæt op ad det indarbejdede mærke. Dermed ikke sagt, at indarbejdede varemærker er værdiløse. Indehaveren vil fortsat være bedre stillet med et registreret varemærke end hvis denne slet ikke havde rettigheden. Desuden er det ikke udelukket, at et varemærkes særpræg kan styrkes, hvis det anvendes intensivt i en længere periode, således at varemærket opnår velkendthed i omsætningskredsen.

Velkendte varemærker har en udvidet beskyttelse. Et velkendt varemærke kan hindre registrering og brug af identiske eller lignende tegn, selv om der ikke er varelighed, hvis brugen af det yngre tegn uden rimelig grund utilbørligt udnytter eller skader det ældre varemærkes særpræg eller renommé.

## Logo som alternativ

Er en virksomhed ikke klar til at ansøge om registrering af et beskrivende ord via indarbejdelse, kan virksomheden overveje at ansøge om registrering af et figurmærke (logo), hvori det beskrivende ord indgår. Bliver logoet, som indeholder et beskrivende ord, registreret, vil virksomheden opnå en eneret til logoet i dets helhed – og dermed ikke til det beskrivende ord i sig selv.

Det ansøgte logo skal dog fortsat opfylde kravet om særpræg. Det vil eksempelvis ikke være nok, hvis det beskrivende ord angives med sort fed skrift, hvis ordet blot er omkranset i en cirkel, eller hvis logoet indeholder en gengivelse af den vare og/eller tjenesteydelse, som logoet anvendes for.

## 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





# Samtykkekravet efter henholdsvis markedsføringsloven og GDPR – og de mulige forskelle i praksis

I september 2022 traf Datatilsynet en afgørelse, der blandt andet omhandlede gyldigheden af et samtykke, der blev indhentet af virksomheden SmartResponse i forbindelse med forbrugers deltagelse i internetkonkurrencer.

Sagen hos Datatilsynet blev indledt efter en henvendelse fra Forbrugerombudsmanden, der havde modtaget en række klager over virksomheden SmartResponse, der ved brug af konkurrencer indhentede forbrugers samtykke til direkte markedsføring. Det indhentede samtykke udgjorde både et markedsføringsretligt samtykke, som Forbrugerombudsmandens normalt fører tilsyn med, og et samtykke efter de databeskyttelsesreglerne, som Datatilsynet fører tilsyn med.

Den nylige afgørelse fra Datatilsynet tyder på, at der er en forskel mellem Datatilsynets og Forbrugerombudsmandens praksis ved vurderingen af, om forbrugeren faktisk har afgivet et gyldigt samtykke.

## Direkte markedsføring – krydsfelt mellem databeskyttelses- og markedsføringsregler

Direkte markedsføring er markedsføring, der er rettet mod en bestemt person. Det omfatter eksempelvis salg fremmende indhold som nyhedsbreve og sms'er. Markedsføringslovens § 10 indeholder et forbud (ofte kaldet spamforbuddet) mod, at virksomheder retter

henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax med henblik på direkte markedsføring, medmindre modtageren har givet sit forudgående samtykke. Der gælder altså et samtykkekrav.

Direkte markedsføring over for forbrugere indebærer også behandling af forbrugernes personoplysninger (f.eks. navn og e-mail). Denne behandling af personoplysninger reguleres af databeskyttelsesreglerne og kan for eksempel baseres på forbrugers samtykke.

Der kan derfor være tale om et "dobbelt" samtykke, der både sikrer overholdelse af markedsføringslovens § 10 og samtidig sikrer et behandlingsgrundlag efter databeskyttelsesreglerne. I SmartResponse-sagen var der tale om et sådant "dobbelt" samtykke, der blev indhentet i forbindelse med deltagelse i en internetkonkurrence.

## Forbrugerombudsmandens praksis

Efter markedsføringsloven skal et samtykke til direkte markedsføring være udtryk for en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse. Forbrugerombudsmanden har opstillet retningslinjer for, hvordan et gyldigt samtykke indhentes i forbindelse med internetkonkurrencer, ligesom der også fremgår nogle generelle retningslinjer i Forbrugerombudsmandens spamvejledning.

