



SØ- OG HANDELSRETTEEN DOM

afsagt den 5. november 2021

Sag BS-31827/2020-SHR

Sagsøger ApS
(advokat Johan Løje)

mod

DiningSix A/S
(advokat Morten Achilles Bruus)
og
Slap Af 12.12.09 ApS
(advokat Morten Achilles Bruus)
og
Keyser KBH ApS
(advokat Morten Achilles Bruus)
og
DiningSix Group ApS
(advokat Morten Achilles Bruus)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Claus Forum Petersen og de sagkyndige medlemmer Poul Hartvig Nielsen og Per Håkon Schmidt.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen vedrører navnlig spørgsmålet om, hvorvidt benyttelsen af betegnelsen ”Keyser Social” i forbindelse med restaurationsvirksomhed, krænker varemærkerettigheder, som tilkommer Sagsøger ApS.

Sagen er anlagt den 14. august 2020.

Sagsøger ApS, har nedlagt følgende påstande, som i medfør af retsplejelovens § 253 i enighed mellem parterne er udskilt til særskilt forlods behandling:

1. DiningSix A/S, Dining Six Group ApS og Keyser KBH ApS forbydes at anvende kendetegnet KEYSER SOCIAL for udbud af tjenesteydelser, der omfatter tilvejebringelse af mad og drikke, herunder restaurationsvirksomhed.

2. DiningSix Group ApS tilpligtes at tilbagetrække dansk varemærkeregistrering nr. VR 2020 01471 for ordmærket KEYSER SOCIAL

3. DiningSix A/S tilpligtes at foranledige domænenavnet KEYSERSOCIAL.dk udslettet hos DK Hostmaster A/S

DiningSix A/S, Dining Six Group ApS, Slap Af 12.12.09 ApS og Keyser KBH ApS har nedlagt påstand om frifindelse.

Da sagsøgte Slap Af 12.1209 ApS alene er omfattet af Sagsøger ApS' udskudte påstand 4, er denne sagsøgte ikke omfattet af rettens behandling af sagen på det udskilte grundlag.

Sagens parter

Sagsøger ApS

Sagsøger ApS blev stiftet den 11. maj 2018 og har siden stiftelsen drevet en pølsebod, først som stand og derefter som pølsevogn, som en del af Broens Gadekøkken, beliggende Strandgade 95, København. Virksomheden er registreret under branchekoden »detailhandel med føde-, drikke- og tobaksvarer fra studepladser og markeder« og har registreret navnene »Binavn« samt »Haddock's fish & chips ApS« som binavne. I forbindelse med omtale af Broens Gadekøkken i bloggen "Foods of Copenhagen", 15. marts 2018, under overskriften "What to eat?", ses blandt andet følgende omtale: "The humble hotdog is represented, but in a wonderful gourmet version from Sagsøger ApS ...".

Af Sagsøger ApS' Hjemmeside 1 (udateret) fremgår blandt andet, at der serveres gourmethotdogs med økologiske pølser, der er produceret af Michelin kokken Person 1, og at navnet Betegnelse er inspireret af filmen "The Usual Suspects". Som bilag 1 er fremlagt Sagsøger ApS' menu "The Usual Suspects / 'The Menu'" med fire menupunkter: "The Usual", "The Unusual", "The Single" og "The

Twins” (de to førstnævnte er hotdogs mens de to sidste er pøseserveringer med kartoffelsalat eller pømmes frites).

DiningSix A/S, DiningSix Group ApS, Slap Af 12.12.09 ApS og Keyser KBH ApS

DiningSix A/S er koncernens administrationsselskab, der ejes af DiningSix Group ApS og har Person 2 som direktør.

DiningSix Group ApS er koncernens moderselskab, der blandt andet ejes af Virksomhed ApS, og hvor blandt andet Person 3 og Person 2 sidder i bestyrelsen.

Slap Af 12.12.09 ApS har som formål blandt andet at drive ”cafevirksomhed” . Selskabet ejes af DiningSix Group ApS.

Keyser KBH ApS (tidligere Basso KBH ApS og Klokker KBH ApS) blev stiftet den 10. januar 2018 og har siden den 28. maj 2020 drevet restauranten Keyser Social, beliggende Frederiksborggade 20D, st., København. Virksomhedens registrerede formål er at ”drive restauration, samt anden virksomhed der står i naturlig forbindelse hertil” . Selskabets registrerede direktør er Person 4.

Sagsfremstilling

Markedsføring og omtale af Sagsøger ApS. Aftaler og omsætningsforhold.

Af Sagsøger ApS' Facebookprofil, oprettet den 15. juni 2020, fremgår, at Sagsøger ApS havde 186 følgere. Af udateret udskrift over Sagsøger ApS Instagramprofil fremgår, at Sagsøger ApS havde 384 følgere.

Af Broens Gadekøkkens hjemmeside (udatet) ses omtale af ”Sagsøger ApS” med fotos af hotdogs og en visning af Sagsøger ApS' menu.

I en artikel fra det amerikanske tidsskrift, Condé Nast Traveller, (12. april 2019) ses beskrivelsen ”This isn't your average hot dog stand ... Sagsøger ApS ... serves gourmet hotdogs divined by Michelin starred chef Person 1. ” Det er endvidere omtalt, at Sagsøger ApS moderniserer ”... classic drinks, sourcing the chocolate for its chocolate milk from Original Beans , artisanal purveyour , and infusing its lemonade with organic elderflower. ...” . Det fremgår af Condé Nast Traveller's hjemmeside, at Condé Nast Traveller har 5 mio. ”Monthly Readers (print readership), 14,1 mio. ”Unique Users” (digital) og 16.3 mio. ”Followers” (social).

Der er fremlagt et print fra YouTube, bilag 14, visende Sagsøger ApS-logo med teksten ”The Danish Betegnelse” . Det fremgår af bilaget, at det skal være vist 503.064 gange.

Videoen stammer efter det oplyste fra en rejseguide, hvor et par besøger forskellige madudbud, som omtales, og er angivet til at have 1,7 mio. følgere.

Sagsøger ApS er videre omtalt med billeder i artikel af 27. juni 2018 fra Hjemmeside 2, i artikel af 30. november 2018 fra hjemmesiden fra online nyhedsmediet MigOgKbh.dk, i artikel af 10. april 2019 fra Hjemmeside 3, i artikel af 14. februar 2020 fra Hjemmeside 4, i artikel af 1. marts 2020 fra Hjemmeside 5, og i artikel af 11. juli 2020 fra Hjemmeside 6Hjemmeside 6. Derudover indgår et billede af Sagsøger ApS' pølsebod i bogen »Titel«, der er udgivet i 2019.

Sagsøger ApS omtales endvidere via Facebook-opslag fra Broens Gadekøkken, f.eks. 20. juni 2018 med produktbillede og beskrivelse. Det fremgår, at Broens Gadekøkken har 8.386 følgere, og at 10.116 personer har ”*tjekket ind*”. Tilsvarende er der Facebook-omtale på en række andre datoer med billeder, blandt andet 19. april 2019: ”Sagsøger ApS griller hver dag fra kl. 12-16 i påskeferien...”. Også for tiden efter 25. februar 2020 er der fremlagt en række opslag af tilsvarende karakter.

Sagsøger ApS med sine hotdog-retter er omtalt i bogen ” Titel” (Christine Rudolph & Susie Theodorou – 2019).

I artikel af 2. august 2019 fra TV2 er street food-markeder og street food som koncept omtalt. Det fremgår af artiklen blandt andet, at de, der oftest spiser street food i Danmark, søger noget ”*ekstraordinært og anderledes*”, og at Broens Gadekøkken er omtalt som ”kongen af street food i Danmark” med fokus på kvalitet og økologi. Det er omtalt, at det er Noma-folk, der står bag Broens Gadekøkken, hvilket er et ”*klart kvalitetsstempel*”.

Den 24. februar 2021 har Sagsøger ApS senest indgået ”D agsleje kontrakt ”med Broens Gadekøkken (perioden fra 26. marts 2021 til 24. oktober 2021).

Fra den 11. maj 2018 til april 2019 drev Sagsøger ApS pølseboden i containerstanden. Fra den 5. juni 2021 flyttede pølseboden ud i en mobil vogn. Sagsøger ApS har fremlagt blandt andet følgende billede af vognen:

[Foto udeladt pga. personfølsomme oplysninger]

Sagsøger ApS har foruden pølseboden drevet standen Haddock's Seafood på Broens Gadekøkken siden april 2019. Haddock's Seafood serverer fish & chips samt moules frites og har overtaget Sagsøger ApS' tidligere stand.

Af udskrift af 18. maj 2021 fra hjemmesiden www.broensgadekoekken.dk/boder fremgår en oversigt over madboderne på Broens Gadekøkken, blandt andet Haddock's. Sagsøger ApS fremgår ikke af oversigten.

Den 3. juni 2021 indsendte Sagsøger ApS (Person 5) ansøgning om stadeplads på Rådhuspladsen i København til drift af pølsebod fra en vogn med start den 3. juni 2021.

Det er oplyst, at stadeholderne på Broens Gadekøkken betaler for husleje og markedsføring af staderne, og at markedsføringsudgifterne udgør en procentdel af stadeholdernes omsætning.

Ved e-mail af 26. juli 2021 fra marketing manager hos Streetfood District, Person 6, til direktør i Broens Gadekøkken, Person 7, omtalte Person 6 det markedsføringsarbejde, Streetfood District udfører. Heraf fremgår, at markedsføringsarbejdet blandt andet består i udsendelse af nyhedsbreve, daglige opslag på sociale medier, betalt annoncering, udvikling af foto og video til brug for sociale medier samt pressehåndtering.

Af nøgletal for perioden fra 1. juni 2018 til 31. juli 2021 fremgår, at pøseboden har gennemført 67.372 transaktioner og haft en samlet omsætning på 6.102.051,10 kr. Et oversigtsbilag vedr. Sagsøger ApS' markedsføringsudgifter er oplyst at vise, at Sagsøger ApS (dækkende både Sagsøger ApS og Haddock's) har haft samlede markedsføringsudgifter i perioden fra 31. marts 2019 til 23. oktober 2019 på 303.618,50 kr., mens udgifterne (efter 25. februar 2020) i perioden fra 9. juni 2020 til 30. juni 2021 samlet androg 327.828,30 kr.

Sagsøger ApS har fremlagt faktura nr. 11185, udstedt af DGH Administration A/S til Sagsøger ApS. Fakturaen er oplyst at udgøre et eksempel på, hvordan udgifterne til husleje og markedsføring opkræves på baggrund af pøsebodens omsætning.

Ved brev af 18. maj 2020 rejste Sagsøger ApS indsigelse imod den påtænkte anvendelse af "Keyser Social". Det ses ikke af brevet, hvem det var stilet til, men det blev besvaret i brev af 20. maj 2020 af Person 8, "medejer af DiningSix A/S og Keyser Social ApS", der afviste, at der kunne foreligge en risiko for forveksling af navnene.

Keyser Social - markedsføring mm.

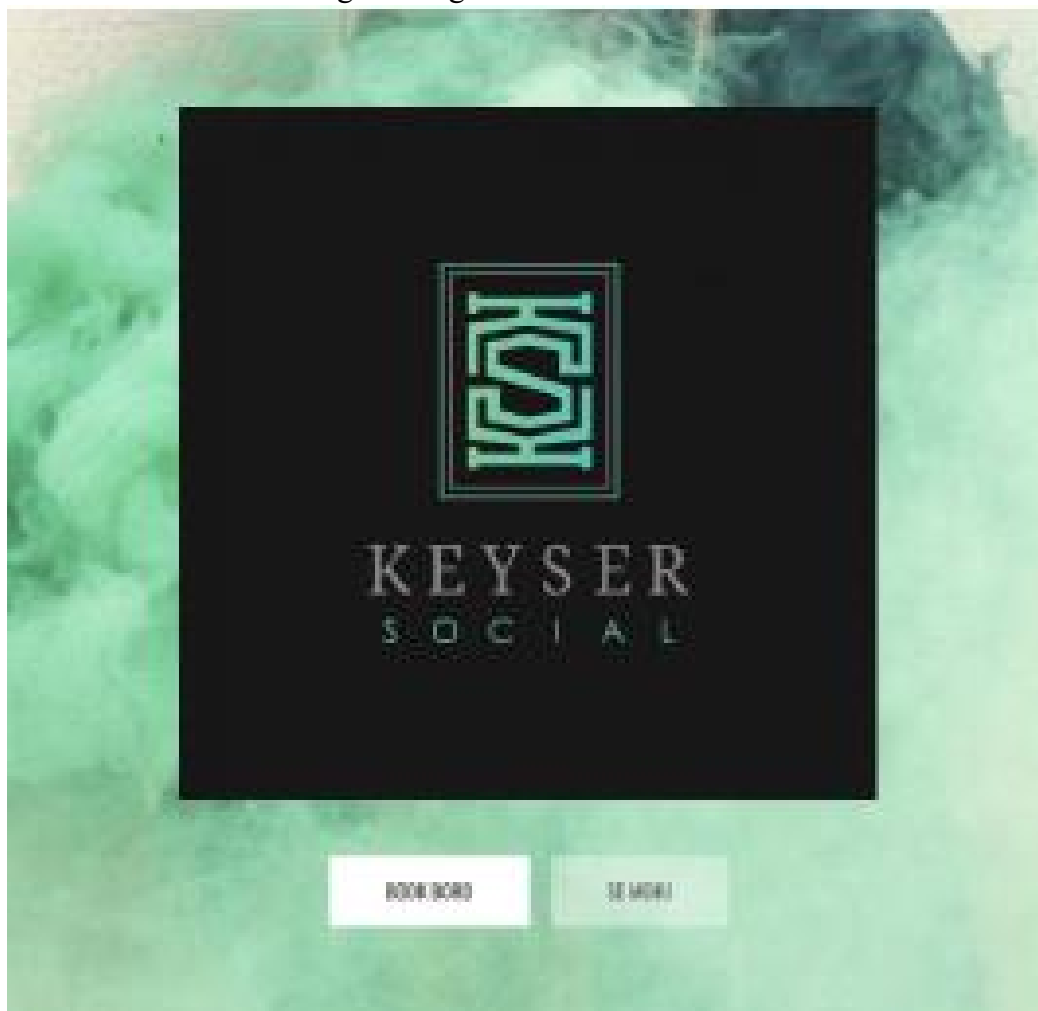
Selskabet Keyser KBH ApS (tidligere Basso KBH ApS og Klokker KBH ApS), der blev stiftet den 10. januar 2018, har siden den 28. maj 2020 drevet restauranten Keyser Social, beliggende Frederiksborggade 20D, st., 1360 København K.

Af Keyser Socials hjemmeside www.keyersocial.dk fremgår, at køkkenet har åbningstider 17-21 / 17-22, at der er muligheder for bestillinger a la carte, at der kan vælges en "Social Dining Menu" med 10 (395 kr. pr. person) eller 13 (495 kr. pr. person) serveringer, som vælges af "hele bordet", hvor restauranten "... tager [dig] med på en længere asiatisk smagsrejse ...", at der kan serveres "cocktails", "snacks" (f.eks. hummertatar & ris senbei chips, og agurk & kinaradise, "Kolde Retter" "Frisk 'kimchi' & urter, og 'Yum Kammusling'), "Varme Retter" (f.eks. Panang okse & bok choy, og østershatte & hoisin) samt "Desserter". Restauranten serverer som drikkevarer også blandt andet asiatisk øl.

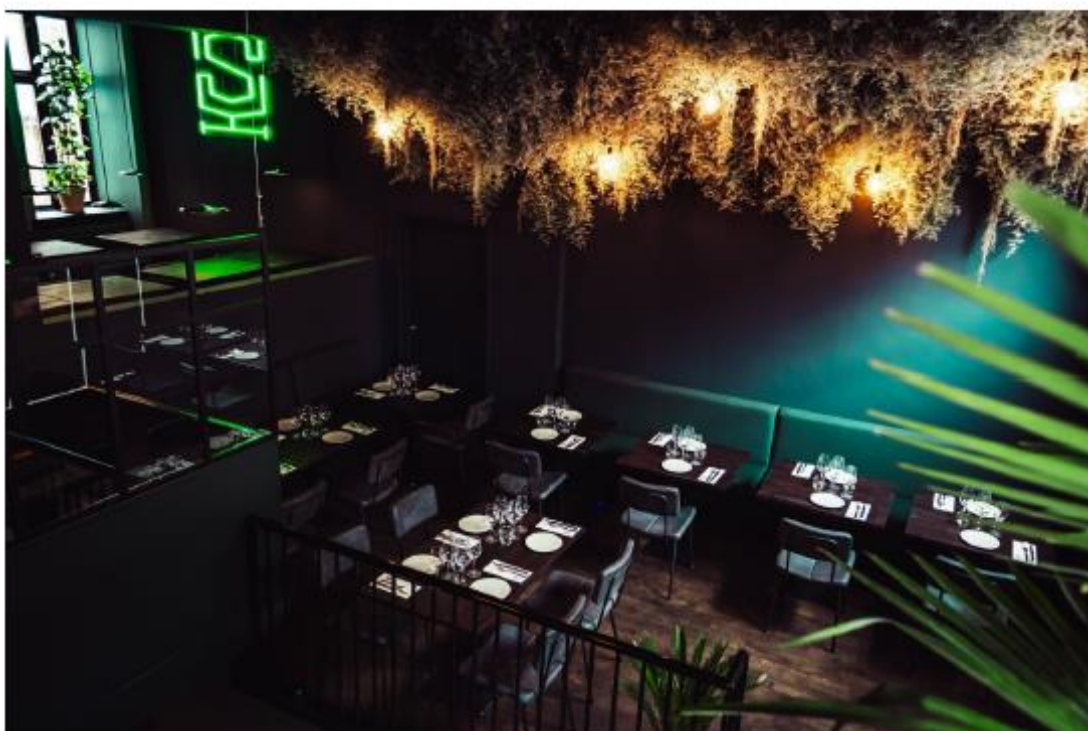
Af hjemmesiden fremgår følgende beskrivelse:

” Med vores kreative og smagfulde menu, opmærksomme og personlige betjening samt fokus på detaljen, tager vi det bedste fra Fine Dining-universet og tilsætter en god portion personlighed og uformel atmosfære. Vi kalder det **Nice Dining.**”

På hjemmesiden ses endvidere følgende logobillede:



Restaurantens indretning og koncept illustreres blandt andet af følgende billeder:



I en artikel af 30. september 2020 fra Berlingske er Keyser Social beskrevet som en restaurant, der blander retter fra Thailand, Korea, Japan og Malaysia, ”og det fungerer forbavsende godt”, samt lever op til den anden del af restaurantens navn ved at servere ”tapasagtige småretter i deleagtige »social«-portioner”.

Af udskrifter over restaurant Keyser Socials sociale medier pr. 8. september 2020 fremgår blandt andet, at Keyser Social havde 3.203 følgere på Instagram, og at man kan reservere bord via Facebook profilen.

Varemærkeregistrering og domænet www.keysersocial.dk

Af registerudskrift af 26. august 2020 fremgår, at DiningSix Group ApS med ansøgningsdato den 25. februar 2020 registrerede varemærket ”Keyser Social” som ordmærke i klasse 16, 41 og 43 (Restauranter mv.).

Den 20. februar 2020 blev domænet www.keysersocial.dk oprettet. Domænet er aktivt, og den oprindelige registrant var Slap Af 12.12.09 ApS. Det fremgår af en udskrift af 4. november 2020 fra DK Hostmaster, at registranten senere blev ændret til at være DiningSix A/S.

Om navnet Keyser Social

I dagene den 16. – 17. januar 2020 havde koncernens ledelse en korrespondance via ”Messenger”, hv or det blev drøftet, hvilket navn restauranten skulle have. Af korrespondancen, omtalt som en ”brainstorm”, fremgår blandt andet:

Person 2: Kalde det ”Kayser Social
Skjult Reference på gammel klassisk film 🎬🎬”

...

[lilla taleboble]: Kayser social er fandme godt!!

...

Person 4: Synes der er noget fedt ved Kayser Social faktisk. Det lyder anerledes og skævt! Helt enig ift. det tidligere billede/logo, at ordene står over hinanden:

KAYSER
SOCIAL

...

[lilla taleboble]: Så burde vi bare stave det Keyser Social, så det er et direkte pun på Keyser Sozë

Person 2: Jeg synes faktisk det er konge navn – tror det vil være rigtigt skarpt og give en masse god hype.

...

Person 4: Enig! Tror jeg også det vil, det er anerledes. Tror også det ser rigtig godt ud på logo form. Der er gode muligheder. Og enig i at det er bedre med Keyser, det ser også mere symetrisk ud for øjet.

...”

Det er ubestridt, at den lilla taleboble i korrespondancen er bestyrelsesmedlem i DiningSixGroup ApS og DiningSix A/S, Person 8's bemærkninger.

Øvrige forhold

Det fremgår af udskrift fra Google Maps, at der er en afstand på 2,1 km. mellem Sagsøger ApS' bod på Broens Gadekøkken og restaurant Keyser Social.

Af en udateret udskrift fra Facebook ses, at Person 4 (fra Keyser KBH ApS) følger. B roens Gadekøkken og ”synes godt om ” Broens Gadekøkken.

Af en – ligeledes udateret – udskrift fra Facebook ses, at partner i DiningSix A/S, Person 3, er Facebook-ven med Person 9, medejer af Sagsøger ApS.

Google-søgninger og andres brug af referencer til filmen ”The Usual Suspects” Af Google-søgning den 31. august 2020 med brug af søgeordene ”restaurant kejser” fremgår blandt andet, at der i Ebeltoft findes en cafe ved navn Restaurant samt en café ved navn Café Kaiser med hjemmesiden www.cafekaiser.dk. Det fremgår endvidere af Googlesøgning med brug af søgeordene »kejser soze restaurant«, »keyser soze dining« og »restaurant keyser soze«, at der som søgeresultat fremkommer en restaurant ved navn Keyser Soze i Berlin.

Der er fremlagt en udskrift af Hjemmeside 7, hvoraf fremgår en omtale med overskriften »The Usual Suspects og de 10 evige retter«. Andre fremlagte hjemmesideudskrifter mv. (bilag J) viser ligeledes eksempler på madomtaler etc. med henvisning til ”The Usual Suspects” .

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Person 5, Person 2, Person 4 og Vidne.

Person 5, direktør og medejer i Sagsøger ApS, har forklaret blandt andet, at han startede Sagsøger ApS i et samarbejde med kokken Person 10, der også havde en anden madbod på Broens Gadekøkken. Navnet Sagsøger ApS udtrykker hans efternavn, og at de serverer pølser. Samtidig har navnet associationer til filmen ”The Usual Suspects” .

Madboden og maden skulle godkendes af restaurant Noma, der er medejer af Broens Gadekøkken, hvilket den blev efter en prøvesmagning. Der gik cirka en måned, fra de fik idéen til Sagsøger ApS, til de startede den op. Det var vigtigt, at pølserne var af god kvalitet, og at der var et godt navn bag pølseproducenten. Sagsøger ApS drev i begyndelsen madboden fra en container, de delte med Virksomhed 1, men senere kom de til at

råde over en hel container. Ejerforholdene i Sagsøger ApS var oprindeligt, at Person 10 ejede 25 pct., Person 9 25 pct. og han selv 50 pct.

Broens Gadekøkken er ejet af Virksomhed 2 og restaurant Noma. Sagsøger ApS har foreløbig ikke en stand/vogn andre steder, men de har været i dialog med eksempelvis Torvehallerne, som ikke er afsluttet endnu, Zoologisk Have, Helsingør Madmarked og Emporia Shopping Center i Malmø. Sagsøger ApS har ikke en kapitalfond i ryggen, og det er derfor afgørende, at de har pengene selv til opstart af nye madboder.

Når man har en stand på Broens Gadekøkken og betaler husleje, får man samtidig en ”markedsføringspakke”, hvilket har været godt for Sagsøger ApS, så om så bedre har kunnet koncentrere sig om at lave mad. De har været tilfredse med den måde, Sagsøger ApS er blevet markedsført på. Sagsøger ApS betaler 8 pct. i markedsføringsbidrag af omsætningen. Der sker afregning ugevis.

Grunden til, at Sagsøger ApS' Facebookprofil, som det fremgår, først er etableret den 15. juni 2020, skyldes problemer med udveksling af diverse koder, herunder til Sagsøger ApS' Facebookprofil, i forbindelse med, at Person 9 og Person 10 gik hver til sit i efteråret 2019.

Oversigten over Sagsøger ApS' markedsføringsudgifter, bilag 52, er udarbejdet på baggrund af tal fra DGH Administration A/S. Bilaget viser de markedsføringsudgifter, Sagsøger ApS har betalt i perioden fra 31. marts 2019 til 30. juni 2021. Sagsøger ApS har formentlig derudover betalt noget annoncering igennem Facebook. Det var Person 10's kone, der stod for Sagsøger ApS' sociale medier sammen med Broens Gadekøkken. Faktura nr. 11185, bilag 53, illustrerer det markedsføringsbidrag, der er betalt i den angivne periode. Han kan ikke umiddelbart udpege markedsføringsbidraget fra fakturaen på oversigten over markedsføringsudgifter, bilag 52. Han har ikke været oversigten grundigt igennem.

At Sagsøger ApS flyttede pølsealget ud i en vogn, skyldtes, at salget af pølser var for nedadgående, da de udenlandske turister udeblev. De startede madboden Haddock's op i containerstanden med salg af Fish n' Chips i 2019. De overtog den anden del af containeren i løbet af 2019 og disponerer nu over hele containeren. Sagsøger ApS stillede først vognen op på Broens Gadekøkken på Fars dag den 5. juni 2021. De havde planlagt at stille den op før, men på grund af corona-krisen valgte de at udskyde det. Pølsevognen står fremme fredag, lørdag og søndag aften, indtil der er udenlandske turister i landet igen, idet det økonomisk ikke har kunnet betale sig at have den stående på hverdage. Vognen må ikke stå derude om natten. Når den ikke er i brug, står den ude på Amager. Det er Slots- og Kulturstyrelsen, der har bestemt, at vognen skal fjernes om aftenen. Dagslejekontrakten af 24. februar 2021 dækker alene aktiviteten vedrørende

Sagsøger ApS, og der er således en selvstændig dagslejekontrakt mellem Broens Gadekøkken og Haddock's. Selskabet betaler selvstændige markedsføringsudgifter vedrørende Haddock's, der svarer til 8 pct. af omsætning en.

Sagsøger ApS har et samarbejde med kokken Person 1, der blandt andet indebærer, at han leverer pølser og deltager i de events, Sagsøger ApS holder. På disse events står han f.eks. for at grille pølser og bidrager med en ret eller andet. Der er, så vidt han ved, ikke andre, der sælger Person 1's pølser. De gæster, der besøger Sagsøger ApS, kommer fra lokalområdet, København, Jylland og andre steder i øvrigt. Der kommer normalt mange udenlandske turister, men det har der ikke været under corona-krisen. Sagsøger ApS har også mange besøgende, hvis det annonceres, at Person 10 kommer derud. Han er et godt navn, som mange er interesserede i at følge.

Da pølseboden blev drevet fra containeren, som har en størrelse på 16 fod, havde den nogle vaskefaciliteter, en frituregryde, stegeplader og en brødrister. De har ingen alkoholbevilling. Der kan laves forhåndsreservation, hvis der skal afholdes større arrangementer, men det er ikke som sådan muligt at reservere bord/plads på Broens Gadekøkken, da det er street food. Grunden til, at Sagsøger ApS ikke fremgår af Broens Gadekøkkens liste over madboder, er, at det alene er de faste boder med faste åbningstider, der er på listen.

Person 2, bestyrelsesmedlem og medejer i DiningSix Group ApS samt direktør i DiningSix A/S, har forklaret blandt andet, han har ansvaret for driften og bistår deres restauranter med forskelligartede opgaver. Udover Keyser Social har de i koncernen restauranterne Basso, Restaurant Köd, Klokkeren, burgerkæden Burger Schack samt et cateringkøkken. Restauranterne ligger i København, Aarhus og Oslo. De differentierer restauranterne udadtil, men indadtil drives restauranterne på fælles basis.

Konceptet for Keyser Social er asiatisk social dining, hvor gæsterne får serveret 10-13 retter ad fire til fem omgange på delatallerkener. Man kan også bestille a la carte, men det er under 5 pct. af gæsterne, som gør det. Deres a la carte service er også social dining, hvor gæsterne deler retterne. Restauranten har alkoholbevilling, og der serveres vin, øl, cocktails, asiatiske brændevine osv. Ca. 98 pct. af gæsterne har reserveret bord på forhånd, og der er altså meget få "walk-ins".

Restaurantens visuelle udtryk er et mørkt, lidt dunkelt lokale med lysegrønne "pangfarver", der skaber et ægte "asiatisk look" – ikke "turistasiatisk". Restaurantens gæster er et bredt udsnit af befolkningen. Typekunden er en kvinde på 30 – 40 år, som deres markedsføring er rettet imod. Keyser Socials konkurrenter er hovedsageligt restauranterne Hanzo, Asian The Market og Kiin Kiin, der alle er asiatiske social dining-restauranter.

Han var med i processen, der lå til grund for beslutningen om at vælge navnet Keyser Social. De nåede frem til navnet efter en brainstorm, hvor de deltog med hver deres kompetencer. Han har selv markedsføringskompetencer, og hans fokus var, at navnet skulle være nemt at udtale og stave, og at det havde asiatisk klang. "Keyser" er et asiatisk ord. Der er for eksempel en kejser i Japan. Navnet "Social" afspejler social dining konceptet, som efterhånden er ret udbredt. Filmfiguren Keyser Söze, var oppe at vende. De syntes var en sjov biting, men ikke noget de i øvrigt brugte i konceptet. Det er ikke alle, der kender filmen. Der er ingen relation mellem Asien og figuren "Keyser Söze", og der er blot tale om en "gimmick".

I Messenger-korrespondancen fra 16. – 17. januar 2020 fremgår Person 11, Person 4, Person 8 og Person 12. Også alle øvrige bestyrelsesmedlemmer var med, men de kom ikke med kommentarer og fremgår derfor ikke af korrespondancen. Forud for Messenger-korrespondancen havde de drøftet navnet »Kaiser« med 'a'. Under vejs i navneprocessen havde de foretaget en Google-søgning på »Keiser restaurant« -også hver for sig - der viste, at der var et vaskeri og en café i provinsen, der hed "noget med Kejser" med 'e' og 'j'. De foretog også en søgning på »Keyser Social« og kunne ikke finde noget, der mindede om det navn. Sagsøger ApS dukkede ikke op under søgningerne.

Grunden til, at de fortsatte med brainstorm af navne efter at have talt om at anvende "Kaiser", var, at ikke alle var overbeviste om navnet. Han syntes hele tiden selv, at det var et godt navn.

Han stiftede første gang bekendtskab med Sagsøger ApS, da Person 8 orienterede ham om brevet fra Sagsøger ApS. Han kendte ikke Person 5 eller Person 9. Han var klar over eksistensen af Broens Gadekøkken, hvor en god ven skulle åbne madboden "Grød". Han har et godt kendskab til madbranchen og ved, hvem Person 1 er. Han har aldrig oplevet, at kunder har forvekslet Keyser Social og Sagsøger ApS, eller at kunder har troet, der var en forbindelse mellem de to madsteder.