Forbrugerombudsmandens vejledninger tyder på, at et samtykke skal indhentes ved en aktiv handling, der består i, at kunden aktivt sætter kryds i for eksempel et "Ja tak"-felt. Det betyder, at et samtykkefelt ikke må være afkrydset på forhånd, men det betyder også, at forbrugeren (ifølge Forbrugerombudsmandens vejledning om konkurrencer) ikke kan give samtykke blot ved at indtaste sine oplysninger og klikke sig videre til næste side i en konkurrence. Dette må fortolkes sådan, at man ikke – i hvert fald som udgangspunkt – kan indhente et gyldigt samtykke, hvis samtykket for eksempel gives ved, at der klikkes "Deltag i konkurrencen".

## Datatilsynets praksis – SmartResponse-sagen

SmartResponse behandlede personoplysninger om konkurrencedeltagerne med henvisning til, at de havde givet samtykke til behandlingen. I forbindelse med tilmelding til konkurrencen blev deltageren på første side bedt om at udfylde navn, e-mail, telefonnummer og køn. Samtidig fremgik det, at deltageren gav samtykke til at modtage direkte markedsføring, samt hvordan og fra hvem markedsføringen ville blive sendt. Trykkede deltageren herefter videre til næste side, blev vedkommende bedt om at udfylde adresse- og fødselsdagsoplysninger. Deltageren havde herefter mulighed for at deltage i konkurrencen ved at trykke "Deltag nu", hvorved samtykket samtidig blev afgivet.

Et gyldigt samtykke efter databeskyttelsesreglerne forudsætter (ligesom efter markedsføringsloven), at det er udtryk for en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse. Datatilsynet vurderede, at det samtykke, som SmartResponse indhentede i forbindelse med deltagelsen i internetkonkurrencen, var indhentet i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne.

Datatilsynet fandt, at samtykket var udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse, da forbrugeren skulle foretage en aktiv handling for at deltage i konkurrencen – og dermed samtykke til behandling af deres oplysninger med henblik på direkte markedsføring.

## Forskelle i praksis

Hvis den databeskyttelsesretlige behandling af personoplysninger med henblik på direkte markedsføring omfattes af markedsføringslovens § 10 baseres på samtykke, står virksomhederne i en situation, hvor samtykket både skal leve op til markedsføringsloven, som Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med, og de databeskyttelsesretlige regler, som Datatilsynet fører tilsyn med.

Af forarbejderne til markedsføringsloven fremgår det, at samtykkekravet efter markedsføringsloven svarer til

samtykkekravet efter databeskyttelsesreglerne. Kravene til, hvornår et samtykke er gyldigt, bør derfor være de samme.

Meget tyder dog på, at Datatilsynet og Forbrugerombudsmanden anlægger en forskellig fortolkning af, hvornår forbrugeren har foretaget en aktiv handling og derved har givet et samtykke, der er udtryk for en utvetydig viljestilkendegivelse. Datatilsynet vurderer, at kravet kan være opfyldt, når forbrugeren aktivt vælger at deltage i en konkurrence efter at være informeret om, at det indebærer et samtykke til behandling af personoplysninger. Forbrugerombudsmandens vejledninger tyder omvendt på, at dette ikke vil være tilstrækkeligt, da forbrugeren aktivt og særskilt skal afkrydse for eksempel et "Ja tak"-felt og derfor ikke kan afgive samtykke ved for eksempel at trykke på "Deltag".

For de virksomheder, der anvender sådanne samtykker, er det derfor værd at være opmærksom på, at Forbrugerombudsmanden tilsyneladende anlægger en strengere vurdering end Datatilsynet. Hverken Datatilsynet eller Forbrugerombudsmanden har endnu udtalt sig om, at der tilsyneladende er en forskel i deres praksis.

## Kontakt



Pia Kirstine Voldmester  
Partner  
Dir. +45 38 77 10 15  
Mob. +45 26 86 64 28  
pkv@kromannreumert.com



Lisbeth Krener  
Director, advokat  
Dir. +45 38 77 10 93  
Mob. +45 20 20 47 80  
likr@kromannreumert.com



Kia Hansen  
Advokatfuldmægtig  
Dir. +45 38 77 12 68  
Mob. +45 42 31 77 55  
kiha@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

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