Domænenavnet www.keyersocial.dk blev oprindeligt registreret hos Slap Af 12.12.09 ApS, som var det selskab, hvor alle deres domæner lå.

Person 4, direktør og via holdingselskabet medejer i Keyser KBH ApS, har forklaret blandt andet, at han har det overordnede ansvar for restauranten. Han sidder sjældent på sit kontor, men beskæftiger sig med praktisk arbejde på restauranten, herunder som tjener eller i køkkenet. Restaurantens koncept er social dining, og maden er asiatisk fusion. Køkkenchefen sammensætter menuen fem gange om året med inspiration fra forskellige

asiatiske køkkener. Gæsterne tager selv maden over på tallerkenen, som når de spiser derhjemme.

Konceptet kommer til udtryk visuelt, hvor de har ladet sig inspirere af asiatiske lokaliteter. De har dæmpet belysning og en japansk undergrundsstil. Udtrykket er nærmest opiumshuleagtigt. Han har ofte kontakt med restaurantens gæster. Restaurantens målgruppe er kvinder i starten af trediverne. Cocktails udgør 10-12 pct. af omsætningen. Gæsterne bliver som regel i restauranten omkring tre til fire timer, og typisk til restauranten lukker. Gæsterne reserverer hovedsageligt bord i forvejen, og der er ikke mange gæster, der kommer ind fra gaden. Det er lidt, ligesom når man bliver inviteret hjem privat.

Han var med i navneprocessen med den øvrige bestyrelse, men mange af hans idéer blev fravalgt, fordi han brugte gamle ”rockstjerne referencer”. De arbejdede først med navnet »Kaí«, der vist nok betyder sejr eller velstand på japansk, men udtalen var uinteressant, og det var svært at lave en googlesøgning på navnet. Han var også en del af Messenger-korrespondancen af 16. – 17. januar 2020. Grunden til, at han skrev, at det ikke skulle være et navn med ”District”, var, at han vidste, at der var en vietnamesisk restaurant med et lignende navn, og det skulle ikke være et navn med referencer til andre restauranter. Han syntes, navnet »Keyser Social« havde pondus, og der var gode referencer til noget majestætisk. »Keyser« med ’y’ var også pænt på logoform, og de kunne få det til at se symmetrisk ud. Han kan ikke huske, hvorfor de endte med at stave det med ’y’, men de drøftede mange stavemåder. Person 2 nævnte i starten, at navnet havde en sjov reference til filmen ”The Usual Suspects”, men de har ikke gjort noget ud af referencen i øvrigt. Baggrunden for, at ”social” indgik i navnet, var, at det skulle signalere, at konceptet var social dining.

Han blev bekendt med Sagsøger ApS, da Person 8 fortalte, at Sagsøger ApS havde lagt sag an mod dem vedrørende navnet. Han kendte ikke til Sagsøger ApS før det. Han kendte heller ikke Person 5 eller Person 9. Han kendte Broens Gadekøkken, men ikke hver enkelt stand derude. Han har aldrig oplevet nogen forveksling mellem Sagsøger ApS og Keyser Social, eller at gæster har troet, at der var en forbindelse mellem de to.

Han har været i branchen siden 2011. Han har tidligere drevet thairestauranten, Lolly, men solgte sine ejerandele i 2019. Hans forslag til Keyser Socials logo var, at de to ord skulle stå over/under hinanden i en firkant. Han følger Broens Gadekøkken på Facebook. Han er på Facebook et par gange om dagen. Han kender ikke Person 1 personligt, men kender hans navn.

Vidne, kommunikationschef i Streetfood District, har forklaret blandt andet, at Streetfood District står for blandt andet markedsføring for Broens Gadekøkken. Hun blev ansat hos Streetfood District den 1. februar 2018, hvor hun var ”SoMe-ansvarlig”, dvs. ansvarlig for sociale medier. Den 1. september 2018 blev hun kommunikationschef med officiel titel et par måneder senere. Hun gik på barselsorlov i juni 2020 og kom tilbage den 25. maj 2021. Arbejdet bestod blandt andet i at tage billeder og lave opslag på sociale medier. Senere kom hendes arbejde også til at omfatte pressehåndtering, planlægning af nyhedsbreve, tekster på hjemmesider samt strategisk kommunikation. Markedsføringen udføres både for madmarkedet som sådan, men også for de enkelte stader på markederne.

Stadeholderne betaler en procentdel af deres indkomst til deres hovedkontor. Betalingen dækker markedsføring, businesssupport samt salg og booking. Markedsføringen for Broens Gadekøkken er rettet mod de lokale københavnere, hele københavnsområdet, danske turister, der bor uden for Storkøbenhavn, og internationale turister.

Streetfood District samarbejder med Wonderful Copenhagen på den måde, at Wonderful Copenhagen tager kontakt til Streetfood District, når de modtager relevante henvendelser fra udenlandske journalister og influencere. Samarbejdet er en stor del af deres internationale markedsføringsstrategi, ligesom de har en engelsksproget Instagramprofil. De har en mere lokal strategi for deres Facebookprofil, der er dansksproget.

Markedsføringsarbejdet vedrører for det første udsendelse af nyhedsbreve. Nyhedsbrevene udsendes ikke månedligt, fordi det har taget tid at opbygge en modtagergruppe. For det andet laves opslag om staderne med maden eller en video, der viser, hvem stadeholderne er. Det går på runde, hvem der får et opslag, og der går typisk to til tre uger, før en stand igen får et opslag. Derudover laver de opslag med events og med den stemning, der er på Broens Gadekøkken. Et eksempel på et event er, at de hvert år laver en særlig omtale i forbindelse med åbningen af Broens Gadekøkken, hvor der er smagsprøver, særlige retter eller tilbud på drikkevarer. De lægger digitale annoncepenge i eventet. Der er også mindre events som f.eks. øl-yoga og julemarked, der er med til at skabe noget ”trafik” på pladsen. Stadeholderne kan også selv lave events. Et event er rimeligt besøgt med et jævnt flow af gæster. På Broens Gadekøkkens hjemmeside ses en liste over madboderne og barerne med en beskrivelse af stadeholderne og koncepterne.

Målgruppen er alle, der godt kan lide mad, herunder også børnefamilier. Streetfood District kan tage æren for artiklen af 12. april 2019 i Condé Nast Traveller, fordi de igennem Wonderful Copenhagen henviste journalisterne til Broens Gadekøkken. De har ikke betalt Condé Nast eller andre journalister for at skrive artikler. Mig&KBH er et andet nyhedsmedie, der laver opslag og artikler om, hvad der sker i København med hensyn til

spiseliv, kultur, mad og drikke, og de har omkring 400.000 besøgende på deres hjemmeside per måned.

Haddock's og Sagsøger ApS er to forskellige madkoncepter. Hun har ikke kendskab til, at pølsevognen ikke længere skulle drives på Broens Gadekøkken. Grunden til, at der ikke længere sælges gourmethotdogs fra standen, er, at Person 5 valgte at udnytte standen på en anden måde og give mere plads til Haddock's. Vognen står ikke på pladsen om aftenen/natten, fordi der er strenge regler fra kommunen og Slots- og Kulturstyrelsen om, at alt mobilt skal fjernes om aftenen og natten over.

Streetfood District hedder officielt Virksomhed 2. Selskabet DGH Administration A/S har navn efter Den Grønlandske Handelsplads. Hun har ikke helt styr på, hvordan DGH Administration A/S er opbygget. Hun ved heller ikke, hvilket selskab markedsføringsbidrag betales til, men hun formoder, at det betales til DGH Administration A/S eller Virksomhed 2. Stæderne betaler en procentsats, der er indkomstbetinget, og den går til kommunikation og markedsføring, businesssupport samt salg og booking. Booking er f.eks. bordreservation og support i den forbindelse. Man kan ikke reservere bord på Broens Gadekøkken i øjeblikket, men man kan booke større selskaber ind. Stæderne får alle services, når de har en stand på Broens Gadekøkken, og de kan ikke vælge markedsføring fra.

Hun kender ikke til tabellerne vedr. markedsføringsudgifter (bilag 52) eller fakturanr. 11185 (bilag 53). Regnskab ikke er hendes ansvarsområde, og hun ser ikke bogførings-bilag.

Parternes synspunkter

For Sagsøger ApS, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. august 2021, hvoraf fremgår:

”...

3. ANBRINGENDER

3.1. De indstævnte er alle rette sagsøgte

Det gøres gældende, at samtlige sagsøgte er korrekte sagsøgte i denne tvist.

For så vidt angår DiningSix, er denne part den nuværende indehaver af domænenavnet KeyserSocial.dk, som er omfattet af Sagsøger ApS' påstand 3. Da det reelt kun er DiningSix, der kan anmode DK Hostmaster om at få slettet domænet, er DiningSix part i sagen som sagsøgte. DiningSix er, efter de sagsøgte oplysninger, et driftselskab for dets moderselskab. Da DiningSix indgår i administrationen af koncernselskaberne under DiningSix Group, har det formodningen for sig, at DiningSix i sit virke bidrager til den uretmæssige brug af et navn, der krænker Sagsøger ApS' rettigheder.

De sagsøgte advokat besvarede undertegnede henvendelser, før denne retssag, på vegne af Keyser KBH og DiningSix, jf. **Bilag 21 og 25** (...). Der ligger her implicit en tilkendegivelse af, at DiningSix er korrekte sagsøgte i denne sag. Såfremt DiningSix reelt var denne sag uvedkommende, havde de sagsøgte advokat gjort dette gældende fra begyndelsen.

For så vidt angår Slap Af, er denne part den virksomhed, som oprindeligt registrerede domænenavnet KeyserSocial.dk. Denne registrering var i sig selv en krænkelse af Sagsøger ApS' rettigheder. At domænenavnet siden er overdraget til et andet koncernrelateret selskab, ændrer ikke på dette faktum. Det må formodes at Slap Af, som er 100% ejet af moderselskabet DiningSix, registrerede domænet, med henblik på at det skulle anvendes til restauranten Keyser Social, hvilket det også altid er blevet gjort.

Det ses også, at de sagsøgte advokat har valgt at besvare stævningen, som var de oprindeligt stævnedes parter de korrekte. Det kan dermed konkluderes, at parterne DiningSix og Slap Af begge var korrekte sagsøgte i denne sag, og fortsat er det.

Endelig bemærkes, at de sagsøgte selv giver anledning til betydelig tvivl om, hvem der står bag Keyser Social. Keyser KBH's navn fremgår således intet steds på hjemmesiden www.keyersocial.dk jf. udskrift af hjemmesiden fremlagt som **Bilag 5** (...). Til gengæld fremgår også Keyser Social restauranten på DiningSix' hjemmeside, der fremlægges som **bilag 45** (...). I bunden af denne hjemmeside er angivet CVR-nummeret CVR nr., der tilhører DiningSix A/S, hvilket taler yderligere for, at DiningSix gør brug af varemærket Keyser Social, og at dette selskab derved har krænket Sagsøger ApS' rettigheder.

Sagsøger ApS har endvidere medindstævnt parterne DiningSix Group og Keyser KBH.

DiningSix Group er medindstævnt, da dette er selskabet, der har ansøgt og registreret varemærket Keyser Social, som Sagsøger ApS i **påstand 2** har tilpligtet de sagsøgte at trække tilbage. Det vil alene være DiningSix Group, som vil kunne trække det registrerede varemærke tilbage fra varemærkerregistret, hvorfor det er nødvendigt at medindstævne dette selskab. Som moderselskab for flere af de krænkende aktører i denne sag, formodes det også, at DiningSix Group yderligere har medvirket til at krænke Sagsøger ApS' rettigheder med Keyser Social navnet.

Parten Keyser KBH er antagelig det reelle selskab, som restauranten drives i, hvorfor denne part også medindstævnes, da driften af restauranten og dermed dele af den krænkende adfærd, foretages i denne virksomhed.

3.2. Sagsøger ApS' rettigheder

3.2.1. Sagsøger ApS har opnået en ibrugtagen varemærkerettighed til Sagsøger ApS

Det gøres gældende, at Sagsøger ApS har opnået varemærkeret til varemærket Sagsøger ApS i medfør af varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3.

Det gøres principalt gældende, at vurdering om, hvorvidt Sagsøger ApS har erhvervet varemærkeret ved brug, skal foretages efter den tidligere varemærkelov og dennes ordlyd,

hvorved en varemærket kan stiftes ”ved ibrugtagning af et varemærke her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er taget i brug, og for hvilke det vedvarende anvendes”.

Det gøres dertil gældende, at der ikke kan indfortolkes en betingelse om ”mere end lokalt afgrænset karakter” i forbindelse med Sagsøger ApS' stiftelse af en ibrugtagen varemærket til Sagsøger ApS.

Subsidiært gøres det gældende, at Sagsøger ApS har erhvervet varemærket til Sagsøger ApS efter den nugældende varemærkelov, hvorefter der kan stiftes varemærket til et varemærke ved ”brug af et individuelt varemærke her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket vedvarende anvendes, når brugen har et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter.”

Det gøres endvidere gældende, at Sagsøger ApS har særpræg og opfylder betingelserne for at kunne tjene som varemærke og forretningskendetegn.

3.2.1.1. Sagsøger ApS har særpræg

Sagsøger ApS er et ordspil på navnet af Sagsøger ApS' ejer og den kendte, afgørende figur i filmen ”The Usual Suspects”. Filmen har ingen relation til mad eller restaurationsvirksomhed generelt og er i øvrigt fra 1990-erne og har således ikke længere en prominent plads i befolkningens erindring. Det gøres gældende, at trods filmens relative renommé, er den ikke en særlig stor del af popkulturen i Danmark i dag. Til trods for, at Betegnelse indeholder det engelske ord for pølse, tilfører det foranstående ord ”Kejser” tilstrækkeligt særpræg til, at varemærket i det hele har det fornødne særpræg til at nyde beskyttelse. Det skal hertil bemærkes, at det er fast antaget, at forbrugere tillægger de første bestanddele af varemærker større vægt. En forbruger vil derfor ikke anse Betegnelse for beskrivende for de varer og tjenesteydelser, som varemærket anvendes til at markedsføre. Betegnelse opfylder derfor betingelserne for at kunne tjene som varemærke.

3.2.1.2. Varemærkeloven som følge af LBK nr. 223 af 26/02/2017 finder anvendelse

Det gøres gældende, at det er den tidligere formulering af varemærkeloven, som skal finde anvendelse ved afgørelse af, hvorvidt sagsøger har opnået en varemærket som følge af brug, da Sagsøger ApS har iværksat brug af sit varemærke før 1. januar 2019. I den forbindelse bemærkes det, at EU-retten i en nylig afgørelse, T-368/20 Miley Cyrus præmis 13 og 14 (...) indledningsvist bemærker, at det er regelsættet gældende på tidspunktet for ansøgning om registrering for det omtvistede mærke, der er styrende for, hvilket regelsæt sagen skulle afgøres efter. Tilsvarende ræsonnement må utvivlsomt også gøre sig gældende for ibrugtagne varemærker, da rettighedsstiftelsen sker i det øjeblik varemærket tages i brug. Vurderingen må derfor foretages med udgangspunkt i de regler, der var gældende da Sagsøger ApS tog varemærket i brug i 2018.

Den tidligere lov foreskrev i § 3, stk. 1, nr. 2 alene, at en varemærket kan stiftes ”ved ibrugtagning af et varemærke her i landet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er taget i brug, og for hvilke det vedvarende anvendes”, jf. (...).

For at der foreligger ”brug af et varemærke her i landet” anføres det i ”Immaterielret” af Jens Schovsbo m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2018 på side 459 (...):

”Der er ikke knyttet nærmere betingelser til brugens intensitet eller tidsmæssige udstrækning, og i princippet kan der således erhverves varemærkeret på én dag (...) Der skal således meget lidt til, før der er stiftet en varemærkeret ”

Det fremgår tillige af ’Varemærkeret’ af Knud Wallberg, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave, 2017 på side 138 (...):

” Der er ikke knyttet nærmere lovfæstede betingelser til brugens intensitet eller tidsmæssige udstrækning, og i princippet kan der således erhverves varemærkeret på én dag, fx hvis de mærkede varer markedsføres – er i butikkerne – og samtidig annonceres i dagspressen. ”

Lignende beskrivelse findes også i ”Bedst i tid – Bedst i ret?” af Knud Wallberg, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, side 673-674 (...).

Dette stemmer ligeledes overens med de tidligere forarbejder og betragtningen vedr. reglerne om ibrugtagne varemærker.

Ved lovændringen i 1936 tillod man i Danmark, at en varemærkeret kunne stiftes ved brug. På daværende tidspunkt var det ligeledes klart, at der ikke var knyttet nærmere betingelser for stiftelse ved ibrugtagning, og at der ikke gjaldt de samme betingelser som ved indarbejdelse.

Disse betragtninger ses bl.a. i Betænkning nr. 199-1958 om en ny varemærkelov (...) og i Varemærkeretten i Konkurrenceretlig Belysning, Hardy Andersen, 1948 (...), hvoraf det fremgår, at såfremt varemærket er blevet ”anvendt et eller andet sted på jordkloden” og ”virkelig er blevet benyttet”, så stilles der ikke yderligere betingelser for karakteren af den nærmere brug af varemærket.

Retspraksis følger ligeledes samme betragtninger, hvor domstolene ikke har stillet krav om ”mere end lokalt brug” for, at der er stiftet en brugsbaseret varemærkeret. Der henvises i den forbindelse til:

- SHD af 29.11.2013 (V-91-12) Kvik Trafik, der anerkendte en ibrugtagen rettighed til varemærket Kvik Trafik, trods at brugen af varemærket var begrænset til Silkeborg. (...)
- U 2018.927S Prindsen, der anerkendte en ibrugtagen varemærkeret til bl.a. restaurationsvirksomhed trods brugens geografisk afgrænsede karakter. (...)
- U.2005.2082H Oslo, der anerkendte en ibrugtagen rettighed til ordet ”Oslo” for belysningsarmaturer erhvervet igennem markedsføringen. (...)
- U.2015.83H GIPO, der anerkendte en ibrugtagen rettighed til ”GIPO” som følge af anvendelsen af varemærket på fakturaer og hjemmeside. (...)

Selv i den centrale Elysium-dom trykt i U.2000.1351H (...) stillede Højesteret ikke noget krav om at brugen var af mere end lokal karakter. Her lagdes navnlig vægt på at brugen havde en karakter, der var egnet til at skabe bevis for varemærkerettens eksistens og omfang og til at fastslå tidspunktet for rettens stiftelse, uden risiko for antedatering eller proforma. (...)

Det gøres i nærværende sag gældende, at det fremlagte dokumentationsmateriale for brugen af Betegnelse er mere end tilstrækkeligt til at fastslå eksistensen og omfanget af Betegnelse, tidspunktet for rettens stiftelse, og at der er tale om en reel og vedvarende anvendelse af Betegnelse som varemærke og forretningskendetegn for Sagsøger ApS' virksomhed.

3.2.1.3. Varemærkeloven af 1. januar 2019 medføre en lovændring

Det fastholdes til trods for de sagsøgtes bestridelser, at kravet om at brugen af et varemærke skal have mere end lokal karakter for at opnå brugsbaseret beskyttelse, ikke er en præcisering, men i stedet en ændring af loven.

Det bestrides ikke, at lovforarbejderne (og diverse høringsnotater) skulle anskue indsættelsen som en præcisering og ikke ændring. Det gøres derimod gældende, at lovforarbejderne ikke har ret i, at der blot er tale om en præcisering af loven. Henvisninger i lovforarbejder til gældende ret skaber i sig selv ikke ret. Forarbejder har generelt lavere kildeværdi sammenlignet med de egentlige love (og deres ordlyd) og retspraksis, og der kan således ikke på baggrund af forarbejderne konkluderes om lovændringen de facto er en præcisering eller en materiel ændring. Her må det til stadighed være ordlyden og retspraksis, der er styrende for forståelsen af bestemmelsen.

At landsretten i U 2019.265 V Restaurant Malt skriver at "*varemærket skal være brugt på en sådan måde, at kendskabet til mærket er mere end lokalt*", ændrer ikke på det faktum, at sagen fortsat står alene ift. at indfortolke et krav om "mere end lokalt afgrænset karakter" i dansk ret. Dertil kommer at ordlyden i landsrettens afgørelse lige så vel kan tages til indtægt for at være i overensstemmelse med hidtidig praksis, hvor der trods alt skulle være foretaget visse bestræbelser på at anvende varemærket, for at varemærkeretten var stiftet. Som ovenfor beskrevet måtte det forudsætte at varemærket "virkelig er blevet benyttet" (en art realitetsbetragtning). Baren ligger dog fortsat meget lavt, hvilket den tidligere retspraksis, beskrevet ovenfor, stadig bekræfter trods en anderledes udlægning af landsrettens afgørelse i U 2019.265 V Restaurant Malt.

De sagsøgtes henvisning til Løje IP's hjemmeside er irrelevant, idet det eksplicit fremgår, at "det ikke er *hensigten*, at dette skal medføre en ændring i praksis". Det anerkendes, at lovgiver har haft **til hensigt** at præcisere, men det gøres gældende, at der i realiteten er tale om en ændring af loven. Endvidere må Løje IP's hjemmeside realistisk set anses for en begrænset retskilde –trods alt.

Lignende synspunkter synes også at gøre sig gældende i "Den nye danske varemærkelov" artikel af Claus B. Christiansen og Maria R. Kristensen, NIR 1/2019 (...), hvor det bl.a. nævnes at trods lovændringen ifølge forarbejderne anses for en kodificering af gældende praksis, så findes der retspraksis der anerkender en varemærkeret stiftet ved ibrugtagning, selvom brugen kun har været lokal. Der henvises i den forbindelse til SHD af 29.11.2013 (V-91-12) Kvik Trafik (...).

Også Thomas Riis og Jens Schovsbo synes i NIR 2/2021, side 149-150, at medgive at det ikke står klart om regelændringen i § 3, stk. 1, nr. 3 indebærer en reel ændring af retstilstanden. Dertil bemærkes det også på side 152 (...), at forarbejderne anfører, at der er tale om en delvis videreførelse af den gældende varemærkelovs § 3, stk. 1, nr. 2. og fortsætter med at henvise til at:

”Afgørende er, om der foreligger en konkret og dokumenterbar markedsaktivitet af tegnet ”som et varemærke” dvs. til at udbyde varer eller tjenesteydelser, jf. som forsat relevant typetilfælde U. 2000.1351 H, hvor ”Elysium Begravelsesopsparing” kunne fremlægge en presseomtale vedrørende brug af mærket den 19.3.1996 ...”

Der henvises derfor fortsat til den ældre retspraksis nævnt ovenfor i både forarbejder og retslitteraturen, hvilket taler for at lovændringen af § 3, stk. 1, nr. 3 må anses som en materiel ændring og ikke blot en præcisering.

Såfremt retten, mod forventning måtte finde, at lovændringen pr. 1. januar 2019 indebar en indskrænkning i beskyttelsen af brugsstiftede rettigheder, kan en sådan indskrænkning ikke finde anvendelse på varemærker, som i henhold til gældende praksis pr. 1. januar 2019 kunne anses beskyttet, da der i modsat fald vil være tale om lovgivning med tilbagevirkende kraft, hvilket er i strid med Grundlovens § 22 (...).

I den forbindelse skal det bemærkes, at der intet er til hinder for, at lovgiver vælger at ændre retsstillingen ved ny lov. Det strider dog imod legalitetsprincippet og det helt centrale retsprincip om, at love ikke skal have tilbagevirkende retsvirkning, såfremt gyldigt brugsstiftede og gældende varemærkerettigheder bliver frataget eller begrænset beskyttelse ved ny lov. Menneskerettighedskonventionens artikel 7 forbyder straf uden retsregel. Artikel 7's forbud mod love med tilbagevirkende kraft har analog anvendelse for dette nye krav om, at brugen af et mærke skal være af mere end lokal karakter. Grundlovens § 22 bestemmer tillige, hvornår ny lov har retsvirkning. Selvom Grundloven ikke forbyder, at love har tilbagevirkende kraft, fremgår det af Justitsministeriets Vejledning om Lovkvalitet, Afsnit 3.3.2

(<https://lovkvalitet.dk/lovkvalitetsvejledning-gen/3-retlige-graenser-og-almindelige-principper/3-2-almindelige-retsprincipper/3-2-2-tilbagevirkende-kraft-senest-aendret-04.12.2017>) (...), at:

”Det følger dog af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 7, at strafbestemmelser kun i helt ekstraordinære tilfælde kan tillægges tilbagevirkende kraft. Endvidere vil bebyrdende lovgivning i øvrigt med tilbagevirkende kraft efter omstændighederne kunne indebære et ekspropriativt indgreb. En sådan situation kan eksempelvis opstå i tilfælde, hvor der efter de gældende regler er etableret et retskrav på en bestemt økonomisk ydelse. Hvis en bebyrdende lovændring tillægges materiel virkning for et tidspunkt, der ligger før lovens ikrafttræden, vil der – afhængigt af indgrebets betydning for fortsat at kunne gøre kravet gældende (indgrebets intensitet) – kunne være tale om ekspropriation i forhold til personer, der har etableret et retskrav forud for den nye lovs ikrafttræden.”

En varemærkeret, hvad enten den er erhvervet ved brug eller registrering, er en ejendomsret. Såfremt det nye krav om, at brugen skal være af mere end lokal karakter, også havde retsvirkning over for de brugsstiftede varemærker, der var gyldige ved lovændringens ikrafttræden, ville der reelt være tale om ekspropriation. Som det følger af Grundlovens § 73 (...):

”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.”

Samme synspunkt gør sig gældende i U.1999.1621S RED LOBSTER (...), hvor Sø- og Handelsretten fastslog, at en varemærkeret er en ejendomsret beskyttet af Grl. § 73.

Da Sagsøger ApS og de mange andre rettighedshavere, der var ejere af gyldige brugsstiftede rettigheder ved lovændringen, ikke har modtaget erstatning, kan deres immaterielle ejendomsret ikke fratages dem eller begrænses ved lov.

3.2.1.4. Sagsøger ApS har dokumenteret brug, der har mere end lokalt afgrænset karakter

Såfremt retten, mod forventning, ikke tager ovenstående anbringender til følge, men i stedet indfortolker betingelsen om ”*mere end lokalt afgrænset karakter*”, enten som følge af den nye lov eller udlægning af landsrettens henvisning til ”*at kendskabet til mærket er mere end lokalt*”, jf. Vestre Landsrets dom i U.2019.265 af 10. september 2018, gøres det gældende, at brugen af Betegnelse opfylder denne betingelse.

Den fremlagte omtale af Betegnelse og de kanaler, som varemærket er blevet eksponeret igennem viser, at kendskabet til varemærket strækker sig ud af København til danskere, der besøger København og ønsker at opleve Sagsøger ApS' gourmet fortolkning af den klassiske hotdog, såvel som til tilreisende fra udlandet der, bl.a. som følge af omtale, tiltrækker interesse fra udenlandske besøgende.

Betegnelse er derfor mere end lokalt kendt.

Det gøres gældende, at Sagsøger ApS har erhvervet en ibrugtagen varemærkeret til Betegnelse, og at brugen har været vedvarende siden 2018, hvor Sagsøger ApS startede sin virksomhed.

Det i sagen fremlagte dokumentationsmateriale for brugen af Betegnelse samt den dokumenterede omtale danner tilstrækkeligt grundlag for at statuere en ibrugtagen rettighed. Såfremt retten ikke finder, at Sagsøger ApS har stiftet en ibrugtagen rettighed på baggrund af den vurdering, der foretages efter den tidligere varemærkelov, og som efter Sagsøger ApS' opfattelse ikke indeholder et krav om ”*mere end lokalt afgrænset karakter*”, så har Sagsøger ApS dokumenteret stiftelsen af en varemærkerettighed til Betegnelse – som følge af brug – efter 2019-loven.

Dette er særligt henset til den vedvarende markedsføring samt omtalen i både nationale og internationale tidsskrifter og medier. En sådan omtale kan ikke anses for at være af lokalt afgrænset karakter, og betingelsen ”*mere lokalt afgrænset karakter*” bevirker ikke, at en erhvervsdrivende, som driver sin forretning fra et nærmere geografisk bestemt sted, ikke vil kunne opnå en ibrugtagen varemærkeret, blot fordi vedkommende er begrænset til den bestemte lokalitet. Dette er også eksplicit udtrykt i forarbejderne til lovændringen 1. januar 2019 (...), hvor det fremgår at:

Er der tale om, at en vare eller en tjenesteydelse alene udbydes fra en bestemt geografisk lokalitet, f.eks. fra et hotel, en restaurant eller en forlystelsespark, er det således ikke dermed udelukket, at det anvendte forretningskendetegn har mere end lokalt afgrænset karakter. Brugen af kendetegnet omfatter således andet og mere end blot det, at hotellet, restauranten eller forlystelsesparken har et navn eller anvender et kendetegn på den pågældende lokalitet, men også den brug, der eksempelvis sker gennem reklame, omtale i dagspressen eller brug på internettet.

I nærværende sag er der endvidere tale om, at lokationen er en hovedstad med en høj grad af turistaktivitet, hvilket blot understøtter de fremlagte bilag om, at Sagsøger ApS' udbredelse har mere en lokalt afgrænset karakter.

Der henvises endvidere nærmere til følgende:

- Bilag 9 (...) der viser Broens Gadekøkken's hjemmeside som giver en beskrivelse af Sagsøger ApS
- Bilag 12 (...) der sammenholdt med bilag 56, vedr. Facebook opslaget fra Broens Gadekøkken viser både markedsføring af Sagsøger ApS' navn, samt omtale der må betragtes som værende mere end lokalt afgrænset karakter.
- Bilag 13 (...) som viser national omtale i nyhedsmediet "migogkbh" fra 30. november 2018
- Bilag 14 (...) hvor Sagsøger ApS vises i en Youtube video om madsteder i København, der er vist ca. 503.064 gange siden upload den 6. juni 2019
- Bilag 37 (...) som viser Sagsøger ApS omtalt i bogen "Titel" publiceret i oktober 2019
- Bilag 38 (...) som viser national omtale i Hjemmeside 2 den 27. juni 2018
- Bilag 39 (...) som omtaler Sagsøger ApS på engelsk den 15. marts 2018
- Bilag 41 (...) som viser international omtale af Sagsøger ApS den 1. marts 2020 på en tysk rejseblog
- Bilag 42 (...) som viser international omtale af Sagsøger ApS den 10. april 2019 af rejseselskabet ebookers.
- Bilag 43 (...) som viser international omtale af Sagsøger ApS den 14. februar 2020 på den tyske Hjemmeside 4, der formidler information om mad og madoplevelser

Særligt bilag 12, 41, 42 og 43 må tages til indtægt for at brugen af Betegnelse som varemærke og forretningskendetegn, må anses som værende af mere en lokalt afgrænset karakter, navnlig fordi Sagsøger ApS' forretning har vakt genklang i udlandet og i diverse rejseguides samt nyheds- og informationsmedier.

3.2.1.5. Sagsøger ApS har ikke fortabt sin varemærkeret

Det følger af varemærkelovens § 10 c, stk. 3, at anvender indehaveren af en brugsstiftet varemærkeret ikke sit varemærke vedvarende, fortabes varemærkeretten.

Det følger af Patent- og Varemærkestyrelsens "Guidelines for varemærker" om rettigheder til varemærker stiftet ved brug, <https://vmguidelines.dkpto.dk/aa/rettigheder-til-varemaerker-stiftet-ved-brug.aspx> (...) at:

"Selvom brugen skal være "vedvarende", fører tilfældig og kortere tids ophør i brugen af varemærket normalvis ikke til rettighedsfortabelse."

Det er alene et definitivt ophør af varemærkebrugen, der leder til fortabelse af den brugsstiftede varemærkeret, jf. Varemærkeret - Varemærkeloven og Fællesmærkeloven med kommentarer, af Ravn & Wallberg, 5. udgave, s. 140 (...). Af samme kilde fremgår også, at tilfældig eller kortvarig brugsophør ikke medfører fortabelse af rettigheder.

Patent- og Varemærkestyrelsens artikel ”Hvornår ophører rettigheden når et varemærke stiftet ved brug ikke bruges mere?” af Mikael Primso, (<http://vmguidelines.dkpto.dk/media/101341/mikael%20primso.pdf>) (...) omhandler spørgsmålet om hvornår brug af et varemærke anses for ophørt, og fortabelse af brugsstiftede varemærkerettigheder indtræder. I sammenfatningen af artiklen nedfældes retsstillingen i Danmark (min understregning):

”Højesterets tilføjelse i den netop omtalte dom (ASANI, U.2007.2042) (...) kan fortolkes således, at afgørelsen lægger sig i forlængelse af de tidligere domme, hvor det i overensstemmelse med bemærkningerne i Betænkningen fra 1958 og Trolles kommentar fra 1967 navnlig får betydning, hvor stærkt mærket er indarbejdet.

Med varemærkeloven fra 1991 ligger det fast, at perioden for de registrerede varemærker er 5 år. Det følger dog ikke heraf, at perioden for de ibrugtagne varemærker herefter også kategorisk ligger på 5 år.

Betænkningen indrømmer beskyttelsen af et ibrugtaget varemærke et ophør af kortere varighed. Trolle talte i kommentaren fra 1966 om nogle få års beskyttelse. Snittet i den ovenfor gennemgåede retspraksis synes at ligge på en periode på omkring 5 år. Muligvis bortfaldt beskyttelsen endnu før i dommen U.1995.14/2 H (...), men her var tale om en så begrænset brug af mærket, at hverken førsteinstansen eller flertallet i Højesteret fandt, at der overhovedet var stiftet en rettighed.”

Det forhold at Sagsøger ApS ikke har været aktiv i perioden 7. november 2020 til 9. december 2020 samt først startet op igen den 5. juni 2021, efter et længere nationalt forløb med nedlukning af restaurationsbranchen, kan ikke anses for at være tilstrækkeligt til at dokumentere, at Sagsøger ApS skulle have fortabt sin varemærkeret. Der er for det første tale om en periode på ca. 7,5 måned, hvilket er langt kortere tid end hvad retspraksis tidligere har opereret med. Hvis retten skulle se anderledes på dette, må der i nærværende sag være tale om undskyldende omstændigheder grundet COVID-19-situationen, som ikke kan lægges Sagsøger ApS til last i vurdering om fortabelse af varemærkeretten til Betegnelse.

At Sagsøger ApS ikke har været lukket, og at varemærket vedvarende har været i brug, ligger også klart i og med, at Sagsøger ApS er i færd med at åbne nye steder i landet. Som eksempel herpå fremlægges en ansøgning om studeplads hos Københavns Kommune som **Bilag 48** (...).

3.2.2. Betegnelse er beskyttet som forretningskendetegn efter markedsføringsloven

Det gøres tillige gældende, at kendetegnet Betegnelse nyder beskyttelse efter markedsføringslovens § 22 som et forretningskendetegn. Markedsføringslovens § 22 beskytter ”forretningskendetegn og lignende”. Der skal altså være tale om et kendetegn, der anvendes i erhvervsøjemed, hvilket i denne sag er opfyldt. Modsat stiftelse af brugsbaserede varemærker efter 2019-loven, stilles der ingen krav om, at brugen af et forretningskendetegn skal være af mere end lokal karakter for at nyde beskyttelse i medfør af markedsføringslovens § 22. Forretningskendetegnet skal alene være brugt her i landet, hvilket kendetegnet Betegnelse opfylder.

Markedsføringslovens § 22 beskytter forretningskendetegn og lignende forudsat, at kendetegnet har særpræg og anvendes i erhvervsmæssigt øjemed. Vurderingen af et kendetegns særpræg efter markedsføringslovens § 22 svarer til vurderingen efter

varemærkelovens § 3 jf. ”Markedsføringsloven” af Borchert og Bøggild, Karnov Group, 3. udgave, 2013 på side 478ff.

Af de grunde der er anført under afsnit 3.2.1.1 om varemærkets særpræg, sammenholdt med, at Sagsøger ApS anvender kendetegnet i erhvervsmæssigt øjemed på det danske marked, udgør ”Betegnelse” et beskyttet forretningskendetegn, jf. markedsføringslovens § 22.

3.3. Sags øgtes varemærke krænker Sagsøger ApS' rettigheder

3.3.1. Sagsøgtes krænkelse efter varemærkelovens § 4

Til støtte for **påstand 1-3** gøres det gældende, at DiningSix' brug af varemærket ”KEYSER SOCIAL” udgør en krænkelse af Sagsøger ApS' rettigheder til varemærket Betegnelse Betegnelse, jf. varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2. Herefter vil en krænkelse foreligge når, der er tale om identiske/lignende varemærker for identiske/lignende tjenesteydelser således, at der foreligger en risiko for forveksling.

I ”Immaterielret” af Jens Schovsbo m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2018 på side 528 anføres (...):

”Ved vurderingen af, hvorvidt to varemærker skal anses for forvekslelige, skal der foretages en helhedsbedømmelse, se f.eks. U 2001/1977H og U2009/754H. Heri indgår samtlige momenter vedrørende mærkerne: Deres særpræg, deres indarbejdelse, praktiske benyttelse, lighed i skrift og tale, varernes beskaffenhed, køberkredsens art osv. Helhedsbedømmelsen fremhæves også i EU-Domstolens praksis, se f.eks. C-342/97 (Lloyd) af 22.6.1999 (...) De vigtigste – men ikke de eneste – momenter i helhedsbedømmelsen er mærkelighed og vareart, og imellem disse to hovedkomponenter antages der normalt at bestå en vis indre sammenhæng, således at kravene til mærkelighed er mindre, hvis varerne er ganske de samme, og at der omvendt ikke stilles rigoristiske krav til vareligheden, hvis mærkerne er identiske eller meget lig hinanden”

Nedenfor er hhv. Sagsøger ApS og DiningSix' varemærker opstillet til sammenligning:

Ældre mærke	DiningSix' mærke
<u>Betegnelse</u>	KEYSER SOCIAL

Bedømmelse af den visuelle mærkelighed

Som det fremgår af opstillingen, er første led af DiningSix' ordmærke nært identisk med Sagsøger ApS' varemærke. Begge mærker består af to ord, hvoraf det første ord har samme længde, mens andet ord er tilnærmelsesvis lige lange (6 vs. 7 bogstaver). Dertil begynder andet led af DiningSix' mærke med samme bogstav som Sagsøger ApS' varemærke. Som en helhed fremstår begge mærker med samme synsmæssige struktur.

Det er fast praksis, at det første led i varemærker, som består af to ord, bliver tillagt den største opmærksomhed, da det ofte vil være denne del af varemærket, som forbrugeren vil huske bedst. At der i DiningSix' mærke anvendes en ændret stavemåde (Keyser frem for Betegnelse) ændrer ikke på, at ordet visuelt fremstår identisk.

Den visuelle afvigelse i varemærkernes andet led, hhv. ”Betegnelse” og ”Social” , vil dertil kunne anses for værende af mindre betydning henset til princippet om det udviskede erindringsbillede, jf. Sø- og Handelsrettens dom af 16. august 2011, V-7-09 (...). Herefter vil mærkerne grundet deres ensartede udtryk og struktur for forbrugeren være forvekslelige.

Bedømmelse af den fonetiske mærkelighed

De samme grunde som anført for den visuelle lighed gælder for den fonetiske mærkelighed mellem de to mærker.

Det første ord, som er det dominerende, i de to varemærker, er fonetisk helt identiske, da man efter dansk udtale ikke skelner mellem ’j’ og ’y’.

Derudover begynder andet ord i begge mærker med bogstavet ’S’ efterfulgt af en vokallyd og dernæst endnu en ’S’ -lyd, hvor det hertil skal bemærkes, at c’et i Social udtales som en S-lyd. Overordnet set er udtalen for det andet ord i de to varemærker meget ensartet.

Fonetisk vil der mellem mærkerne derfor også være en meget høj grad af lighed.

Bedømmelse af den konceptuelle mærkelighed

Begge varemærker er udført med en humoristisk reference til filmen ’The Usual Suspects’ fra 1995. Som bilag 16 fremlægges brev af 20. maj 2020 fra DiningSix’ medejer og daværende advokat for virksomheden, hvori det forklares, at navnet til restauranten er et ordspil på karakteren Keyser Söze. Som det også fremgår af fx Bilag 1 og 2, så havde ordspillet i Sagsøger ApS varemærke samme henvisning til filmen ”The Usual Suspects” .

Det er derfor klart, at såvel Sagsøger ApS som DiningSix’ varemærke begge bygger på ordspil fra den 25 år gamle film. Det skal her påpeges, at selvom filmen stadig kan nydes som en klassiker, har den næppe relevans, hvorfor en reference til en af filmens karakterer virker usædvanlig og bemærkelsesværdig. En omstændighed, som hos forbrugeren vil være egnet til at skabe en forestilling om en eksisterende sammenhæng mellem hhv. Sagsøger ApS og KEYSER SOCIAL.

Derudover har ordet Betegnelse en velkendt betydning, som dog ikke på nogen måde er beskrivende for de tjenesteydelser, som er relevante i denne sag. Sammenholdt med, at både ordet Betegnelse og SOCIAL må anses for beskrivende eller ord med meget lav kendetegnseffekt, i relation til de relevante tjenesteydelser, indebærer det, at de to mærker konceptuelt må anses for identiske.

Der foreligger derfor et klart konceptuelt sammenfald mellem de to varemærker.

Det bemærkes, at det forhold, at Sagsøger ApS navn har reference til The Usual Suspects ikke har nogen indflydelse på en varemærkeretlig beskyttelse af varemærket.

Bedømmelse af lighed i tjenesteydelser

Det gøres gældende, at der består et stort sammenfald i de tjenesteydelser, som Sagsøger ApS tilbyder sine kunder og de tjenesteydelser, DiningSix tilbyder i restauranten KEYSER SOCIAL, da begge fungerer som restauratører .

Både Sagsøger ApS og de sagsøgte tilbyder spiseoplevelser, hvor der fokuseres på kvalitet og råvarer, og begge tilbyder mad, som består af et twist af de klassiske retter. Mens Sagsøger ApS byder på gourmet-udgaver af den klassiske hotdog, kan man på Keyser Social få mad som på menuen beskrives som værende med ”*afsæt i Fjernøsten og referencer til det nordiske køkken...*”.

Spisestedernes enkelte retter på menukortet ligger prismæssigt for Sagsøger ApS mellem kr. 55-115 og for Keyser Social mellem kr. 45-195. Prisniveauet mellem mulighederne på kortet er derfor relativt lige. Prismæssigt vil de to spisesteder derfor henvende sig til det samme kundeselement. Som **bilag 1 og 30** (...) er hhv. Sagsøger ApS og Keyser Socials menuer fremlagt.

Mens Sagsøger ApS tilbyder mad, der kan nydes på fællesbænke tilhørende Broens Gadekøkken, vil man på restauranten Keyser Social blive budt på en mere klassisk restaurantoplevelse med bordservering. Til trods for denne lille forskel, er oplevelserne alligevel lig hinanden. Det gøres gældende, at Street Food markeder de sidste år har vundet indpas i de store danske byer. I dag ville en forbruger være lige så tilbøjelig til at vælge en streetfood bod frem for en klassisk restaurant. Restauranter og streetfood boder i det kunde-segment, som begge parter i denne sag henvender sig til, er uden tvivl i direkte konkurrence om de samme forbrugere. Det påpeges desuden, at det er almindeligt at spisesteder, der både tilbyder take-away/street food også tilbyder den klassiske restaurant-oplevelse med bordservering. Dette har navnlig vist sig under den verserende COVID-19 pandemi.

Det vil for forbrugeren virke oplagt, at de to spisesteder hører under samme virksomhed, men er i forskellige formater og med forskellige menuer, så forskellige behov hos forbrugerne kan imødekommes. Der vil derfor være en klar fare for konkurrenceskade, da samme segment af forbrugere kan vælge at frekventere de to forskellige spisesteder under troen, at de er en del af en kæde af spisesteder.

Som **bilag 31** (...) er fremlagt eksempler på spisesteder der tilbyder både take away og restauration med bordservering.

Der foreligger derfor et stort sammenfald imellem typen af tjenesteydelse, der udbydes af Sagsøger ApS og DiningSix.

Sammenfaldet imellem typen af tjenesteydelser synes også at understreges af det forhold at Sagsøger ApS markedsføres sammen med Michelin-kokken Person 1 og som gourmet mad. Det kundeselement, der køber ”fine dining” eller gourmet mad, er således det samme kundeselement, som køber gourmet mad hos Broens Gadekøkken. Forskellen er om gæsterne sidder udenfor eller indenfor, og dette er i sig selv ikke en afgørende faktor, der væsentlig adskiller de ydelser, som parterne sælger. Det understøttes af artiklen, fremlagt som **Bilag 57** (...), fra TV2 den 2. august 2019, hvor madanmelder Person 13 bl.a. anfører følgende:

- *Dem, der oftest spiser street food i Danmark, søger noget ekstraordinært og anderledes, så smag, udtryk og også stedets atmosfære er alt sammen noget, der skal være helt i top.*

Det er ikke de samme kunder, som gerne vil have en hotdog i den lokale pølsevogn. Derfor forventer man, at det er langt bedre end i en tilfældig fastfood-bar, siger han.

Han peger særligt på to danske madmarkeder i den forbindelse:

Broens Gadekøkken ved Inderhavnsbroen i København er "kongen af street food" i Danmark, lyder det.

Det er kurateret så stramt med et helt klart koncept, der fokuserer på kvalitet og økologi. Det er også et klart kvalitetsstempel, at det er Noma-folk, der står bag det, siger han med henvisning til michelin-restauranten, som genåbnede i 2019.

Dertil fortsætter artiklen med:

- København har ifølge madanmelderen i mange år har haft tradition for gourmet og har tiltrukket såkaldte foodies fra ind- og udland.

Der bør derfor ikke herske tvivl om, at Sagsøger ApS' gourmet hotdog og pølebodskoncept ligger i direkte og substituerbar konkurrence med andre madkoncepter, der udbyder mad af særlig høj eller fin kvalitet, herunder også "fine dining" og "social dining" -konceptet, som Keyser Social markedsfører sig på.

3.3.2. De Sagsøgte krænger Sagsøger ApS' rettigheder efter markedsføringslovens § 3 og § 22

Til støtte for **påstand 1 og påstand 2** gøres det tillige gældende, at de sagsøgte brug af KEYSER SOCIAL udgør en krænkelse efter markedsføringslovens § 3 og § 22.

Det følger af markedsføringslovens § 3, at erhvervsdrivende skal udvise god markedsføringsskik i deres kommercielle virke.

Mere konkret følger det af markedsføringslovens § 22, at " *Erhvervsdrivende må ikke benytte forretningskendetegn og lign., der ikke tilkommer dem, eller benytte egne kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forveksling med andre.*"

Endvidere fremgår af "Markedsføringsloven" af Borch og Bøggild, Karnov Group, 3. udgave, 2013 på side 494ff, at forvekslingsbedømmelsen svarer til bedømmelsen efter varemærkelovens § 4 uden det dog kræves, at kendetegnet er kendt mere end lokalt, når blot der består et konkurrenceforhold ift. den kundekreds virksomhederne henvender sig til, jf. Østre Landsrets dom i U.1965.909/2 (...).

Hertil skal det påpeges, at der i nærværende sag er tale om to virksomheder, der har beliggenhed med cirka 2 km's afstand og derfor bestemt retter sig mod en kundekreds, der befinder sig i det samme geografiske område. Som **bilag 32** er fremlagt en gengivelse af distancen mellem Sagsøger ApS og Keyser Social målt på Google Maps.

Der kan ikke være tvivl om, at de sagsøgte forinden valget af navnet KEYSER SOCIAL til deres nye restaurant har haft kendskab til Sagsøger ApS. Dels er Sagsøger ApS en kendt del af det københavnske restaurantliv, både som følge af sin placering og sit koncept, men

også som følge af sit samarbejde med den meget kendte kok Person 1. Endvidere har flere i Keyser Social's ejerkreds kendskab til Sagsøger ApS. Person 4, der ejer 25% af Keyser Social følger således Broens Gadekøkken på Facebook, ligesom Sagsøger ApS' partner Person 9 er bekendt med en anden af Keyser Social's ejere, Person 3, jf. bilag 33 og 34 (...). Som redegjort for overfor Sagsøger ApS blevet intensivt markedsført på Facebook, herunder også på Broens Gadekøkkens Facebook-profil.

På den baggrund og som følge af, at det må anses for usandsynligt, at to restauranter i København, uafhængigt af hinanden, lader sig inspirere af The Ususal Suspect henset til, at filmen er 25 år gammel og intet har med gourmetmad at gøre, kan der ikke herske tvivl om, at de sagsøgte valg af navn og koncept er stærkt inspireret af Sagsøger ApS' restaurant Sagsøger ApS. De sagsøgte har således handlet i ond tro, og der er tale om illoyal snyltning på det renommé, som Sagsøger ApS har opbygget til deres forretningskendetegn.

Uanset om retten i øvrigt måtte lægge til grund, at de sagsøgte ikke har haft et forudgående kendskab til Sagsøger ApS før valget af deres kendetegn, bemærkes det, at hverken varemærkelovens § 4 eller markedsføringslovens § 22 forudsætter ond tro for at statuere krænkelse.

3.3. 3. Sagsøgte domænenavn krænker Sagsøger ApS' rettigheder

Til støtte for **påstand 3** gøres det gældende, at DiningSix gennem sit datterselskab Slap Af har registreret det af påstanden omfattede domænenavn i strid med Sagsøger ApS' rettigheder og anvender det til krænkende aktiviteter i strid med Sagsøger ApS' rettigheder. Der henvises i det hele til det ovenfor anførte og til det forhold, at Sagsøger ApS jf. gennemgangen i afsnit 3.3.1 er forveksleligt med Keyser Social.

Det gøres i øvrigt gældende, at domænenavnet www.keyersocial.dk er registreret i strid med domænelovens § 25, hvis krænkelsesvurdering er sammenfaldende med reglerne i markedsføringslovens § 3 og § 22.

...”

For DiningSix A/S, Slap Af 12.12.09 ApS, Keyser KBH ApS og DiningSix Group ApS, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 17. august 2021:

”...

Anbringender

...

3.1 Spørgsmålet om rette sagsøgte (SLAP AF 12.12.09 ApS)

Det gøres gældende, at Slap Af ikke er rette sagsøgte i sagen. Slap Af er alene nævnt i Sagsøger ApS' påstand 4 (om betaling af rimeligt vederlag og erstatning), som ændret med replikken.

Slap Af hverken driver, ejer eller udøver kontrollerende indflydelse på restauranten Keyser Social beliggende Frederiksborggade 20A, DK-1360 København K. Dette fremgår af Sagsøgers bilag 4 og 6 og øvrige offentligt tilgængelige selskabsrapporter på cvr.dk. Slap af driver ikke restaurationsvirksomhed og gør ikke erhvervsmæssigt brug af forretningskendetegnet og

varemærket "Keyser Social" og er heller ikke indehaver af varemærket "KEYSER SOCIAL", jf. bilag F.

Det bestrides således, at Slap Af krænker Sagsøger ApS' påståede rettigheder, herunder efter varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2 og markedsføringslovens §§ 3 og 22.

I relation til domænenavsregistreringen af keyersocial.dk gøres det gældende, at registreringen alene blev foretaget med Slap Afs bruger på DK-Hostmasters hjemmeside, hvor registrering af .dk-domæner foretages. Med overdragelsen af domænenavnet fra Slap Afs bruger til DiningSix i september 2020, er Slap Af ikke længere registreret som indehaver af domænenavnet.

Slap Af har ikke på noget tidspunkt gjort erhvervmæssig brug af domænet for restaurationsdrift eller i øvrigt foretaget handlinger, der kan være i strid med Sagsøger ApS' hævdede rettigheder. Den blotte registrering af et domænenavn udgør ikke en varemærkekrænkelse, da registreringen ikke indebærer, at mærket benyttes erhvervmæssigt. Slap Af har heller ikke efter registreringen gjort erhvervmæssig brug af domænet, herunder ej heller for restaurationsdrift.

Sagsøger hævder i replikken yderligere, at Slap Af er rette sagsøgte, fordi stævningen er besvaret som om Slap Af var rette sagsøgte. Det er ikke korrekt og må ligeledes afvises, da det tydeligt fremgår af svarskriftet, s. 6, at Slap Af bestrider at være rette sagsøgte.

3.2 Spørgsmålet om Sagsøger ApS' brugsbaserede ret

Sagsøger ApS har ikke registreret eller søgt mærket "Betegnelse" registreret som varemærke. En varemærkeret gennem ibrugtagning forudsætter faktisk brug af mærket som varemærke i et omfang af mere end lokalt afgrænset karakter, jf. varemærkeloven § 3, stk. 1, nr. 3. Det gøres gældende, at Sagsøger ApS ikke har erhvervet varemærkeret til ordmærket "Betegnelse" gennem ibrugtagning efter varemærkeloven § 3, stk. 1, nr. 3, eftersom betingelserne herfor ikke er opfyldte, jf. afsnit 3.2.1.

Det gøres endvidere gældende, at Sagsøger ApS heller ikke nyder en beskyttelse efter markedsføringsloven, der kan udstrækkes til, at brugen af "Keyser Social" udgør overtrædelse af markedsføringslovens §§ 3 og 22, jf. afsnit 3.2.2.

3.2.1 Manglende beskyttelse efter **varemærkeloven**

3.2.1.1 Skæringstidspunktet for vurderingen af brugsbaseret varemærkeret og sagsøgers bilag

I relation til vurderingen af, om Sagsøger ApS har opnået en brugsbaseret varemærkeret efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, gøres det gældende, at det relevante skæringstidspunkt herfor ikke ligger senere end prioritetsdagen d. 25. februar 2020 for varemærket "KEYSER SOCIAL", jf. bilag D.

Det bemærkes, at de fremlagte bilag 7, 11, 15, 40 og 41 med omtale af Sagsøger ApS ikke skal indgå i vurderingen heraf, allerede fordi disse tidsmæssigt ligger efter d. 25. februar 2020.

Tilsvarende gælder, at bilag 10 og 40 (og igen bilag 11) ikke skal tages i betragtning i vurderingen, idet disse ikke indeholder nogen brug eller omtale af "Sagsøger ApS". Bilag 10 og 11 indeholder alene en omtale af kokken Person 1. I bilag 40 er Broens Gadekøkken og Person 1 omtalt, men ikke Sagsøger ApS. Det gøres gældende, at dokumentation for omtale af kokken Person 1 i bilag 10, 11 og 40 samt omtale af Broens Gadekøkken i bilag 40 ikke understøtter etablering af en brugsbaseret varemærkeret til "Betegnelse". Omtale af Broens Gadekøkken udgør ikke brug af mærket "Betegnelse", da Broens Gadekøkken ikke isoleret set er synonym med de madboder, som er placeret på området. Tilsvarende kan der ikke stilles lighedstegn mellem Person 1 og Sagsøger ApS.

Det er påfaldende, at Sagsøger ApS har fremlagt betydelig dokumentation for omtale af kokken Person 1 og Broens Gadekøkken, hvilket må grunde sig på og blot understøtter de Sagsøgte synspunkt om, at omtalen af Sagsøger ApS er ganske sparsom og sporadisk, jf. nærmere herom i afsnit 3.2.1.3. Hertil kommer, at enhver tredjemands omtale af et produkt eller en tjenesteydelse ikke konstituerer "brug" i varemærkeretlig forstand.

Ligeledes skal bilag 37 ikke indgå i vurderingen af omfanget af sagsøgers brug af "Betegnelse". Bilag 37 er en generel beskrivelse af danske pølseboder som koncept. Pølseboden Sagsøger ApS er ikke nævnt i teksten men alene tilfældigt afbildet.

Det gøres endvidere gældende, at bilag 41-43 er uden relevans i denne sag. Bilagene er udskrifter fra udenlandske hjemmesider, herunder bl.a. tyske og schweiziske, med indhold på tysk, som ikke har et dansk (endsige international sigte) og ikke henvender sig til den relevante omsætningskreds i Danmark.

Idet bilag 38, 39, 41 og 42 ligeledes alene tilfældigt og/eller i begrænset omfang indeholder omtale af Sagsøger ApS, gøres det i alle tilfælde gældende, at disse bilag er uden relevans ved vurderingen af Sagsøger ApS' hævdede brugsbaserede varemærkeret.

Endelig gøres det gældende, at de af Sagsøger ApS hævdede og ikke-effektuerede planer om at udvide Sagsøger ApS' forretning, dels som stand i Torvehallerne dels som pølsebod på Rådhuspladsen, ikke er relevante for og ikke skal indgå i vurderingen af den geografiske udstrækning eller omfanget af den faktiske, konstaterbare erhvervsmæssige brug af "Sagsøger ApS". Det er uden betydning, om der har været omstændigheder såsom COVID-19, der har forsinket de hævdede planer. Faktum er, at forretningsplanerne ikke er ført ud i livet før prioritetsdagen og ikke har ført til nogen brug af "Sagsøger ApS".

3.2.1.2 Om kravet om brug i et "omfang af mere end lokalt afgrænset karakter" og 2019-lovændringen

Sagsøger ApS hævder, at vurderingen efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, skal tage udgangspunkt i ordlyden af bestemmelsen fra før lovændringen d. 1. januar 2019, og at vurderingen dermed ikke skal lægge vægt på betingelsen om, at brugen af mærket skal have "et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter".

Dette må afvises, idet den citerede tilføjelse til ordlyden i varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3 alene er en præcisering og dermed er en videreførelse af, hvad der også gjaldt før lovændringen. I lovbemærkningerne til det relevante lovforslag (LFF 2018 49, Forslag til lov om

ændring af varemærkeloven og forskellige andre love og om ophævelse af fællesmærkeloven) er det således eksplicit anført, at der er tale om en præcisering, jf. s. 33 i LFF 2018 49:

"Præciseringen skal ses i lyset af, at adgangen til at stifte varemærkeret ved ibrugtagning i domstolspraksis og administrativ praksis bl.a. er begrænset til de tilfælde, hvor brugen har mere end blot lokalt afgrænset karakter."

De Sagsøgte har hertil noteret sig, at Sagsøger ApS i sin replik, s. 5, anerkender dette. Alligevel hævder Sagsøger ApS, at det ikke juridisk er korrekt, at en brugsbaseret varemærkeret også forinden lovændringen krævede, at brugen var af mere end lokalt afgrænset karakter. Sagsøger ApS forlanger således, at Sø- og Handelsretten skal tilsidesætte forarbejdernes krystallklare udlægning af domstolspraksis og administrativ praksis som værende forkert. Dette bestrider de Sagsøgte, eftersom det har støtte i både lovforarbejder og retspraksis, at der også forinden lovændringen gjaldt krav om, at brugen af mærket skulle have et omfang af mere end lokalt afgrænset karakter.

At der er tale om en videreførelse af den indtil lovændringen gældende retstilstand understreges således yderligere af, at det herefter i lovbemærkningerne angives, jf. s. 33 i LFF 2018 49 (min understregning):

"Hvornår kravet om, at brugen skal være af »mere end lokalt afgrænset karakter«, skal anses for opfyldt, afhænger således som hidtil af en konkret vurdering, i hvilken forbindelse alle relev ante faktorer skal tages i betragtning, [...]."

Også i Erhvervsministeriets tilhørende høringsnotat (Erhvervsministeriets høringsnotat af 25. september 2018 vedrørende udkast til forslag til lov om ændring af varemærkeloven og om ophævelse af fællesmærkeloven, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget, L 49 Bilag 1) i forbindelse med lovændringen er det anført, jf. s. 7 i høringsnotatet (min understregning):

"Det har endvidere længe været anerkendt i retspraksis, at stiftelsen af en varemærkeret ved brug efter den nugældende lovs § 3, stk. 1, nr. 2, forudsætter at brugen er mere end lokal." (s. 7, vores fremhævning).

Som eksempler på den i lovbemærkningerne og høringsnotatets nævnte retspraksis kan nævnes den også af Sagsøger ApS fremhævede U 2019.265 V, hvor Vestre Landsret – bl.a. anførte:

"Spørgsmålet er herefter, om varemærket er taget i brug her i landet, jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 2. Som anført af Sø- og Handelsretten skal varemærket være brugt på en sådan måde, at kendskabet til mærket er mere end lokalt."

Landsrettens kendelse i U 2019.265 V er afsagt d. 10. september 2018 og således før både datoen for lovforslaget d. 3. oktober 2018, vedtagelsen af lovforslaget d. 20. november 2018 og ikrafttrædelsesdatoen for lovændringen d. 1. januar 2019. Det fremgår desuden af landsrettens kendelse, at retten har vurderet spørgsmålet på baggrund af den tidligere bestemmelse om brugsbaserede varemærkeretigheder, idet der henvises til § 3, stk. 1, nr. 2 (der indeholdt den tidligere bestemmelse om kravet til varemærker stiftet ved ibrugtagning).

Det fremhæves også, at sagsøgers advokat selv har udtrykt den opfattelse, at ordlydspræciseringen i § 3, stk. 1, nr. 3, blot var en præcisering af gældende praksis. Der

henvises til nyheden "Ny varemærkelove vedtaget" af 28. november 2019 på følgende hjemmeside <https://loje-ip.dk/ny-varemaerkelove-vedtaget/>, hvori det angives:

"Kravene til opnåelse af beskyttelse er nu præciseret i loven, men det er ikke hensigten, at dette skal medføre en ændring i praksis."

Det gøres således på baggrund af ovenstående gældende, at Sagsøger ApS i tillæg til de øvrige betingelser for at opnå en varemærket gennem ibrugtagning også skal dokumentere, at brugen af "Betegnelse" har et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter. Det er de Sagsøgte opfattelse, at disse betingelser ikke er opfyldte, jf. straks nedenfor.

3.2.1.3 Sagsøger ApS har ikke dokumenteret en vedvarende brug af mere end lokalt afgrænset karakter

På baggrund af ovenstående fastholdes, at Sagsøger ApS i overensstemmelse med varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, og hidtidig retspraksis, skal dokumentere, at brugen af "Sagsøger ApS" er sket vedvarende her i landet i et omfang af mere end lokalt afgrænset karakter.

De Sagsøgte gør hertil gældende, at "Sagsøger ApS" ikke er blevet benyttet på en sådan måde eller i et omfang, der har mere end helt lokal karakter – hverken før eller efter lovændringen.

Der henvises først og fremmest til U 2019.265 V, hvor Vestre Landsret fandt indehaverens bestræbelser på at udbrede sit mærke i landet utilstrækkelige. Indehaveren havde ikke brugt penge på markedsføring, som således hovedsageligt bestod af anbefalinger fra kunder og opslag på Facebook og Instagram. Det bestrides, at dokumentationen i denne sag, herunder også bilag 52-53, for brugen af "Betegnelse" er tilstrækkelig større (som angivet af Sagsøger i replikken, s. 8) til at dokumentere en vedvarende brug her i landet i et omfang af mere end lokal afgrænset karakter.

Den fremlagte dokumentation er i overvejende grad af nyere dato og ligger efter varemærkeregistreringen af "KEYSER SOCIAL". Sagsøger ApS' væsentligste – om end fortsat begrænsede – markedsføringsmæssige aktiviteter er således først iværksat efter prioritetsdagen for varemærket "KEYSER SOCIAL" og åbningen af restaurant Keyser Social.

Sagsøger ApS' markedsføring af og brug af "Sagsøger ApS" for sin gadestand har således været yderst beskeden frem til skæringsdagen d. 25. februar 2020, og det bestrides, at Sagsøger ApS' Sagsøger ApS' markedsføring har været intensiv som hævdet af Sagsøger. Den fremlagte dokumentation for sagsøgers egen brug af "Sagsøger ApS" begrænser sig frem til skæringsdagen til Hjemmeside 1 samt egen konto på det sociale medie Instagram, jf. bilag 2 og side 8-9 i bilag 7.

Det følger hertil af forarbejderne til varemærkeloven, at brug af et givent mærke på Internettet ikke i sig selv udgør en brug af mere end lokalt afgrænset karakter. Endvidere kan det ved et besøg på Sagsøger ApS' Instagram-profil konstateres, at Sagsøger ApS alene har lavet 18 opslag på Instagram i 2018 og 1 enkelt opslag i 2019 men ingen opslag i 2020, der ligger før skæringsdatoen.

Til sammenligning havde Keyser Social allerede i oktober 2020 36 opslag på sin Instagram-konto, som er opslået på under 7 måneder, og frem til juli 2021 88 opslag. Til yderligere sammenligning havde andre stader på samme placering som Sagsøger ApS tidligere havde, herunder Gasoline Grill, Dhaba, Palægade og California Kitchen, mellem 5.400 og +18.000 følgere og mellem 290 og +1.160 opslag på Instragram i oktober 2020, jf. bilag H.

At Sagsøger ApS' markedsføring har været yderst begrænset, understøttes også af, at Sagsøger ApS' begrænsede antal følgere (færre end 390 i oktober 2020) henholdsvis likes (færre end 190 i oktober 2020) på Instragram henholdsvis Facebook er blevet passeret af Keyser Social på meget kortere tid (ca. 7 måneder) med +3.000 følgere henholdsvis +2.000 likes i oktober 2020. Det bemærkes i den forbindelse, at antallet af Sagsøger ApS' følgere (færre end 390) og likes (færre end 200) på Instragram og Facebook som anført er opgjort ved indleveringen af svarskriftet i 2020, men utvivlsomt var endnu lavere på skæringsdagen d. 25. februar 2020. Det bemærkes til eksemplificering heraf, at Sagsøger ApS pr. 25. maj 2020 alene havde 327 følgere på Instagram. Der henvises i den forbindelse også til bilag B, hvorefter Sagsøger ApS ikke dukker op i søgeresultaterne, herunder end ikke ved søgning på ordene "Restaurant Sagsøger ApS".

I tillæg til Sagsøger ApS' egen, begrænsede brug kan det konstateres af de fremlagte bilag, at gadestanden siden 2018 alene er blevet omtalt sporadisk og med begrænset spaltepads i et fåtal af medier. Det er uvist, om denne omtale skyldes Sagsøger ApS' indsats eller om der er tale om tilfældig omtale, men det gøres i alle tilfælde gældende, at redaktionel omtale i sådanne medier ikke kan sidestilles med brug af navnet som et varemærke og ikke vidner om nogen indsats fra Sagsøger ApS' side.

Det gøres endvidere under alle omstændigheder gældende, at brugen af en varemærkeret stiftet ved ibrugtagning skal være vedvarende (i tillæg til i et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter), jf. varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, jf. § 10 c, stk. 3, idet retten i modsat fald fortabes. Selv hvis det antages, at Sagsøger ApS ved virksomhedsstart i 2018 stiftede en varemærkeret til "Betegnelse" ved ibrugtagning efter den tidligere varemærkelov som hævdedt af Sagsøger ApS, skal brugen af "Betegnelse" være vedvarende for, at retten ikke fortabes, og denne vedvarende brug skal således have et omfang, der er af mere end lokalt afgrænset karakter. Diskussionen om 2019-lovændringen synes således også i dette lys højest at være af akademisk betydning og uden direkte relevans for denne sag.

Det bemærkes i denne sammenhæng og på baggrund af den fremlagte dokumentation for brug, at Sagsøger ApS ikke i en periode på 1 år og 5 måneder fra 11. februar 2019 ses at have brugt mærket "Betegnelse" her i landet på en måde, der opfylder kravet om vedvarende brug. Det gøres således gældende, at Sagsøger ApS i alle tilfælde fortabte sin hævdede varemærkeret som følge af manglende brug forinden "Keyser Social" blev registreret som varemærke d. 25. februar 2020.

Tilsvarende bemærkes, at Sagsøger ApS i perioden fra lukningen i oktober 2020 frem til d. 5. juni 2021, hvor Sagsøger ApS genåbnede som en fritstående pølsevogn (i stedet for en egentlig stand på Broens Gadekøkken), ikke foretog nævneværdige markedsføringsaktiviteter hvis overhovedet nogen, jf. bilag Q, og mærket "Betegnelse" blev således reelt set ikke anvendt for tilvejebringelse af mad og drikke i nedlukningsperioden. Hverken vejrforhold eller COVID-19 umuliggjorde for en virksomhed som Sagsøger ApS at holde åbent og markedsføre sig i den pågældende selvvalgte nedlukningsperiode på 7-8 måneder.

Hertil kommer, at Sagsøger ApS siden Sagsøgers åbning af Haddock's i oktober 2020 ikke har været en del af de faste stande på Broens Gadekøkken, jf. bilag M. Sagsøgers argumentation og forsøg på at dokumentere, at der er stiftet en brugsbaseret varemærkeret til mærket "Betegnelse" er gennemgående sket med henvisning til pølsebodens placering som en del af Broens Gadekøkken: "Vognens prominente placering i det centrale København, som en del af Broens Gadekøkken [...]", jf. s. 3 i stævningen, og "Dels er min klient en kendt del af det københavnske restaurationsliv, både som følge af sin placering og sit koncept [...]", jf. s. 10 i stævningen. At Sagsøger ApS efter genåbningen ikke længere udgør en del af standene på Broens Gadekøkken, jf. bilag M, understøtter yderligere, at referencer til og omtale af Broens Gadekøkken ikke udgør en brug af mærket "Betegnelse" og således er uden relevans for nærværende sag.

Samlet gøres det således gældende, at Sagsøger ApS' faktiske, konstaterbare anvendelse af "Betegnelse" ikke udgør en vedvarende brug, der har et omfang af mere end lokalt afgrænset karakter. Sagsøger ApS har derfor ikke stiftet og opretholdt en varemærkeret til "Betegnelse" gennem ibrugtagning.

Det må således af samme grund afvises, at der er sket en krænkelse efter varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2, hvilket uddybes nedenfor under afsnit 3.3.1.

3.2.1.4 Manglende adskillelsesevne og særpræg

Det gøres i tillæg til ovenstående selvstændigt gældende, at "Betegnelse" ikke har adskillelsesevne og særpræg som påkrævet efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3, jf. § 3, stk. 3.

Mærkets første led, "[Udeladt]", henviser til stifterens efternavn (Person 5), og mærkets andet led, [Udeladt], er beskrivende for de varer, som Sagsøger ApS sælger. "[Udeladt]" er isoleret set udelukket fra beskyttelse som varemærke for tilvejebringelse af mad og drikke, fordi det er beskrivende, jf. varemærkelovens § 13, stk. 1, nr. 3, og tilføjelsen af efternavnet "Person 5" giver ikke mærket den fornødne adskillelsesevne og særpræg, jf. varemærkelovens § 2, stk. 1, nr. 1. Det må afvises, at ordet "Person 5" isoleret set eller i sammenhæng med ordet "sausage" vil opfattes som en reference til filmen "The Usual Suspects" eller karakteren "Keyser Söze".

Da "Betegnelse" savner det fornødne særpræg, har Sagsøger ApS også af denne grund ikke stiftet en brugsbaseret varemærkeret til "Betegnelse" efter varemærkelovens § 3, stk. 1, nr. 3. Det må derfor af samme grund afvises, at der er sket en krænkelse efter varemærkelovens § 4, stk. 2, nr. 2.

3.2.2 Manglende beskyttelse efter **markedsføringsloven**

Argumentationen i afsnit 3.2.1 ovenfor gøres ligeledes gældende i relation til den hævdede beskyttelse af "Betegnelse" efter markedsføringslovens §§ 3 og 22 og den hævdede overtrædelse af samme.

Den hævdede beskyttelse af det lidet karakteristiske navn for en pølsebod stiftet af Person 5 "Betegnelse" efter markedsføringslovens §§ 3 og 22 kan ikke udstrækkes til, at brugen af "Keyser Social" udgør en overtrædelse af markedsføringslovens §§ 3 og 22. Dette understøttes af, at Betegnelse i høj grad er beskrivende og savner særpræg.

Idet beskyttelsen efter markedsføringslovens §§ 3 og 22 til en vis grad afhænger af forvekslingsrisikoen, suppleres dette afsnit med argumentationen i afsnit 3.3.2 nedenfor.

3.3 Krænkelsspørgsmålet

Hvis retten finder, at Sagsøger ApS har en brugsbaseret varemærket til "Betegnelse" efter varemærkeloven og/eller nyder beskyttelse efter markedsføringsloven, gøres det gældende, at brugen af "Keyser Social" ikke udgør en krænkelse af Sagsøger ApS' rettigheder efter varemærke- og/eller markedsføringsloven.

3.3.1 Ingen krænkelse efter varemærkeloven

Krænkelse efter varemærkeloven § 4, stk. 2, nr. 2 er en helhedsvurdering, der fordrer mærkelighed og lighed i de udbudte varer og ydelser, samt at der består en risiko for forveksling. Ved vurderingen tages der udgangspunkt i mærkernes styrke og bekendthedsgrad. Der tages således højde for det krænkede mærkes særpræg eller mangel på samme, og som anført i afsnit 3.2.1.4 ovenfor gøres det gældende, at mærket "Betegnelse" er uden særpræg og har en lav bekendthedsgrad.

I relation til mærkelighedsbedømmelsen gøres det gældende, at mærkerne "Keyser Social" og "Betegnelse" adskiller sig fra hinanden syns- og lyd- samt forestillingsmæssigt. Det gøres i den forbindelse gældende, at der i vurderingen ikke bortses fra de vidt forskellige ord "Social" og "Sausage", der både betydningsmæssigt, visuelt og fonetisk adskiller sig væsentligt fra hinanden.

Det bestrides således også, at der ved vurderingen af de to mærker alene eller i afgørende grad lægges vægt på mærkernes første led ("Keyser" og "Betegnelse"). Netop fordi stavemåden for "Keyser" er særegen, er det ikke korrekt at hævde, at mærkernes første led ("Keyser" og "Betegnelse") er visuelt identiske, hvilket derfor må afvises.

Mærkernes forestillingsbillede understøtter yderligere, at mærkerne ikke er eller vil opfattes som lignende. "Keyser Social" refererer både til Fjernøsten og dens kejsere samt til restaurantens asiatiske og delevnige, sociale madkoncept. Den valgte stavemåde for "Keyser" var restaurantens mulighed for at gøre navnet anderledes og skævt med en reference til karakteren "Keyser Söze" fra filmen "The Usual Suspects". Referencen til "Keyser Söze" er dog ikke uden fortilfælde, jf. bilag B, E og J. En reference til filmen og filmens skurk er således hverken bemærkelsesværdig eller enestående som hævdet af Sagsøger ApS, hvilket understøttes af filmens og skurkens kendskabsgrad som kultklassikerfilm.

"Betegnelse" er som navn og mærke en klar reference til den vare, som madboden sælger, nemlig pølser, og mærket indeholder ingen referencer til Østen, Asien eller social dining. Ordet "Betegnelse" kan endvidere ikke hævdes at udgøre eller blive opfattet som en reference til filmen "The Usual Suspects" eller karakteren "Keyser Söze". Ordet "Betegnelse" vil opfattes som en reference til Sagsøger ApS' stifter, Person 5. Mærkernes forskelligartede forestillingsbilleder understøtter, at der ikke eksisterer mærkelighed. Sagsøger ApS' reference til omtalte kultfilm findes ene og alene på Sagsøger ApS' menukort. Det er således først, når en gæst nærstuderer Sagsøger ApS' menukort på hjemmesiden (eller ved selve pølsevognen), at vedkommende har mulighed for at forstå Sagsøger ApS' reference til filmen "The Usual Suspects".

I relation til kriteriet om lighed i de udbudte varer og ydelser hævder Sagsøger ApS, at der eksisterer en sådan grad af lighed hos Keyser Social og Sagsøger ApS, at oplevelsen er den samme for forbrugerne, jf. side 9 i stævningen. Dette bestrides, og der henvises til beskrivelsen af de meget betydelige forskelle, der er fremhævet under sagsfremstillingen ovenfor i afsnit 2.2 og 2.3.

Foruden at Keyser Social og Sagsøger ApS begge serverer mad, er der således ikke i øvrigt ligheder mellem de udbudte ydelser. Det bestrides, at en forbruger vil være "lige så tilbøjelig til at vælge en streetfood bod frem for en klassisk restaurant" som hævdede af Sagsøger, jf. stævningen s. 9. Det forhold, at madboder måtte have vundet indpas i Danmark gennem de senere år i bl.a. København, ændrer ikke på, at det har formodningen kraftigt imod sig, at den forbruger, der ønsker en restaurantoplevelse, i stedet vælger at købe to-go street food ved en stand og endnu mindre ved en pølsevogn, der kun lejlighedsvist holder åbent. Den omvendte situation, hvor en forbruger ønsker *fast* eller *street food* men i stedet vælger en fuld restaurantoplevelse på 2½-4 timer efter forudgående bordbestilling til en væsentlig højere pris (gennemsnitligt 678 kr. per gæst), har ligeledes formodningen kraftigt imod sig.

Det oplyses, at Det Danske Sprog og Litteraturselskabs ordbog "Den Danske Ordbog" beskriver streetfood som en "madret der tilberedes og sælges fra en bod (på gaden eller i en større hal) til spising på stedet", og Cambridge Dictionary beskriver "street food" som "food that is cooked and sold in public places, usually outdoors, to be eaten immediately". Uddrag fra ordbøgerne er fremlagt som bilag K. Sagsøger ApS vil således i offentligheden blive associeret med mad, der sælges fra en madbod eller gadestand, og at maden er til spising på farten. Fast food og streetfood, som Sagsøger ApS' forretningskoncept tilhører, kan ikke kvalificeres som en restaurant, og offentligheden vil ikke tage fejl af dette. Dette understøttes også af, at Sagsøger ApS ikke markedsfører sig som en restaurant. Hvis Sagsøger ApS markedsførte sig på en sådan måde, ville de besøgende hos gadestanden formentlig blive ganske skuffede. Det bemærkes, at bilag 57 alene understøtter, at der på den danske street food-scene eksisterer street food-forretninger af meget vekslende kvalitet. Bilaget understøtter ikke, at street food-stande er at sammenligne med restauranter.

At der er tale om to vidt forskellige typer af madkoncepter (restaurant contra fast/street food) understøtter, at der i forbrugerens bevidsthed ikke vil være risiko for forveksling mellem restaurant Keyser Social og pølsebod Sagsøger ApS, eller at der i øvrigt skulle bestå en forbindelse imellem virksomhederne. Parternes respektive virksomheder bygger som angivet på vidt forskellige koncepter, har forskellige åbningstider (fast aftensservering contra lejlighedsvis åbning), menuer og prissætning og henvender sig til et forskelligt publikum.

Parterne markedsfører sig endvidere på forskellig vis med fokus på forskellige forhold.

Der henvises endvidere til Højesterets dom, U 1997.253 H, hvor en pølsebod kaldet "McAllan" ikke var forvekslelig eller i risiko for at være forvekslelig med burgerkæden "McDonald's", selvom "McDonald's" ansås for at være kraftigt indarbejdet og særdeles velkendt og selvom at der i det tilfælde netop var tale om varer af lignende art samt tilsvarende anvendelse af forstavelsen "Mc". Sagsøger ApS hævder med henvisning til denne afgørelse, at der i nærværende sag ikke eksisterer en mindre grad af varelighed end i U 1997.253 H. Dette må afvises. En pølsebod og en fast food-burgerkæde er varemæssigt åbenlyst mere lignende end en pølsebod i sammenligning med en egentlig restaurant. Højesteret fandt i U 1997.253 H, hvor ydelserne altså var mere lignende, at der samlet ikke var forvekslingsrisiko, herunder bl.a. fordi

der kun "[...] i et vist omfang er tale om varelighed". Afgørelsen understøtter, at der bl.a. som følge af forskellene på parternes respektive madkoncepter ikke består en forvekslingsrisiko.

At der ikke består en risiko for forveksling, understøttes også af, at den i forvejen yderst begrænsede brug af "Betegnelse" også består af logoet, der indeholder teksten "THE DANISH" samt tegningen af en pølse, der omkranser teksten "Betegnelse", jf. bl.a. bilag G. Disse tekst- og figurelementer er med til at understøtte den naturlige forståelse af "Betegnelse" og Sagsøgers koncept, nemlig at det relaterer sig til danske pølser og det velkendte danske pølsevognskoncept. Heroverfor står restaurant Keyser Socials asiatiske social dining restaurant i skærende kontrast.

At forbrugerne er i stand til at skelne mellem parternes virksomheder og madkoncepter, understøttes endelig af, at Keyser Social ikke har modtaget en eneste henvendelse fra gæster, medier, samarbejdspartnere eller leverandører, der har forvekslet restaurant Keyser Social med Sagsøger ApS' pølsebod. Det understøttes endvidere af, at der også eksisterer andre spisesteder med navne, der indeholder ordet eller variationer af ordet "Betegnelse", jf. bilag B, og at Keyser Social heller ikke er blevet forvekslet med disse, hverken af gæster, samarbejdspartnere, leverandører eller medier. Der henvises i denne forbindelse ligeledes til anmeldelsen fra Berlingske, jf. bilag E, hvorefter der for anmelderen ikke hersker nogen forveksling med eller forvirring eller misforståelse omkring en eventuel forbindelse til Sagsøger ApS eller andre spisesteder for den sags skyld. Det er således muligt for parterne at sameksistere i Danmark uden risiko for, at forbrugere forveksler spisestederne med hinanden.

Det er på baggrund af ovenstående de Sagsøgte opfattelse, at der helt åbenbart ikke består en forvekslingsrisiko mellem Sagsøger ApS' pølsebod og restaurant Keyser Social. Der foreligger derfor ikke en krænkelse efter varemærkeloven § 4, stk. 2, nr. 2.

3.3.2 Ingen krænkelse efter markedsføringsloven

Af de ovenfor anførte grunde under afsnit 3.3.1 gøres det gældende, at der ikke består en risiko for forveksling mellem "Keyser Social" og "Betegnelse", hvorfor Keyser Social ikke har krænket Sagsøger ApS' eventuelle rettigheder efter markedsføringslovens § 22, og dermed heller ikke har overtrådt god markedsføringsskik i lovens § 3. Det fremhæves også, at "Betegnelse" er uden særpræg og at en eventuel beskyttelse efter markedsføringslovens §§ 3 og 22 ikke kan udstrækkes til, at den erhvervmæssige brug af "Keyser Social" udgør en overtrædelse af markedsføringsloven.

3.3.3 Ingen krænkelse af domænenavnsloven

Efter lov om internetdomæner § 25, stk. 1, må registranter ikke registrere og anvende domænenavne i strid med god domænenavns-skik. Det bestrides, at DiningSix har handlet i strid med god domænenavns-skik og overtrådt domænenavnslovens § 25.

I relation til domænenavsregistreringen af keyersocial.dk gøres det gældende, at DiningSix aldrig har gjort erhvervmæssig brug af domænet for restaurationsdrift, og af de anførte grunde under afsnit 3.3.1 og 3.3.2 udgør DiningSix' registrering af domænenavnet www.keyersocial.dk ikke krænkelse af Sagsøger ApS' eventuelle rettigheder efter markedsføringsloven eller varemærkeloven.

3.3.4 Manglende kendskab til Sagsøger ApS

Det bestrides, at de Sagsøgte forud for tilblivelsen af nærværende sag har haft kendskab til Sagsøger ApS. Navnet til restaurant Keyser Social er hverken blevet valgt med kendskab til, inspiration fra eller for at snylte på Sagsøger ApS. Som således angivet blev Keyser Social først bekendt med Sagsøger ApS, da Sagsøger ApS ved brev af 18. maj 2020 rettede henvendelse til de Sagsøgte, jf. bilag 18, hvor Keyser Social allerede havde valgt navnet Keyser Social og ladet det registrere som varemærke. Der henvises i den forbindelse til afsnit 2.5.

De Sagsøgte gør gældende, at Sagsøger ApS på ingen måde har dokumenteret noget forudgående kendskab til pølseboden hos de Sagsøgte. I overensstemmelse med dansk rets almindelige bevisbyreregler er det op til Sagsøger ApS at bevise disse postulater, hvilket blot er forsøgt ved at fremsætte en række spekulationer omkring Facebook-forbindelser. Omvendt har de Sagsøgte i løbet af skriftudvekslingen forklaret og fremlagt dokumentation for, hvorfor Sagsøger ApS' udokumenterede spekulationer må afvises.

De Sagsøgtes manglende kendskab til Sagsøger ApS forinden denne sag, understøttes således først og fremmest af den begrænsede brug og markedsføring af Sagsøger ApS som nærmere beskrevet i afsnit 3.2.1.3.

Det understøttes endvidere af, at Keyser Social, forinden navnet valgtes, rent faktisk havde foretaget søgninger på Internettet, jf. bilag B, og i de offentligt tilgængelige varemærkeregistre, hvor Sagsøger ApS ikke fremgik. At Keyser Social netop havde gjort sig sine undersøgelser, forinden navnet blev valgt, understøtter ligeledes, at der ikke er handlet uagtsomt eller illoyalt. Tilsvarende understøttes af bilag I, der påviser, at parterne bag restauranten ikke blot foretog søgninger for at identificere eventuelle forvekslelige navne, men også fravalgte visse navne.

Det forhold, at Sagsøger ApS også serverer mad og er beliggende i København, påviser ikke, at Keyser Social nødvendigvis må have været bekendt med Sagsøger ApS. I givet fald skulle Keyser Social have kendskab til alle madboder, caféer, barer og restauranter i Københavnsområdet. Dette må afvises. Keyser Social har som restaurant primært fokus på restaurantscenen (og ikke markedet for madboder og gadestande) i de større danske byer, herunder på konkurrenter til Keyser Social, som udgøres af andre restauranter i samme prisklasse. Men selv i dette mere begrænsede felt af restauranter, har Keyser Social ikke kendskab til alle. Keyser Social har først og fremmest overvejende fokus på sin egen forretning og på at drive den.

Det har grundlæggende formodningen imod sig, at en restaurant som Keyser Social, der udbyder en fuld restaurantoplevelse, skulle have kommercielt incitament til, behov for eller lyst til at snylte på eller lægge sig tæt op ad en pølsebod.

3.4 Særligt vedr. Sagsøger ApS' påstand 2 om varemærkeret KEYSER SOCIAL

I relation til Sagsøger ApS' påstand 2 og i det tilfælde, at retten mod de Sagsøgtes forventning måtte finde, at Sagsøger ApS har stiftet en varemærkeret til "Betegnelse" igennem ibrugtagning, og at brugen af "KEYSER SOCIAL" for restauranten af samme navn udgør en krænkelse heraf, gøres det gældende, at varemærket "KEYSER SOCIAL" ikke skal udletes af varemærkeregistreret i relation til vareklasserne 16 (køgebøger) og 41 (uddannelses- og undervisningsvirksomhed i forbindelse med madlavning og gastronomi; organisering af

kulturelle arrangementer; organisering af konkurrencer; udgivelse af bøger; elektroniske publikationer).

3.5 Intet krav på erstatning og rimeligt vederlag

Idet sagsøgers påstand 4 om erstatning er udskilt til senere behandling, begrænses nærværende sammenfattende processkrift til påstandene 1-3, idet det dog overordnet set bestrides, at Sagsøger ApS' eventuelle rettigheder er krænket, og at Sagsøger ApS skulle have krav på erstatning og vederlag efter varemærkelovens § 43 og markedsføringslovens § 24, stk. 2-4.
...”

Rettens begrundelse og resultat

Mærket Betegnelse blev ubestridt taget i brug af Sagsøger ApS omkring selskabets stiftelsestidspunkt den 11. maj 2018. Brugen var – og har efter det oplyste siden dette tidspunkt været – knyttet til den af Sagsøger ApS drevne pølsebod som en del af Broens Gadekøkken, først som stand og senere som mobil pølsevogn. Driften har alene fundet sted på Broens Gadekøkken og har siden mærkets ibrugtagning været afbrudt i perioder, efter det oplyste som en følge af Covid-pandemien og dens konsekvenser med hensyn til nedgang i turisme og publikumssøgning.

Om mærket Betegnelse bemærkes, at det som sammensat af efternavnet på Sagsøger ApS' direktør, Person 5, og betegnelsen ”sausage” indeholder beskrivende elementer, der begrænser mærkets beskyttelsesomfang, men disse udelukker efter rettens opfattelse ikke stiftelse af en ret til mærket. Om brugen af mærket bemærker retten på grundlag af pølsebodens centrale placering i København samt efter sagens oplysninger i øvrigt, herunder oplysningerne om Broens Gadekøkken og den markedsføring, som Sagsøger ApS har haft via Broens Gadekøkken, øvrig markedsføring samt omtale i bredere sammenhænge af Sagsøger ApS, at brugen uanset pølsebodens lokale placering og oplysningerne om driftsafbrydelser mv. kan anses at have fundet sted på en sådan måde og i sådanne sammenhænge, at Sagsøger ApS har erhvervet en varemærkeret til mærket. Mærket findes således at nyde beskyttelse efter varemærkeloven og tillige markedsføringsloven.

Det er vedr. ”Betegnelse” oplyst, at navnet indeholder en reference til filmen ”The Usual Suspects”, hvor en karakter i filmen bærer navnet ”K ey ser Söze”. Sagsøger ApS markedsfører da også en ”The Usual Suspects” -menu, og det er omtalt i markedsføringen på hjemmesiden blandt andet, at ” Sagsøger ApS name is inspired by the movie The Usual Suspects ”. Det madkoncept, som har været markedsført under mærket ”Betegnelse”, har bestået i et begrænset antal af pølseretter med en særlig gourmetvinkel med kokken Person 1 som kulinarisk ophavsmand. Som en del af et udendørs street-køkken-

koncept har traditionel bordreservation ikke været mulig hos Sagsøger ApS. Sagsøger ApS har ikke haft alkoholbevilling.

Restauranten Keyser Social har været drevet af Keyser KBH ApS siden 28. maj 2020. Restauranten tilbyder et "social" -koncept med servering af et større antal retter til alle omkring bordet. Retterne og tillige i et vist omfang drikkevarerne er i bred forstand asiatisk inspireret, som det nærmere er fremgået af sagens oplysninger. Servering sker i indendørs lokaliteter med asiatisk inspireret, konceptuel indretning. I øvrigt drives restauranten efter de foreliggende oplysninger som et klassisk restaurantkoncept med sædvanlig bordbestilling, ligesom restauranten har alkoholbevilling. Det er fremgået af oplysningerne om navngivningen af restauranten "Keyser Social", at personfiguren Keyser Söze i filmen "The Usual Suspects" indgik i drøftelserne under navngivningsprocessen.

Det er rettens opfattelse, at den inspiration, som for parterne hver især har ligget i filmfiguren "Keyser Söze" og filmen "The Usual Suspects", ikke har givet et umiddelbart og klart genkendeligt aftryk i navnene "Sagsøger ApS" henholdsvis "Keyser Social".

Visuelt fremtræder parternes mærker med betydelige ligheder med hensyn til mærkernes første led, "Betegnelse" henholdsvis "Keyser", idet der dog ikke kan bortses fra bogstavforskellene mellem "j" og "y". For så vidt angår mærkernes andet led ses betydelige forskelle. Ordene "Betegnelse" og "Social" har til fælles, at de begge begynder med "s". Derudover er de visuelle forskelle efter rettens opfattelse fremtrædende. Fonetisk er mærkernes første led identiske, mens mærkernes andet led er forskellige i betydelig grad. Konceptuelt må det tillægges vægt, at der ikke er nogen sammenhæng mellem "Person 5" som efternavn og "Keyser", og på ingen tænkelig måde mellem "Betegnelse" og "social".

Når der henses til de ovenfor anførte oplysninger om de meget betydelige konceptuelle forskelle med hensyn til parternes restaurationsvirksomheder og til det, der er anført om Sagsøger ApS' beskyttelsesomfang og om mærkernes ligheder og forskelle, finder retten efter en samlet vurdering, at der ikke kan antages at foreligge en risiko for forveksling mellem navnene på parternes virksomheder. De sagsøgte har ved brug af navnet / betegnelsen "Keyser Social" derfor ikke krænket Sagsøger ApS' rettigheder efter varemærkeloven eller markedsføringsloven, og DiningSix A/S har ikke handlet i strid med god domænenavnsskik.

Det følger af det anførte, at de sagsøgte frifindelsespåstande overfor Sagsøger ApS' påstande 1-3 tages til følge, idet retten særligt vedrørende Slap Af 12.12.09 ApS bemærker, at denne part ikke er omfattet af nogen af Sagsøger ApS' påstande under denne delforhandling.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald, forløb og omstændigheder skal Sagsøger ApS betale sagsomkostninger med 65.000 kr. i alt, fordelt med 20.000 kr. ekskl. moms til hver af parterne DiningSix A/S og Keyser KBH ApS, og med 25.000 kr. inkl. moms til sagsøgte DiningSix Group ApS, der er oplyst ikke at være momsregistreret.

THI KENDES FOR RET:

DiningSix A/S, DiningSix Group ApS og Keyser KBH ApS frifindes.

Sagsøger ApS skal inden 14 dage til DiningSix A/S og Keyser KBH ApS betale sagsomkostninger med 20.000 kr. til hver samt 25.000 kr. til DiningSix Group ApS.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.